



UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNDB

CURSO DE DIREITO

MARCIO FERREIRA BISPO

**DE QUE MODO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VEM DECIDINDO EM
MATÉRIAS NATURALMNETE DE COMPETÊNCIA DO LEGISLATIVO E DO
EXECUTIVO: A FIM DE GARANTIR A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA
ATIVIDADE JUDICIAL**

São Luís
2023



MARCIO FERREIRA BISPO

**DE QUE MODO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VEM DECIDINDO EM
MATÉRIAS NATURALMNETE DE CPMPETÊNCIA DO LEGISLATIVO E DO
EXECUTIVO: A FIM DE GARANTIR A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA
ATIVIDADE JUDICIAL**

Monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof.^a. Me. Manuela Ithamar Lima.

São Luís
2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Bispo, Marcio Ferreira

De que modo o supremo tribunal federal vem decidindo em matérias naturalmente de competência do legislativo: a fim de garantir a legitimidade democrática da atividade judicial. / Marcio Ferreira Bispo. __ São Luís, 2023.

? f.

Orientador: Profa. Me. Manuela Ithamar Lima.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2023.

1. Direito constitucional. 2. Legitimidade. 3. Supremo Tribunal Federal. I. Título.

CDU 342

CDU

MARCIO FERREIRA BISPO

**DE QUE MODO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VEM DECIDINDO EM
MATÉRIAS NATURALMNETE DE COMPETÊNCIA DO LEGISLATIVO E DO
EXECUTIVO: A FIM DE GARANTIR A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA
ATIVIDADE JUDICIAL**

Monografia apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof.^a. Me. Manuela Ithama Lima.

Aprovada em __23__ / __06__ /2023.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a. Me. Manuela Ithama Lima (Orientadora)
Centro Universitário - UNDB

Carlos Henrique Falção

Centro Universitário - UNDB

Alyne Mendes Caldas

Centro Universitário - UNDB

São Luís
2023



AGRADECIMENTOS

À Deus, pela vida.

Aos meus pais, Maria Bispo e Eurico Bispo, que não mediram esforços para que eu chegasse até aqui. Que muitas vezes, mesmo distante, luta bravamente para que os meus sonhos se tornem realidade. A eles, agradeço pela vida, pela educação e pelo ser humano que me tornei. Essa vitória é sua, mãe e pai. Aos irmãos, Edilene, Marcelo e Marcos, que mesmo com todas as nossas diferenças sempre foram um ponto de confiança e ajuda mútua nessa jornada.

Aos meus amigos, em geral, por terem me ajudado a suportar o desafio de morar em outra cidade, e com suas amizades e com todo o carinho, apoio e incentivo que puderam me dar. Aos meus familiares que acreditaram na minha capacidade e me apoiaram.

A minha orientadora, por acreditar no meu trabalho e dedicar seu tempo para guiar os rumos desse projeto. Obrigado!



*“Afinal, aquilo que amamos
sempre será parte de nós.”*
(Harry Potter)

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal (STF) desempenha um papel fundamental na interpretação da Constituição Federal do Brasil e na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. No entanto, em sua atuação, o tribunal muitas vezes se depara com casos que envolvem matérias naturalmente de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Essas situações trazem à tona a questão da legitimidade democrática da atividade judicial e a necessidade de equilíbrio entre os poderes estabelecidos pela Constituição, o STF enfrentou uma série de casos que envolveram decisões em matérias que tradicionalmente seriam da alçada do Legislativo e do Executivo. Essas decisões abrangem temas de alta relevância política e social, como políticas públicas, reformas estruturais, questões tributárias e direitos coletivos. Nesse contexto, é fundamental examinar de que maneira o STF tem decidido nessas matérias para garantir a legitimidade democrática de sua atividade judicial. O objetivo deste estudo é buscar analisar de que modo o Supremo Tribunal Federal vem decidindo em matérias naturalmente de competência do Legislativo e do Executivo, com o intuito de garantir a legitimidade democrática de suas decisões. Para alcançar esse objetivo, serão considerados critérios decisórios, fundamentos jurídicos e precedentes utilizados pelo tribunal ao tomar essas decisões. A análise será realizada a partir de uma revisão sistemática da jurisprudência do STF no período em questão, buscando identificar padrões e tendências nas decisões proferidas. Serão considerados aspectos como a fundamentação jurídica das decisões, a interpretação da Constituição e das leis, o respeito aos princípios democráticos e a ponderação dos interesses em jogo. Com base nessa análise, pretende-se avaliar a efetividade da atuação do STF na garantia da legitimidade democrática de suas decisões em matérias que naturalmente competem ao Legislativo e ao Executivo. Além disso, serão explorados os possíveis impactos dessas decisões no equilíbrio entre os poderes estabelecidos pela Constituição e no funcionamento do sistema democrático brasileiro. Ao final deste estudo, espera-se fornecer *insights* (percepções) relevantes sobre a forma como o Supremo Tribunal Federal tem decidido em matérias de competência do Legislativo e do Executivo, contribuindo para o debate acadêmico e jurídico sobre a legitimidade



democrática da atividade judicial. A compreensão dessas decisões é essencial para o fortalecimento do sistema democrático e a promoção da harmonia entre os poderes no Brasil.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Legislativo. Executivo. Legitimidade.

ABSTRACT

The Federal Supreme Court (STF) plays a key role in interpreting the Federal Constitution of Brazil and protecting the fundamental rights of citizens. However, in its performance, the court is often faced with cases that involve matters naturally within the competence of the Legislative and Executive branches. These situations bring up the question of the democratic result of judicial activity and the need for a balance between the powers achieved by the constitution, the STF generated a series of cases that involved decisions on matters that would traditionally be the responsibility of the Legislative and Executive. These decisions cover themes of high political and social fidelity, such as public policies, psychological reforms, tax issues and collective rights. In this context, it is essential to examine how the STF has decided these matters to guarantee the democracy of its judicial activity. The objective of this study is to seek to analyze how the Federal Supreme Court has been deciding on matters naturally within the competence of the Legislative and Executive, in order to guarantee the democratic immunity of its decisions. To achieve this objective, decision-making criteria, legal grounds and precedents used by the court when making these decisions will be considered. The analysis will be carried out from a systematic review of the STF jurisprudence in the period in question, seeking to identify patterns and trends in the decisions handed down. Aspects such as the legal basis of decisions, the interpretation of the constitution and laws, respect for democratic principles and the balancing of interests in the game will be considered. Based on this analysis, I intend to evaluate the evolution of the STF's performance in guaranteeing the democratic demand for its decisions in matters that are naturally the responsibility of the Legislative and Executive branches. In addition, the possible effects of these decisions on the balance between the powers achieved by the constitution and on the functioning of the Brazilian democratic system will be explored. At the end of this study, it is expected to provide relevant insights (perceptions) on how the Federal Supreme Court has decided in matters of competence of the Legislative and Executive, confident for the academic and legal debate on the democratic manifestation of judicial activity. Understanding these decisions is essential for strengthening the democratic system and promoting harmony between the powers in Brazil.



Keywords: Constitutional right. Federal Court of Justice. Legislative. Executive. Legitimacy.

SUMÁRIO



UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO

1. INTRODUÇÃO	12
2. O PROTAGONISMO JUDICIAL A PARTIR DO NEOCONSTITUCIONALISMO	14
2.1. Construção do neoconstitucionalismo no Brasil.	14
2.2. O protagonismo do poder judiciário no cenário do pós-positivismo.	21
2.3. A atuação e competência do STF a partir da Constituição de 1988.	24
3. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO JUDICIAL.	28
3.1. Conceito e teorias acerca da legitimidade democrática.	34
3.2. A atuação do STF em matérias de competência do poder legislativo e executivo na ordem jurídico constitucional brasileira.	40
3.3. Critérios decisórios de garantia da legitimidade democrática da atuação judicial.	46
4. A INTERFERÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PODER LEGISLATIVO E EXECUTIVO: ANÁLISE DA ADO Nº 26 E DA ADPF 347.	52
4.1 A Equiparação da Homotransfobia ao Racismo: Análise Ado Nº 26.	53
4.2. Breve Contextualização da Adpf 347 e Judicialização da Política.	57
4.3 A decisão da ADO 26 e da ADPF 347 em relação aos fenômenos da jurisdição constitucional.	62
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.	64
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	66

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) desempenha um papel fundamental na interpretação da Constituição Federal do Brasil e na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. No entanto, em sua atuação, o tribunal muitas vezes se depara com casos que envolvem matérias naturalmente de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Essas situações trazem à tona a questão da legitimidade democrática da atividade judicial e a necessidade de equilíbrio entre os poderes estabelecidos pela Constituição.

No período de 2021 a 2022, o STF enfrentou uma série de casos que envolveram decisões em matérias que tradicionalmente seriam da alçada do Legislativo e do Executivo. Essas decisões abrangem temas de alta relevância política e social, como políticas públicas, reformas estruturais, questões tributárias e direitos coletivos. Nesse contexto, é fundamental examinar de que maneira o STF tem decidido nessas matérias para garantir a legitimidade democrática de sua atividade judicial.

O objetivo deste estudo é buscar analisar de que modo o Supremo Tribunal Federal vem decidindo em matérias naturalmente de competência do Legislativo e do Executivo no período de 2021 a 2022, com o intuito de garantir a legitimidade democrática de suas decisões. Para alcançar esse objetivo, serão considerados critérios decisórios, fundamentos jurídicos e precedentes utilizados pelo tribunal ao tomar essas decisões.

A análise será realizada a partir de uma revisão sistemática da jurisprudência do STF no período em questão, buscando identificar padrões e tendências nas decisões proferidas. Serão considerados aspectos como a fundamentação jurídica das decisões, a interpretação da Constituição e das leis, o respeito aos princípios democráticos e a ponderação dos interesses em jogo.

Com base nessa análise, pretende-se avaliar a efetividade da atuação do STF na garantia da legitimidade democrática de suas decisões em matérias que naturalmente competem ao Legislativo e ao Executivo. Além disso, serão explorados os possíveis impactos dessas decisões no equilíbrio entre os poderes estabelecidos pela Constituição e no funcionamento do sistema democrático brasileiro.

Ao final deste estudo, espera-se fornecer *insights* (percepções) relevantes sobre a forma como o Supremo Tribunal Federal tem decidido em matérias de

competência do Legislativo e do Executivo no período de 2021 a 2022, contribuindo para o debate acadêmico e jurídico sobre a legitimidade democrática da atividade judicial. A compreensão dessas decisões é essencial para o fortalecimento do sistema democrático e a promoção da harmonia entre os poderes no Brasil.

2. O PROTAGONISMO JUDICIAL A PARTIR DO NEOCONSTITUCIONALISMO.

Este primeiro capítulo, ao tratar do protagonismo do Poder Judiciário a partir de estudos sobre o neoconstitucionalismo, é a fundamentação para entender o comportamento das mais recentes decisões do STF, a relação com a legitimidade democrática e os critérios adotados nelas.

Todo esse estudo tem como ponto de partida a construção do neoconstitucionalismo no Brasil, especificamente dividida em constitucionalismo moderno, contemporâneo e como está expresso atualmente no país ora mencionado. Olhando para a teoria política, em especial a teoria contratualista, é possível constatar que o poder teve de ser submetido a uma constituição para um maior controle das relações sociais.

Com isso, a importância dada às constituições escritas ao longo do tempo só cresceu, consoante demonstrado a seguir. Todas as normas jurídicas devem ter como fundamento a Constituição.

Foi então a Constituição brasileira de 1988, ou Constituição Cidadã, que potencializou a constitucionalização do direito, ou seja, estabelecer como parâmetro para todo o ordenamento jurídico com fundamento na dignidade da pessoa humana e a proteção de direitos fundamentais. Logo, a mera subsunção do caso concreto ao texto legal dá espaço à interpretação que preza pela compatibilidade com os princípios constitucionais.

Juntamente com a possibilidade de levar diversas questões à apreciação do poder judiciário, essa nova forma de interpretar, deu ao poder mencionado uma maior liberdade de realizar sua função típica de julgar, decidir.

E assim consegue-se analisar, considerando a legitimidade democrática e a margem de interpretação das normas jurídicas as decisões mais recentes do STF e seus limites em relação aos demais poderes.

2.1. Construção do neoconstitucionalismo no Brasil.

O Direito constitucional enquanto ramo do direito público é aquele que ocupa-se da constituição e organização do Estado, estruturação do poder e da proteção dos direitos fundamentais, sendo a Constituição a Lei Maior do país e fundamento para todo o ordenamento jurídico vigente. Por essa razão, o doutrinador

José Afonso da Silva considera que o direito constitucional é um *direito público fundamental* (2005, p. 34).

Nesse contexto, é importante mencionar que esta supremacia normativa da Constituição não é uma verdade óbvia que surge instantaneamente, mas é fruto de reflexões proporcionadas pelo desenvolvimento histórico e pelo esforço em aprimorar os meios de controle do poder, visando melhorar os fundamentos da convivência social e política (Mendes, 2021).

No panorama histórico pode-se observar documentos e doutrinas com ensinamentos para a ideia de Constituição escrita como norma jurídica fundamental. Consoante os ensinamentos do autor Paulo Roberto de Figueiredo Dantas (2020, págs. 67 a 61), temos inicialmente os pactos, em sua generalidade sendo, documentos escritos na idade média para celebrar acordos entre os monarcas e seus súditos principalmente para limitar a atuação dos primeiros; forais ou cartas de franquia que eram fundamentados em uma outorga e que poderiam prever a participação popular no governo local; contratos de colonização originados da formação das Colônias da América do Norte, celebrados entre colonos e com sanção dos monarcas; Leis fundamentais do reino, vindas das doutrinas francesas e inglesas, consistindo então em um conjunto de normas que regulamentavam a aquisição, exercício e transmissão do poder de uma coroa, a qual era superior ao legislativo; por fim, as doutrinas do pacto social, as quais tinham como semelhança entre si a ideia de que a sociedade se fundamentava em um *acordo*, ainda que tácito e o estabelecimento de regras para o exercício do poder.

Portanto, resta evidenciada a relação entre o surgimento do Estado e a ideia de Constituição como norma fundamental, sendo esta última explicada na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Tal Constituição se desenvolve então, em razão da própria vida em sociedade do ser humano como forma de garantir uma convivência social harmônica (Bortolo, Amaral, 2019, p. 111).

No mesmo sentido, temos:

“Foi a cultura extremamente legicêntrica que possibilitou as diversas violações aos direitos humanos nos períodos das grandes guerras, haja visto que não se levava em consideração a justiça das normas. Para reagir a essa cultura tornou-se necessário instituir-se direitos universais que nenhum dispositivo poderia violar, sob pena de violação da justiça, da ética e da dignidade da pessoa humana.” (Bortolo, Amaral, 2019, p. 115).

Da mesma forma, Alexandre de Moraes ensina que não importa qual das inúmeras teorias de justificação da existência do Estado é predominante, todas são complementares à medida em que buscam fins definíveis e mutáveis e tratam-se de uma categoria estruturante no pensamento político-constitucional. É nessa circunstância que se enquadra a ideia de Constituição na função de “racionalização e humanização, trazendo consigo a necessidade da proclamação de direitos e deveres”- ideia de constitucionalismo (Moraes, 2017).

Essa relação começa a ser mais expressiva a partir do final do século XVIII, com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, as quais consagraram a ideia de que o poder do Estado deveria estar submetido às leis e à Constituição, dando origem a um movimento histórico e jurídico chamado Constitucionalismo, sendo essa uma das principais ideias apresentadas por Francis Fukuyama em sua obra “As origens da Ordem Política: Desde os Tempos Pré-humanos até a Revolução Francesa”.

Justamente para atender os liberais que tanto requisitavam a mínima interferência estatal, esse movimento foi desencadeado pelas chamadas revoluções liberais burguesas e teve como objetivo estabelecer Estados constitucionais que fixassem mecanismos de limitação e repartição do poder estatal, principalmente para proteger os indivíduos contra possíveis arbitrariedades estatais. A principal forma de concretizar esses objetivos foi por meio da edição de Constituições escritas (Dantas, 2021).

O Constitucionalismo continuou a evoluir com o progresso da história, das leis e da sociedade. Como já foi feita uma breve explanação sobre a evolução da construção do Constitucionalismo no panorama global, ocupamo-nos por continuar, mais especificamente da abordagem moderna e contemporânea na visão do Doutrinador Pedro Lenza.

Como característica marcante do Constitucionalismo moderno, predominam as constituições escritas com normas de ordem social cujas principais finalidades são a redução das desigualdades e o desenvolvimento social, valores como individualismo proveniente dos ideais liberais, ênfase no princípio da dignidade humana bem como a ampliação da jurisdição constitucional (Dantas, 2021).

Uma das contribuições mais importantes da Idade Média para o constitucionalismo foi o princípio da primazia da lei, que estabelecia que todo poder

político deveria ser legalmente limitado. No entanto, naquela época, esse princípio muitas vezes era pouco eficaz, pois faltava um mecanismo legítimo para controlar o exercício do poder político e garantir o respeito à lei por parte do governo. Esse mecanismo de controle e garantia, próprio do constitucionalismo moderno, foi descoberto e aplicado posteriormente (MORAES, 2022).

A consubstanciação escrita das normas constitucionais foi o instrumento idealizado para realizar as concepções modernas do constitucionalismo. A adoção de textos escritos proporcionou publicidade, clareza e segurança, permitindo o amplo conhecimento da estrutura do poder, eliminando incertezas sobre direitos e limites, e fornecendo uma base sólida para a compreensão e controle do poder (BARROSO, 2020).

O constitucionalismo moderno foi influenciado pela experiência dos Estados Unidos, que redigiram suas constituições durante o processo de independência das Treze Colônias. Essas constituições, juntamente com a Constituição dos Estados Unidos de 1787, serviram de modelo para a criação de constituições em todo o mundo (BRASIL, 2023).

A Revolução Francesa, em 1789, também desempenhou um papel fundamental no desenvolvimento do constitucionalismo moderno. A primeira Constituição francesa, embora de curta duração, estabeleceu uma Constituição escrita baseada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade (SARMENTO, 2016).

Assim, o constitucionalismo moderno consiste na ideia de registrar por escrito o documento fundamental de um povo, refletindo os termos de um contrato social e estabelecendo a divisão e contenção do poder. As influências do constitucionalismo americano e francês se espalharam pela Europa e pelo mundo, promovendo a universalização dos direitos individuais, a divisão dos poderes, o princípio da soberania nacional e o princípio da igualdade (SARMENTO, 2016).

Já no que se refere ao Constitucionalismo contemporâneo, fala sobre o conceito de Uadi Lammêgo Bulos de “totalitarismo constitucional” a medida em que os textos normativos consolidam um relevante conteúdo social quando estabelecem metas a serem alcançadas¹, bem como a difusão da proteção dos direitos humanos

¹ Conceito de constituição dirigente, defendido por Canotilho.

para todas as nações. Destaca também a concepção de proteção aos direitos de terceira dimensão como a fraternidade e a solidariedade (Lenza, 2022).

Esses direitos de terceira dimensão, para a concepção do autor em comento, ainda terão de ser consolidados no *constitucionalismo do futuro*, o qual deve buscar equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e os excessos do mundo contemporâneo (Lenza, 2022).

De acordo com Dromi, o futuro do constitucionalismo deve ser influenciado pela busca da verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação, integração e universalização (DROMI, 1994). É relevante destacar o aspecto do constitucionalismo da verdade, que abrange duas categorias de normas. Algumas normas são de natureza programática e praticamente inatingíveis para a maioria dos Estados, enquanto outras não são implementadas devido à falta de motivação política por parte dos administradores e governantes responsáveis.

As primeiras devem ser eliminadas das constituições, sendo consideradas apenas como objetivos de longo prazo, e as segundas devem ser cobradas com mais rigor do Poder Público, envolvendo a participação da sociedade na gestão dos recursos públicos e a atuação de órgãos de controle e fiscalização, como o Ministério Público (STF, ADI 3510 MC/DF).

Por outro lado, o constitucionalismo da continuidade, mencionado por Dromi, é baseado na premissa de que é perigoso conceber Constituições que rompem com a lógica dos antecedentes, causando uma descontinuidade com o sistema anterior. Essa abordagem se assemelha à teoria desenvolvida por Nelson Saldanha, que divide o poder constituinte originário em originário propriamente dito e instituído, sendo o último inserido numa continuidade histórica (SALDANHA, 2000).

O que se pode esperar do Constitucionalismo no futuro, como brevemente explicitado, deve ser observado a partir da perspectiva atual de Constitucionalismo, desenvolvida no Século XXI a partir de vários fatores a seguir delineados, sobretudo na Espanha e América Latina e denominada, assim por grande parte da Doutrina de *Neoconstitucionalismo*.

O neoconstitucionalismo representa, portanto, uma transformação significativa na maneira como a Constituição é percebida e aplicada pelo sistema jurídico. Ele se baseia na premissa de que a Constituição não se limita a um conjunto de regras e princípios, mas também abrange um conjunto de valores que devem ser protegidos e promovidos pelo sistema jurídico.

Como resultado, a interpretação e aplicação da Constituição são vistas como um processo mais dinâmico e aberto, que deve considerar não apenas o texto constitucional, mas também o contexto social e político em que as decisões são tomadas.

Atualmente, a Constituição tem uma posição de superioridade (à qual todos os poderes instituídos estão subordinados) garantida por meio de mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. Além disso, caracteriza-se pela incorporação de valores morais e políticos, o que às vezes é chamado de materialização da Constituição, especialmente em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Não restando prejudicada, então, a afirmação de que o poder deriva do povo e que se manifesta por meio de seus representantes (Mendes, 2021).

Esse *neoconstitucionalismo* ou *novo direito constitucional*, conforme denomina o constitucionalista Luís Roberto Barroso, pode ser observado levando em conta três perspectivas: histórica, filosófica e teórica.

Quanto à perspectiva histórica, foi marcado na Europa continental pelo pós-guerra, e no Brasil pela Constituição de 1988 juntamente com o processo de redemocratização, o qual ofereceu grande segurança institucional ao país. O marco filosófico dessas transformações é o pós-positivismo, que busca conciliar demandas por clareza, certeza e objetividade com filosofias moral e política.

Por fim, no aspecto teórico temos o reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais; a expansão da jurisdição constitucional - no Brasil especificamente materializada na atribuição do direito de propositura de ações diretamente ao Supremo Tribunal Federal-, e em última análise a forma de interpretação das normas constitucionais (Barroso, 2020).

Em razão do tema estudado no presente trabalho, é fundamental abordar de forma específica a evolução do Constitucionalismo ao longo da história brasileira. É feito então, adotando os ensinamentos de José Afonso da Silva, que o faz brilhantemente ao dividir a evolução político-constitucional do Brasil em três fases que englobam o constitucionalismo moderno, contemporâneo e o neoconstitucionalismo no Brasil.

Em apertada síntese, a fase colonial foi marcada pelo sistema de capitanias hereditárias, no qual o país foi dividido em porções de terras doadas aos donatários para que zelassem pela terra, exercendo nelas poderes quase absolutos. Esse

sistema não perdurou por muito tempo, dando lugar aos governos gerais, fundamentais para a organização colonial à época. As mencionadas formas de organização de governo não prosperaram tanto em razão da descentralização do poder político, formando então centros de poderes locais, que deram origem ao coronelismo oligárquico, presente na fase imperial e no início da republicana (Silva, págs. 69 a 72).

A fase monárquica iniciou com a chegada de D. João VI ao Brasil em 1808 e nela o Brasil deixa de ser colônia de Portugal para ser um *Reino Unido* a Portugal. À medida em que se consolidava a monarquia, também se desenvolvia o país e uma elite intelectual tida como *esclarecida*. Muitos destes, eram graduados em universidades europeias como a Universidade de Coimbra e adotavam teorias políticas como o liberalismo, parlamentarismo, constitucionalismo, federalismo, república e democracia, as quais foram uma das justificativas do aparecimento do movimento constitucional no Brasil (Silva, págs. 72 a 79).

Não deixando de considerar o quão extensa é a linha do tempo da época republicana no Brasil, aqui adotam-se observações mais sintéticas sobre as visões históricas, justamente por não ser o objetivo pretendido nesta pesquisa: estudar a evolução do constitucionalismo nesta época, mas sim contextualizar um tema muito atual que é o protagonismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim temos a fase republicana. Inicia-se com a proclamação da república e instalação de um governo provisório, que adotava como forma de governo oficial o federalismo. Foi promulgada em 1981, então, a primeira Constituição Federal Republicana, que estabeleceu no país os princípios do regime em questão com características liberais, seguindo também o sistema presidencialista norte-americano. A primeira república teve como principal característica a política dos governadores, que eram apoiados pelo coronelismo (Bortolo, págs. 120 a 124).

A história constitucional da república brasileira foi marcada por diversas constituições antes da nossa atual, de 1988. Após a de 1981, vieram outras em 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 (Emenda Constitucional 1, de 1969) e por fim a Constituição Cidadã. Em breves palavras, foi uma história bastante acidentada, transitando por várias formas de governo e várias outras mudanças que foram fundamentais para a construção da atualmente vigente.

Resultado de um longo processo de resistência a uma ditadura civil militar, na qual muitos direitos e garantias fundamentais foram severamente restringidos, foi

promulgada a Constituição Federal de 1988, com uma lista minuciosa de normas de proteção ao cidadão, direitos e garantias fundamentais, adoção da teoria da *tripartição de poderes*, estabelecendo então uma harmonia entre as funções estatais e tentativa de conciliar valores liberais e sociais (Dantas, 2021).

Foi então essa Constituição que deu força ao neoconstitucionalismo no Brasil, tomando como referência, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no primeiro artigo, inciso III, do texto constitucional, como um dos fundamentos da República.

Além da valorização da Constituição como norma fundamental, da centralidade dos direitos fundamentais, adoção de técnicas de interpretação normativa mais dinâmicas e abertas, o neoconstitucionalismo ampliou o papel dos tribunais no controle da conformidade das leis e atos do legislativo com a Constituição. Sendo esta uma das maiores críticas atuais que sofre o neoconstitucionalismo brasileiro.

Nesse sentido, nos ensina Mendes, 2021:

“O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia. É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assuma parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo.”

Esse cenário atual do constitucionalismo brasileiro é o que será debatido no correr deste estudo, através da relação entre democracia, constitucionalismo, protagonismo judicial e a separação de poderes.

2.2. O protagonismo do poder judiciário no cenário do pós-positivismo.

Inicialmente cabe apresentar o que seria o cenário pós-positivista para assim entender a influência do período no tema que se pretende discutir. Dessa forma, utilizamo-nos da definição de Dantas, 2021, como:

“A denominada doutrina pós-positivista é aquela que, em termos sintéticos, concede inequívoca força cogente aos princípios jurídicos, de maneira semelhante (porém não idêntica) àquela conferida às demais normas positivas. A partir de então, abandonou-se a antiga dicotomia entre princípios e normas, passando-se a adotar a

distinção entre princípios e regras, ambas como espécies do gênero norma jurídica.”

O modelo de raciocínio subsuntivo, mais técnico, vem sendo gradualmente substituído por operações mais complexas que vão além da simples aplicação da lei, conforme o ideário positivista. Isso se deve a um processo cada vez mais amplo de interpretação da norma e sua compatibilidade com princípios constitucionais (Rocha, Barbosa, 2015, p. 119). E é com esse referencial que analisamos o papel do Supremo Tribunal Federal no protagonismo do poder judiciário atualmente.

No contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) desempenha um papel relevante no neoconstitucionalismo, sendo considerado a mais alta corte do país. O STF tem a atribuição de interpretar a Constituição Federal e sua função é salvaguardar a sua supremacia, bem como assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

O STF detém competência para julgar ações diretas de inconstitucionalidade, por meio das quais pode declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que contrariem a Constituição. Além disso, o Tribunal exerce o controle de constitucionalidade difuso, ou seja, pode analisar a compatibilidade das leis com a Constituição em casos concretos (Brasil, 2023).

No contexto do neoconstitucionalismo, o STF tem proferido decisões de grande impacto, ampliando a proteção dos direitos fundamentais e adotando interpretações mais amplas e progressistas da Constituição. Tais decisões frequentemente têm repercussões na sociedade, influenciando o desenvolvimento do direito e contribuindo para a consolidação do neoconstitucionalismo no Brasil (Sarmiento, 2016).

Adotamos como ponto de partida, o fundamento filosófico da teoria da tripartição dos poderes, desenvolvida pelo filósofo social e escritor francês, Montesquieu. Encontra-se expressa no Art. 2º da Constituição Federal com a seguinte redação: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Depreende-se da leitura do artigo que a separação dos poderes busca balancear a independência, exercida através das funções típicas de cada um deles, com a harmonia que é materializada pelas funções atípicas, ou de fiscalização, de acordo com a teoria de Montesquieu, denominada de freios e contrapesos. Vejamos:

“[...] trata-se de uma experiência eterna, que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.” (Júnior, 2016,p. 91, *apud* Montesquieu, 1996, p. 166).

Constata-se então, que cada poder deve estar reservado às suas respectivas funções, sejam elas típicas ou atípicas, e exercê-las harmoniosamente, de forma que respeitem os limites dos demais. Consoante a teoria da tripartição de poderes, a função típica do legislativo é de propor leis, do executivo é de administração e do judiciário, julgar, executar as leis, sem produzir novos dispositivos legais.

A questão que se pretende analisar, sob a perspectiva de superação do positivismo jurídico, é o limite da aplicação das normas jurídicas por parte do poder judiciário, quando leva em consideração a supremacia da Constituição, observância dos princípios constitucionais, técnicas de interpretação mais abrangentes e a observação dos ideais de moral e justiça.

De acordo com o que apontam Rocha e Barbosa (2015, p. 119), esse processo de interpretação e criação na hora de aplicar uma norma, é referenciado como virada hermenêutica, e por ela destaca-se como protagonista um poder que até então era tido como nulo no que se refere a atividade legiferante, em outras palavras, deveria julgar apenas para reafirmar o que fora previamente dito pelo legislador, sem inovar no ordenamento jurídico. Logo, a função de decidir ou julgar, seria puramente intelectual.

As mesmas autoras pontuam ainda, sobre o panorama do protagonismo do poder judiciário no Brasil, que este foi ampliado pelo garantismo da Constituição de 1988 e a necessidade de implementar o extenso rol de direitos ali postos, especialmente no que se refere a questões políticas e políticas públicas, assuntos normalmente discutidos nas esferas do legislativo e executivo (2015, p. 120).

Essa ideia de que algumas questões de grande repercussão política e social estão sendo discutidas pelo poder judiciário, e não pelo legislativo e executivo como deveriam ser, é chamada por Luís Roberto Barroso de *judicialização* da vida. Aponta para a ocorrência desse fenômeno, três grandes causas, sendo a primeira delas já mencionada anteriormente, a redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição de 1988 e como consequência dela, a segunda causa:

constitucionalização abrangente, ou seja, trazer para a Constituição diversas matérias que antes eram de competência da legislação ordinária (Barroso, 2009, p. 12).

Já a terceira, se refere à abrangência do controle de constitucionalidade brasileiro, tido como híbrido, reúne aspectos dos sistemas europeu e americano. Do sistema americano, foi herdada a ideia de controle difuso, no qual os juízes em sua atuação podem verificar se determinada lei é ou não compatível com a Constituição, e do sistema europeu, a possibilidade de controle mediante ação direta, levando as matérias imediatamente ao Supremo Tribunal Federal (Barroso, 2009, p. 13).

Considerando tudo que já foi explanado, cabe então a reflexão sobre alguns efeitos desse protagonismo judicial cada vez mais evidente.

Nos mostra Júnior, que partir dessa expansão, o Supremo Tribunal Federal passa a ter dois efeitos relevantes: a criação de uma autoridade de "governar jurisdicionalmente" o Poder Judiciário no país, através da constitucionalização das Súmulas Vinculantes, e a ampliação de sua autoridade em detrimento dos demais Poderes constituídos (2016,p. 95).

E ainda, que desses dois efeitos irradiam-se outros colaterais: primeiramente, a transformação do Supremo Tribunal Federal em um *super tribunal*, com ampla guarda da Constituição; depois, a transformação do STF em um *tribunal de pequenas causas políticas* e por fim a transformação do mesmo, em última instância do poder judiciário, já que todas as matérias estão inseridas dentro da Constituição Federal e por consequência ganham repercussão constitucional, chegando ao STF pelas vias do recurso extraordinário (Júnior, 2016,p. 95).

É com fundamento na presente reflexão sobre os efeitos do protagonismo do poder judiciário, que damos continuidade à análise da competência e atuação do Supremo Tribunal Federal atualmente.

2.3. A atuação e competência do STF a partir da Constituição de 1988.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) desempenhava um papel mais limitado no âmbito do constitucionalismo brasileiro. O Brasil estava sob um regime militar, no qual a Constituição de 1967, promulgada durante o governo militar, estabeleceu uma estrutura normativa autoritária e concentrava poderes nas mãos do Executivo.

Nesse período, o STF não exercia plenamente sua função de guardião da Constituição, tendo sua atuação restrita e influenciada pelo regime (SILVA, 2018).

No entanto, com a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como a "Constituição Cidadã", ocorreu uma transformação significativa no constitucionalismo brasileiro. Essa nova Carta Magna trouxe uma extensa gama de direitos e garantias fundamentais, consagrou a democracia e estabeleceu o Estado de Direito como princípio fundamental. Com isso, o STF assumiu um papel de destaque na proteção e interpretação desses direitos, bem como na defesa da Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2019).

O protagonismo judicial a partir do neoconstitucionalismo, no âmbito brasileiro, surge com a Constituição de 1988 e trouxe como uma das consequências uma espécie de "reforço" às atividades do Supremo Tribunal Federal.

Isso fez com que o STF passasse a decidir sobre matérias que extrapolavam a sua competência, bem como foi possível observar que diante do cenário pós positivista, a aplicação e interpretação normativas passaram a levar em consideração valores como a moral, os princípios constitucionais e contexto social no qual a norma está inserida.

A competência do STF está expressa no texto constitucional no Art. 102, sendo ela a guarda da Constituição, e no restante do artigo determina especificamente o que deve julgar.

Até o ano de 2002, em razão da presença de ministros nomeados por militares, as competências delimitadas pela CF/88 foram severamente restritas. Após as eleições de 2022, a relação entre legislativo e executivo foi marcada por muitas divergências, fazendo com que fossem resolvidos no poder judiciário assuntos da esfera política. Tudo isso foi acentuado pela edição da Emenda Constitucional 45 de 2004, responsável por introduzir mudanças no funcionamento e organização dos tribunais, bem como a criação do STJ (Garau, 2015, p. 202).

Nesta senda, é completamente cabível destacar o que aponta Garau, sobre esse papel de guardião da Constituição concedido ao Supremo Tribunal Federal, com uma nova postura interpretativa, garantias constitucionais e grande influência de questões políticas:

"A partir dessa nova postura, o Supremo decidiu questões políticas e sociais de extrema relevância, como a reforma partidária, a

verticalização das coligações partidárias e a lei de biossegurança, assumindo importante papel político sem, por um lado, estar legitimado por eleições, e por outro lado, sem criar formas para maior participação popular. Vale dizer que, ao abandonar sua imparcialidade, resta ao Supremo a problemática da legitimidade. Por não tratar-se de órgão eleito, qual seria então sua legitimidade para decidir questões eminentemente políticas? [...] (Garau, 2015, p. 202).

Na obra “As dimensões do ativismo judicial do STF”, do autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos nos mostra que a Corte tem interpretado normas de forma a suprir lacunas legislativas, expandir significados dos enunciados normativos, altera o sentido de leis sem alterar-lhes o texto (ideia de mutação constitucional) e amplifica os próprios poderes processuais e efeitos das suas decisões, caracterizando assim claramente uma postura ativista (Campos, 2014).

Tal postura ativista foi inclusive assumida em 2008, por um dos mais importantes ministros da história do STF, Celso de Mello, publicamente como uma necessidade institucional diante da conveniente omissão ou retardamento excessivo do Poder Público no cumprimento das obrigações impostas pela Constituição. O juiz constitucional defendeu que a Corte não pode ficar passiva diante de ofensas à Constituição e aos direitos nela estabelecidos, justificando o comportamento afirmativo do Poder Judiciário. Para Celso de Mello, o ativismo judicial do STF pode fazer parte da paisagem institucional brasileira como prática legítima e necessária. A ascensão do ativismo judicial do Supremo tornou-se, sem dúvida, parte importante da vida política e social do Brasil contemporâneo (Campos, 2014).

Diversos doutrinadores e estudiosos construíram várias concepções sobre o neoconstitucionalismo e a sua relação com o protagonismo judicial no panorama constitucional brasileiro. Também muitas opiniões são divididas no que se refere a atuação do STF e benefícios ou aspectos negativos trazidos em razão desse ativismo judicial acentuado.

Um desses doutrinadores, Lênio Streck, afirma ser necessária uma postura crítica desse ativismo e que isso pode ser um problema para a estrutura da democracia constitucional (Streck, 2011, p. 14).

Independentemente da postura adotada mediante a problemática do ativismo, é fato que ela é uma problemática pertinente e difícil de ilustrar no caso concreto, não significando sua inexistência. Um exemplo emblemático que demonstra o protagonismo do STF pós-1988 é o julgamento da Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF, em 2012, na qual foi reconhecida a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Nessa decisão, o STF interpretou a Constituição de forma a garantir o direito à saúde e à dignidade das mulheres, reafirmando a proteção dos direitos fundamentais (BRASIL, 2012).

Outro exemplo relevante é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da ADPF 132/DF, em 2011, nas quais foi reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo e permitida a conversão dessa união em casamento civil. Nessa decisão, o STF ampliou o conceito de família e assegurou o princípio da igualdade e da não discriminação (BRASIL, 2011).

Esses julgados são apenas alguns exemplos do protagonismo do STF pós-1988 na interpretação e proteção dos direitos fundamentais. O Tribunal tem desempenhado um papel fundamental na consolidação do constitucionalismo no Brasil, garantindo a supremacia da Constituição e promovendo avanços na efetivação dos direitos e garantias fundamentais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2019).

Em conclusão, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal (STF) passou por uma transformação significativa no âmbito do constitucionalismo brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Antes desse marco, o STF desempenhava um papel mais limitado devido ao regime militar e à estrutura normativa autoritária prevalecente.

Com o advento do neoconstitucionalismo, o STF passou a exercer um protagonismo judicial, decidindo sobre questões que extrapolavam sua competência e interpretando as normas à luz dos princípios constitucionais, valores morais e contexto social. Essa postura ativista contribuiu para preencher lacunas legislativas, expandir o significado das normas e amplificar os poderes e efeitos de suas decisões.

Apesar das controvérsias, é inegável o protagonismo do STF na consolidação do constitucionalismo brasileiro pós-1988. Suas decisões têm ampliado a proteção dos direitos fundamentais, promovido a igualdade e a não discriminação, e contribuído para o avanço do Estado de Direito no país.

3. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO JUDICIAL.

Grandes transformações pós-segunda guerra mundial deram origem ao chamando constitucionalismo contemporâneo, também conhecido como o novo constitucionalismo (BARROSO, 2013).

A Constituição Federal de 1988, trouxe-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.” (BRASIL, 1988, cap. I, art. 5, inc. XXXV). Dessa forma, é assegurado a todos o direito de buscar o Judiciário para discutir e resolver o litígio.

Ora, se existe o direito de buscar o Judiciário para resolver um direito, conseqüentemente haverá o dever do Poder Judiciário em analisar o pedido e dar uma resposta.

Nesta seara, a maior Judicialização do Brasil foi com a redemocratização e posteriormente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual o poder Judiciário passou de mero coadjuvante para protagonista no poder de política (BARROSO, 2013).

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a Constituição de 1988, inovou na chamada *constitucionalização abrangente* “*que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.*”

Dessa forma, mais questões foram levadas ao poder Judiciário, questões estas que poderiam ser resolvidas no âmbito do Poder Legislativo ou Executivo. Ademais, o ativismo Judicial é uma consequência da judicialização, ou seja, a um excesso de demandas no Judiciário. Segundo o Ministro Roberto Barroso (BARROSO, 2009) o ativismo judicial pode ser encontrado em variados aspectos, como por exemplo quando o STF no uso das suas atribuições aplica direta a constituição, em situações concretas ou abstrato de forma independente do poder legislativo.

Segundo o Ministro Barroso, a judicialização e o ativismo judicial são primos, ou seja, pertencem à mesma família, mas com origens distintas. Neste caso, a judicialização está relacionado diretamente ao modelo constitucional que o Brasil adotou, cabendo ao Poder Judicial resolver as questões que foram lavados, ou seja, não resta opção ao juiz em não resolver a questão. Dessa forma, os juízes decidem porque a Constituição exige (BARROSO, 2009, P. 25).

Por outro lado, o ativismo judicial está mais alinhado de como os juízes interpretam a Constituição, ou seja, o ativismo judicial está mais associado em uma maior participação do Poder Judiciário, em decisões que muitos dos casos há uma lacuna deixado pelo Poder Legislativo ou Executivo, caracterizando decisões mais proativas ou até mesmo ultrapassando o seu limite de decidir (BARROSO, 2009, P. 25).

De acordo com Ministro Barroso, a manifestação do ativismo judicial pode ser divide em três linhas:

a) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; **b)** a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; **c)** a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 26).

A partir da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal teve uma maior proatividade em assuntos relacionados a políticas públicas, boa parte desse crescente aumento foi em relação ao crescente números dos legitimados em proposituras de ações diretamente na Corte, como por exemplo Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). Dessa forma, assuntos esses que deveriam ser discutidos no Legislativo.

Para o Ministro Alexandre de Moraes:

No Brasil, a partir do fortalecimento da Jurisdição Constitucional pela Constituição de 1988, principalmente pelos complexos mecanismos de controle de constitucionalidade e pelo vigor dos efeitos de suas decisões, em especial os efeitos erga omnes e vinculantes, e das “Súmulas Vinculantes”, somados à inércia dos Poderes Políticos em efetivar totalmente as normas constitucionais, vem permitindo que novas técnicas interpretativas ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçadas dos Poderes Legislativo e Executivo. (MORAES, 2012, p. 267)

As lições de Alexandre de Moraes apontam que o surgimento em conceder maior interpretação constituição foi a partir da emenda Constitucional n. 45/04, que deu ao STF o poder de editar por ofício Sumulas Vinculantes. Ademais, a corte teve

maior eficácia em sua interpretação que por diversas vezes passaram a ser um verdadeiro *legislador ativista*.

Ademais, podemos citar como exemplo de judicialização o controle de constitucionalidade, no Brasil adotamos tanto o controle incidental quanto difuso. Neste caso, qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar a lei no caso concreto que foi lhe foi submetido (BARROSO, 2009, P.24).

É notório que nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem tomada decisões de extrema importância em relação as políticas públicas. Cabe mencionar que em 2020, o STF confirmou competência concorrente de Estados, Distrito Federal, Municípios e União em ações para combater pandemia da covid-19. Governadores e prefeitos estão livres para estabelecer medidas como o isolamento social e o fechamento do comércio. A maioria dos ministros reconheceu também que a União pode legislar sobre o tema, mas garantindo a autonomia dos demais entes.

Cabe dizer que o STF como guardião da Constituição deve sim, atua de forma legítima democrática na atuação judicial, ou seja, fazer valer o ativismo judicial mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais, entendidos como direitos invioláveis do homem, que de forma alguma podem ser suplantados, a fim de sustentar o Estado Democrático de Direito, sendo de grande utilidade, ainda mais, se conseguem servir para sustentar a inércia ou incapacidade momentânea de algum Poder.

Nesta seara, o oposto do ativismo judicial é a *autocontenção judicial*, segundo Roberto Barroso, é o meio pelo qual o judiciário tem em reduzir sua interferência nos demais poderes. Desse modo, juízes e tribunais podem se eximir de aplicar determinada norma por falta de regulamentação do poder legislativo ou judiciário, assim deixando de interagir com as políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 26).

Assim, o termo *ativismo judicial* foi utilizado pela primeira vez há 76 em um artigo sobre a Suprema Corte dos EUA, por Arthur Schlesinger Jr. Segundo Alexandre de Moraes, o ativismo judicial é na verdade uma prática adotada pelo Poder Judicial em interpretar a Constituição no exercício jurisdicional, ou seja, um meio pelo qual juízes e tribunais adotam em suprir uma lacuna do Poder Legislativo ou Judicial (MORAES, 2011/2012, p. 267).

Na visão de Ronald Dworkin, o ativismo judicial pode ser explicado da seguinte forma:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. Um juiz ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. (DWORKIN, 2007. p. 451).

O fenômeno da judicialização da política, especialmente no Supremo Tribunal Federal, significa o enfrentamento de temas árdios da vida política. segundo o Ministro Celso de Mello ao recordar:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (MELLO, STF, 23.4.2008).

Dessa forma, cabe mencionar que a legitimidade democrática da atuação judicial, e do Estado democrático de direito deve ser conciliado de forma harmônica, devendo ser fortalecido as garantias da legitimidade democrática da atuação judicial e a limitação do poder, e, se, realmente, como afirmou o professor Jean Marcou, da Universidade de Grenoble, “o século XX é o século dos tribunais constitucionais”, o século XXI deve ser o século do equilíbrio entre a Jurisdição Constitucional e as Instituições legislativas.

No Brasil, esse necessário equilíbrio entre a Jurisdição Constitucional e as Instituições Legislativas tornou-se mais premente com a possibilidade de edição de Súmulas Vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal, não só em matéria de vigência e eficácia da legislação (tradicional função de legislador negativo dos Tribunais Constitucionais), mas também em função dessa possibilidade ser direcionada à interpretação da legislação face ao texto constitucional, permitindo uma verdadeira atuação de legislador positivo, com grandes reflexos na possibilidade de ampliação do ativismo judicial (MORAES, 2011/2012, p. 267).

Considerando esse fato, onde está a garantia constitucional da legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário? A possibilidade de um órgão não eletivo, como o Supremo Tribunal Federal (STF), sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República ou do Congresso Nacional, ambos eleitos pelo voto popular, é um tema que envolve discussões na teoria constitucional e é conhecido como *contramajoritária*.

A dificuldade contramajoritária refere-se à tensão entre a necessidade de proteger os direitos fundamentais e as limitações do princípio democrático, que valoriza a vontade da maioria. Em uma democracia, é fundamental que as decisões políticas reflitam a vontade da maioria, expressa por meio do sufrágio universal. (BARROSO, 2009).

No entanto, a existência de um poder judiciário independente e a garantia da supremacia constitucional implicam que o STF possa exercer o controle de constitucionalidade, invalidando leis ou atos que contrariem a Constituição. Essa atuação do STF visa proteger os direitos fundamentais e garantir a conformidade das ações estatais com a ordem constitucional.

A dificuldade contramajoritária emerge quando há um conflito entre as decisões dos poderes eleitos democraticamente e as decisões do Judiciário com base na interpretação e aplicação da Constituição. Alega-se que, em certos casos, a atuação do Judiciário pode contrariar a vontade da maioria expressa nas urnas.

Luís Roberto Barroso, (2009) destacar que o sistema de freios e contrapesos é fundamental em uma democracia constitucional. O Judiciário desempenha o papel de proteger os direitos fundamentais, atuando como guardião da Constituição, mesmo quando isso implica contrariar a vontade da maioria. Isso é necessário para evitar que os direitos e liberdades individuais sejam violados ou que a minoria seja oprimida pela maioria.

A dificuldade contramajoritária é um desafio complexo e debatido na teoria constitucional, envolvendo a necessidade de equilibrar o respeito à vontade popular e a proteção dos direitos fundamentais. A democracia constitucional busca encontrar mecanismos que permitam conciliar esses interesses, garantindo a participação popular e, ao mesmo tempo, protegendo os valores e princípios consagrados na Constituição.

Dessa forma, para Barroso (2009) a legitimidade do Judiciário para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, como o Presidente da República

ou o Congresso Nacional, pode ser justificada tanto de forma normativa quanto filosófica. Essas justificativas contribuem para o entendimento da função do Judiciário em uma democracia constitucional.

Em termos normativos, a Constituição estabelece a supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico. O Judiciário é o responsável por interpretar e aplicar a Constituição, garantindo sua observância e sua efetividade. Dessa forma, quando uma decisão do Executivo ou do Legislativo é considerada incompatível com a Constituição, o Judiciário tem o dever de invalidá-la, a fim de preservar a supremacia constitucional (BARROSO, 2009).

Nessa mesma linha Barroso (2009) destaca que a legitimidade normativa é ancorada na separação dos poderes e na existência de um poder judiciário independente, que tem como função garantir a legalidade e a constitucionalidade das ações estatais. O Judiciário é um contrapeso aos poderes eleitos, assegurando que suas decisões estejam em conformidade com a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos.

Em termos filosóficos, a legitimidade do Judiciário para invalidar decisões dos poderes eleitos pode ser fundamentada em princípios como o Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais. O Estado de Direito pressupõe a existência de um sistema jurídico no qual todos, inclusive os detentores de poder político, estão sujeitos às leis e aos princípios estabelecidos (BARROSO, 2009).

Nesse sentido, o Judiciário atua como um guardião dos direitos fundamentais, protegendo-os contra eventuais abusos ou violações por parte dos poderes políticos. A legitimidade do Judiciário advém da sua responsabilidade em garantir a justiça, a imparcialidade e a proteção dos direitos, independentemente de quem exerça o poder político.

Por fim, tanto do ponto de vista normativo quanto filosófico, a legitimidade do Judiciário para invalidar decisões dos poderes eleitos está fundamentada na necessidade de proteger a supremacia constitucional, o Estado de Direito e os direitos fundamentais. Essas justificativas são importantes para o equilíbrio e a harmonia entre os poderes em uma democracia constitucional, assegurando que nenhum poder esteja acima da Constituição e dos valores por ela consagrados.

3.1 Conceito e teorias acerca da legitimidade democrática

A legitimidade democrática é um conceito que se refere à justificação e aceitação do poder político em um sistema democrático. É a ideia de que o exercício do poder político deve ser fundamentado no consentimento dos cidadãos e em conformidade com os princípios e procedimentos democráticos.

Max Weber, em sua obra "Economia e Sociedade" (2002), argumentou que a legitimidade política está relacionada à legalidade. Segundo Weber, um governo é legítimo quando age de acordo com as leis estabelecidas pela autoridade competente. A legalidade é o critério pelo qual a legitimidade é alcançada. Portanto, para Weber, o poder político é legítimo quando é exercido de acordo com a lei estabelecida.

Hans Kelsen, em sua obra "Teoria Pura do Direito" (2007), desenvolveu uma teoria jurídica que também enfatiza a importância da legalidade na legitimidade. Kelsen argumentou que a legitimidade deriva de uma ordem jurídica fundamentada em uma Constituição e que o poder político é legítimo quando é exercido dentro dos limites estabelecidos pela ordem jurídica. Para Kelsen, a coerção legal é o meio pelo qual a legitimidade é exercida e mantida.

De acordo com Diniz (2006), a legitimidade democrática enfrenta obstáculos de natureza ética, relacionados à justificação normativa do sistema jurídico-político. Nesse contexto, a justificação normativa envolve a aceitação consensual das normas jurídicas e a obediência a seus comandos, baseada em um acordo social sobre sua adequação aos valores éticos e princípios do direito, que estão em constante interação.

Neste mesmo sentido, conceitua Dinamarco (2005), a parte é considerada legítima quando a lei autoriza que ela defenda em juízo um direito alegado (parte ativa legítima) ou quando ela é responsável por suportar os efeitos da providência solicitada (parte passiva legítima). Em outras palavras, a legitimidade processual está relacionada à capacidade de ser parte em um processo e ter interesse jurídico na demanda.

Nessa linha, Lúcio Levi (1998, p. 675), aborda a legitimidade da seguinte forma:

[...] podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser

em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.

Desse modo, com base nas balizas realizadas, assim, delineadas as características da legitimidade, enquanto justificação do Poder e do direito estatal em ordem democrática, é possível se avançar, de modo a se projetar essas expectativas em um único órgão do Poder Judicial.

Neste caso, como já mencionado anteriormente, a justificativa do Poder tem por meio a obtenção do consenso da sociedade. Nos ensinamentos de Paulo Bonavides (2000), a legitimidade expressa um valor fundamental vinculado ao ordenamento político com o fito de regular, através de um princípio de autoridade as relações de comando e obediência.

Ao longo da história democrática, diversas foram as formas de obter o alcance no exercício do Poder. Dentre elas, podemos citar por exemplo a teoria do direito divino, o qual foi considerado como instrumento de transição da política medieval para a política moderna, afirmando a necessidade do trono se libertar da intromissão clerical, impondo o direito do estado (do rei) contra o direito canônico (da igreja). Neste caso, passando a buscarem em dar fundamentos de base racional com as teorias contratualistas – em que o vínculo de dependência dos homens aos governantes resultaria da vontade (CAETANO, 2006, p. 269).

Cabe destaque a análise de João Maurício Leitão Adeodato (1989, p. 55) que com o surgimento do Estado Moderno deu início ao monopólio da produção das normas, com ascensão nas leis e a positivação do direito. Dessa forma, a legitimidade começou a ser tratada como *legitimação*, passando por parte do Estado e do ordenamento jurídico em geral.

Nesse sentido, podemos chegar a uma definição de que a legitimidade democrática encontra - se ao fato de ser definidas por leis e exercidas em conformidade com as leis (LEVI, 1998, p. 674). Dessa forma, significa dizer que o Poder será legítimo pelo simples fato de ser legal (FARIA, 1978, p. 89).

Muitas outras teorias foram elaboradas para explicar a justificação do Poder. Ademais, é possível se verificar que o caráter formal/instrumental da legitimidade é

traço característico nas sociedades ocidentais contemporâneas. Segundo, José Eduardo Faria, trata-se mesmo de um problema típico das democracias liberais:

Historicamente, portanto, o moderno problema da legitimação do poder está associado às múltiplas formas de organização política da sociedade de classe e aos diferentes modos de obtenção do consenso em torno de seus respectivos procedimentos decisórios. Evidentemente, a emergência desse problema encontra-se intimamente vinculada à consolidação da democracia liberal – como verso e reverso de uma mesma moeda. Deste modo, a questão da legitimidade não é mais condicionada a um critério de racionalidade material, dependente do conteúdo substantivo de cada decisão, como nas sociedades tradicionais. Torna-se, isto sim, crescentemente dependente da coerência lógico-formal do processo legislativo e das instituições do direito. (FARIA, 1985, p. 16).

Nesse diapasão, são várias as teorias que justificam a legitimidade democrática, apontando como necessária para preservação do direito democrático. Assim, as teorias adotadas pelo Estado são tidas como complementares.

Desse modo, no contexto brasileiro, marcada por profundas desigualdades, muitas vezes a garantia formal da igualdade não é suficiente para garantir que todos os cidadãos vivam com dignidade e legitimidade dos seus direitos. Nesse contexto, o Judiciário torna-se uma via de busca para garantir direitos fundamentais que não foram efetivados pelo Poder Executivo devido a problemas operacionais, orçamentários ou à ausência de regulamentação por parte do Poder Legislativo Dallari (CARNEIRO JÚNIOR, 2012, p. 27) são três:

A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários. *A preservação da liberdade*, entendida, sobretudo como poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado. *A igualdade de direitos*, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo, por motivos econômicos ou de discriminação de classes sociais.

Desta feita, o Poder Executivo, responsável pela implementação de políticas públicas e programas sociais, pode enfrentar limitações estruturais, falta de recursos

financeiros ou desafios na execução adequada de medidas destinadas a assegurar os direitos fundamentais. Isso pode resultar em lacunas na efetivação desses direitos, deixando parte da população desassistida. A esse respeito observa Victor Augusto Passos Villani Côrtes (2010, p. 558):

Relevante se faz observar que atualmente o Poder Judiciário Brasileiro tem demonstrado uma posição límpida em relação ao ativismo. Pode-se citar como exemplo mais contundente deste fenômeno a distribuição de medicamentos e determinações de tratamentos mediante decisão judicial. Isto são imposições de condutas ou abstenções do Poder Público. O Executivo vem, em diversos casos, perdendo demandas e sendo obrigado a custear medicamentos que não constam dos protocolos do Ministério da Saúde. Um fenômeno positivo decorrente do ativismo é, sem dúvida, o maior atendimento das necessidades da sociedade. Como nem o Poder Executivo nem o parlamento tem tomado frente das situações o Poder Judiciário passou ser a vis atrativa desses problemas que — normalmente seriam casos a serem solucionados pelos outros dois Poderes.

Diante dessa situação, os indivíduos e grupos afetados recorrem ao Judiciário para buscar a garantia de seus direitos fundamentais. O Poder Judiciário, como guardião da Constituição, tem o papel de assegurar o cumprimento das normas constitucionais e garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados e efetivados.

O Judiciário pode ser acionado por meio de ações judiciais individuais ou coletivas, nas quais os cidadãos buscam a reparação de direitos violados ou a adoção de medidas que assegurem sua efetivação. Em alguns casos, os tribunais podem determinar que o Poder Executivo adote ações específicas, como a implementação de políticas sociais, o fornecimento de serviços básicos, o acesso a tratamentos de saúde, entre outros.

No entanto, é importante ressaltar que a judicialização excessiva de questões sociais também pode gerar problemas, como a sobrecarga do sistema judiciário e a possibilidade de decisões contraditórias ou conflitantes. Por isso, é fundamental buscar um equilíbrio entre a atuação do Judiciário, a responsabilidade dos demais poderes e a necessidade de uma abordagem mais ampla e integrada para enfrentar a legitimidade democrática e promover a efetivação dos direitos fundamentais.

Ademais, podemos citar como exemplo de legitimidade democrática o princípio da legalidade que é um dos pilares do Estado de Direito, que estabelece que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

No entanto, conforme mencionado por Amilcar Araújo Carneiro Júnior (2012), o princípio da legalidade vai além da lei formal, abrangendo outras espécies normativas equiparadas a ela pela Constituição. Essa compreensão ampliada do princípio da legalidade implica que as normas constitucionais também têm força vinculante e devem ser respeitadas e aplicadas, inclusive pelo Judiciário.

Assim, o princípio da constitucionalidade surge como um corolário desse entendimento ampliado da legalidade. Ele estabelece que todas as normas e atos do poder público devem estar em conformidade com a Constituição, que é a norma suprema do ordenamento jurídico. Isso significa que as leis e demais atos normativos devem ser interpretados e aplicados à luz dos princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Dessa forma, o Judiciário desempenha um papel fundamental na defesa da constitucionalidade, garantindo que as normas e atos do poder público estejam em conformidade com a Constituição e não violem os direitos fundamentais dos cidadãos. Essa atuação é necessária para assegurar a efetiva proteção dos direitos constitucionalmente garantidos e para garantir a legitimidade democrática, além de garantir que nenhum poder ou autoridade esteja acima da Constituição. A esse respeito, afirma Cappelletti (1993, p. 98-99) que:

Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. [...] Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público.

Do mesmo modo, diante de omissões legislativas que impedem o pleno exercício dos direitos, não é adequado que os juízes se eximam da responsabilidade de garantir a concretização dos direitos fundamentais e sociais. Em situações nas

quais a legislação é insuficiente ou omissa para assegurar a proteção dos direitos, o Judiciário desempenha um papel importante na legitimidade democrática e aplicação dos princípios constitucionais, visando preencher essas lacunas normativas.

Diante do que foi discutido, como legitimidade democrática? É correto afirmar que os membros do Poder Judiciário, como Juízes, Desembargadores e Ministros, não são agentes públicos eleitos, diferentemente dos membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Eles são selecionados por meio de concursos públicos ou indicados por critérios estabelecidos na legislação.

Apesar de não serem eleitos, os magistrados e tribunais desempenham um importante papel político, pois têm o poder de tomar decisões que afetam a vida dos cidadãos e a ordem social. Através de sua atuação jurisdicional, eles interpretam e aplicam as leis, resolvem conflitos, julgam casos e, em algumas circunstâncias, podem invalidar atos dos outros poderes.

Esse poder político do Judiciário decorre do princípio da supremacia da Constituição e da função de guarda da Constituição atribuída a ele. Quando um ato ou lei é considerado inconstitucional, o Judiciário tem o poder de declarar sua nulidade ou ineficácia, inclusive de atos praticados pelo Executivo ou pelo Legislativo.

Essa possibilidade de invalidação de atos dos outros poderes é uma garantia fundamental para a proteção dos direitos constitucionais e para a manutenção da legitimidade democrática. O Judiciário exerce o controle de constitucionalidade, assegurando que as ações dos demais poderes estejam em conformidade com os princípios e normas estabelecidos na Constituição.

No entanto, é importante ressaltar que o exercício desse poder político pelo Judiciário deve ser realizado dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis. O Judiciário não deve se substituir aos outros poderes, mas sim atuar como um contrapeso, garantindo a harmonia e o equilíbrio entre eles.

Assim, embora os membros do Judiciário não sejam eleitos, eles desempenham um papel político relevante na sociedade ao proteger os direitos fundamentais, zelar pela observância da Constituição e garantir o funcionamento adequado dos demais poderes. Dessa forma, possibilitam a garantia da legitimidade democrática encontrada na Constituição Federal.

3.2. A atuação do STF em matérias de competência do poder legislativo e executivo na ordem jurídico constitucional brasileira

A atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no exercício da jurisdição constitucional tem se tornado cada vez mais expressiva no Brasil. O STF é o órgão responsável por interpretar a Constituição Federal e garantir sua aplicação e efetividade. Neste caso, com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário passou a ser mais proativo em especial o STF.

Ex vi:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Diante desse contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) é extensa e abrange diversos temas, incluindo questões de cunho político. Esse fenômeno, conhecido como "*constitucionalização de matérias*", ocorre quando determinadas questões que tradicionalmente seriam tratadas no âmbito político são inseridas no texto constitucional.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 refletiu um momento de transição democrática e de ampliação dos direitos e garantias fundamentais. Após um período de ditadura militar, a Constituição buscou estabelecer um arcabouço jurídico amplo e abrangente, prevendo direitos sociais, individuais, políticos e econômicos, bem como estruturando a organização e competências dos poderes do Estado.

No entanto, é importante ressaltar que a inclusão de temas políticos na Constituição nem sempre significa que todas as decisões sobre essas questões devem ser tomadas pelo Poder Judiciário. A separação dos poderes é um princípio fundamental da democracia, e cada poder tem suas atribuições específicas.

O Poder Legislativo é o responsável por legislar e tomar decisões políticas, enquanto o Poder Judiciário tem a função de interpretar e aplicar as leis, inclusive a Constituição. Embora a Constituição possa conter diretrizes e princípios políticos, nem todas as decisões sobre essas questões devem ser judicializadas.

No entanto, em certos casos, é inevitável que o Poder Judiciário seja chamado a se pronunciar sobre questões políticas previstas na Constituição. Isso ocorre quando há conflitos entre normas constitucionais, violações de direitos fundamentais ou quando há omissão ou inércia dos poderes políticos em cumprir suas obrigações constitucionais.

A atuação do Poder Judiciário nessas situações é uma consequência do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, que permite ao Judiciário analisar a conformidade das leis e atos dos poderes públicos com a Constituição. Dessa forma, o Judiciário tem a responsabilidade de proteger e garantir a supremacia da Constituição, inclusive em questões políticas.

Embora seja importante buscar um equilíbrio entre os poderes e evitar a judicialização excessiva de questões políticas, a inclusão de matérias políticas na Constituição reflete a necessidade de assegurar a proteção dos direitos e garantias fundamentais, bem como a estabilidade e a coerência do ordenamento jurídico. Cabe ao Judiciário, dentro de sua esfera de competência, atuar de forma equilibrada e prudente na interpretação e aplicação dessas normas constitucionais.

Segundo o jurista alemão Robert Alexy, há casos em que a norma constitucional não pode ser aplicada diretamente ao caso concreto devido a circunstâncias excepcionais ou irrazoáveis. Nesses casos, cabe ao STF, como guardião da Constituição, decidir qual a solução mais adequada, levando em consideração os princípios e valores constitucionais.

Em todas essas situações, o STF desempenha um papel de extrema importância na definição do alcance e do sentido da Constituição, garantindo a sua aplicação e resolvendo questões complexas que surgem no âmbito da jurisdição constitucional. Essa atuação expressiva do STF reflete a necessidade de um órgão

especializado em interpretar a Constituição e assegurar a supremacia do texto constitucional em um Estado democrático de direito.

Portanto, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

[...] este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará em favor, e não contra a democracia.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir questões políticas, atua dentro de sua competência constitucional e desempenha um papel importante como implementador da democracia. O STF tem a responsabilidade de interpretar e aplicar a Constituição, garantindo a sua supremacia e a proteção dos direitos e garantias fundamentais nela estabelecidos. Dessa forma, o STF desempenha um papel fundamental na manutenção do Estado democrático de direito, ao fazer prevalecer a vontade da Constituição e garantir a proteção dos direitos e valores essenciais da sociedade.

Dessa forma, vale questionar até que ponto o STF como guardião dos direitos fundamentais tem a competência, para decidir em questões de competência do Poder Legislativo e Executivo. Ademais, até onde vai a competência de cada Poder?

A divisão do poder estatal, também conhecida como separação dos poderes, foi amplamente discutida e desenvolvida por vários filósofos políticos ao longo da história. Aristóteles, em sua obra "*Política*", já trazia a ideia de uma divisão do poder, embora não da forma como é concebida atualmente. Ele defendia a existência de três formas puras de governo: monarquia, aristocracia e democracia (BONAVIDES, 2000, p. 146 e 147)

A contribuição de John Locke para a teoria da separação de poderes pode ser encontrada em sua obra "*Segundo Tratado Sobre o Governo*". (BONAVIDES, 2000, p. 147). Locke argumentava que o poder político deve ser dividido entre diferentes órgãos ou instituições para evitar o abuso de poder e proteger os direitos individuais. Ele defendia a separação do poder legislativo, executivo e federativo.

No entanto, foi Montesquieu quem consolidou a teoria da separação de poderes em sua obra "*O Espírito das Leis*". Montesquieu propôs que o poder estatal

deveria ser dividido em três esferas independentes: o poder legislativo, responsável por criar as leis; o poder executivo, responsável pela implementação das leis; e o poder judiciário, responsável pela aplicação das leis. Ele argumentava que essa separação dos poderes garantiria a liberdade individual e evitaria a concentração excessiva de poder (SILVA, 2005. Pág. 109).

As contribuições de Aristóteles, John Locke e Montesquieu foram fundamentais para a consagração e compreensão da teoria da separação dos poderes na teoria política e no desenvolvimento das constituições modernas. Suas obras influenciaram e continuam a influenciar o pensamento político e jurídico ao redor do mundo. As citações mencionadas (Bonavides, 2000; Silva, 2005) podem referir-se a obras específicas desses autores que discutem a teoria da separação de poderes em maior detalhe.

De início, é importante anotar que a Constituição de 1988 por ser analítica, ou seja, compor em corpo variados termos não teria como o Poder Legislativo e Executivo cumprir com toda a sua regulamentação. Ademais, fazendo surgir as omissões normativas.

No que diz respeito ao legislativo, essas omissões se manifestam por meio da falta de produção de leis ou pela má qualidade das normas produzidas, resultando em lacunas normativas. Já em relação ao executivo, é comum observar a utilização da discricionariedade administrativa como uma forma de inércia ou atraso na implementação de políticas públicas. (GALVÃO, 2015 p. 91).

Nesse sentido, Teixeira (2012) destaca que a consequência das omissões mencionadas, juntamente com os fatores anteriormente destacados, é a ampliação do papel do Poder Judiciário, incluindo o Supremo Tribunal Federal, como uma instância que passa a ter maior participação na implementação de políticas públicas e medidas sociais. Isso significa que questões que antes eram de responsabilidade dos poderes legislativo e executivo estão sendo cada vez mais decididas pelos tribunais.

Essa mudança de foco para as instâncias judiciais tem sido objeto de debate e controvérsia. Alguns argumentam que o judiciário está assumindo um papel que não lhe é adequado, interferindo em questões políticas e invadindo a esfera de atuação dos outros poderes. Por outro lado, defensores dessa ampliação sustentam que o judiciário está cumprindo sua função de garantir direitos e assegurar a

efetividade das normas, especialmente quando há omissões por parte dos outros poderes (TEIXEIRA, 2012).

No entanto, há quem sustente que o STF, ao interpretar a Constituição e tomar decisões sobre questões políticas, está exercendo um papel legítimo e necessário na proteção dos direitos fundamentais e no equilíbrio dos poderes. Argumenta-se que a Constituição é a expressão da vontade popular e que o STF, ao fazer prevalecer a vontade constitucional, está de fato protegendo os princípios democráticos.

Nesse sentido, cabe destacar ADIn 2.213, do Ministro Celso de Mello, merecendo destaque o seguinte trecho:

Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes.

É importante ressaltar que a atuação do STF não deve ser confundida com uma função legislativa. O papel do tribunal é interpretar e aplicar a Constituição, em conformidade com os princípios e direitos fundamentais estabelecidos nela. Embora suas decisões possam ter implicações políticas significativas, seu objetivo principal é garantir a legalidade e a constitucionalidade das ações governamentais, bem como proteger os direitos individuais e coletivos.

Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes, em seus estudos destacam o seguinte:

A jurisprudência constitucional exigida por Habermas é aquela que impõe uma forma deliberativa de formação da vontade política. Assume, nos termos de Habermas, um papel de tutor do processo político, assegurando canais processuais adequados à decisão política racional, não de “regente”, que avoca para si uma responsabilidade paternalista de promover as condições éticas de convivência da comunidade. É isso que deve orientar a interpretação constitucional, enriquecendo, segundo Habermas, a ideia ainda superficial de Ely (segundo a qual a corte deve garantir a autodeterminação do povo, o que, corretamente, na teoria de Ely, resume-se basicamente à liberdade de expressão e ao direito de voto livre).

No entanto, uma decisão adotada pela Primeira Turma do STF, no Recurso Extraordinário nº 368564, pode ser considerado superlativação das funções do Judiciário. Nesse caso específico, a União havia interposto um recurso contra a autorização concedida pelo TRF da 1ª Região para que um grupo de pessoas com retinose pigmentar realizasse um tratamento em Havana, Cuba (BICCA, 2102, p.17).

O ponto de controvérsia nessa decisão reside no fato de que, de acordo com um laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, não há cura conhecida para a retinose pigmentar, além do tratamento ter um alto custo para o erário. No entanto, o STF decidiu autorizar o tratamento, com o objetivo de evitar frustração aos requerentes (BICCA, 2012, p.17).

Essa decisão pode ser considerada uma superlativação das funções do Judiciário, pois ele está agindo além de sua competência tradicional de interpretar e aplicar a lei, e adentrando na esfera de formulação de políticas públicas e alocação de recursos.

Para Bicca (2012) a superlativação ocorre quando o Judiciário é chamado a decidir questões que, tradicionalmente, seriam de responsabilidade dos poderes executivo e legislativo, como no caso da autorização de tratamentos específicos, mesmo diante de pareceres técnicos desfavoráveis e considerações sobre os custos envolvidos.

Esse exemplo ilustra como, em algumas situações, o Judiciário acaba assumindo um papel de destaque na implementação de políticas públicas, substituindo a atuação dos demais poderes. Essa tendência pode gerar debates sobre o equilíbrio adequado entre os poderes e sobre o papel do Judiciário na formulação e implementação de políticas sociais (BICCA, 2012, p.17).

Ao aproximar-se dos cidadãos e garantir a aplicação dos princípios constitucionais, o Judiciário pode fortalecer sua legitimidade e a confiança da sociedade nas instituições. Sua atuação pode ser fundamentada na ideia de que sua responsabilidade primordial é defender a Constituição e os valores fundamentais que sustentam a democracia.

Portanto, a ampliação do exercício do Poder Judiciário, incluindo o Supremo Tribunal Federal, em relação à implementação de políticas públicas e medidas sociais, decorre das omissões e ineficiências dos poderes legislativo e executivo,

resultando em uma maior demanda por decisões judiciais para resolver questões que antes eram de responsabilidade dos outros poderes.

Por fim, a judicialização da política é um fenômeno complexo, que envolve vantagens e desafios. A discussão sobre seu alcance adequado e os limites do ativismo judicial é essencial para garantir um equilíbrio saudável entre os poderes e a efetividade do sistema democrático.

3.3. Critérios decisórios de garantia da legitimidade democrática da atuação judicial.

A garantia da legitimidade democrática da atuação judicial envolve a adoção de critérios decisórios que assegurem a responsabilidade e a transparência do Poder Judiciário.

A participação do *amicus curiae* tem por objetivo enriquecer o debate, trazendo diferentes perspectivas, conhecimentos especializados e contribuições relevantes para a tomada de decisão pelo tribunal. Ele pode apresentar informações jurídicas, sociais, técnicas, políticas ou de qualquer outra natureza que auxiliem na formação do convencimento dos julgadores. (DUTRA, 2010, p. 192).

Nesse sentido, de acordo com Dutra (2010) o *amicus curiae* desempenha um papel importante na ampliação do contraditório, permitindo que vozes diversas e representativas da sociedade participem do processo, mesmo que não sejam partes diretamente afetadas pela decisão. Dessa forma, o tribunal tem acesso a uma gama mais ampla de argumentos e informações relevantes para a formação de sua decisão.

O posicionamento de Luís Roberto Barroso, sugere que em certos contextos o Judiciário pode ser um intérprete mais eficiente do sentimento da sociedade “*em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor – ou com mais independência – a vontade da sociedade*”. Isso significa que em determinadas questões, o Poder Judiciário pode estar mais alinhado com a opinião pública e com os valores predominantes na sociedade do que os poderes legislativo e executivo (BARROSO, p. 23–50, 2015).

Neste mesmo contexto, cabe mencionar o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 3510, que o Supremo Tribunal Federal:

Pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, (...) fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

Para Barroso (2012) a proteção dos direitos fundamentais é uma das principais responsabilidades do STF, mas também é importante destacar que o tribunal tem a função de salvaguardar a própria democracia. Isso envolve garantir que as decisões políticas estejam em conformidade com os princípios e valores constitucionais, evitando abusos de poder e assegurando a observância dos limites estabelecidos pela Constituição. Ao exercer sua jurisdição constitucional, o STF atua como guardião da Constituição e dos valores democráticos, garantindo a preservação dos direitos individuais e coletivos, bem como o funcionamento adequado das instituições democráticas (BARROSO, 2012, p. 251).

Nessa perspectiva, cabe mencionar o posicionamento da Ministra Cármen Lúcia, relatora da ação por descumprimento de preceito fundamental n. 101, "*a Constituição Federal determina a democratização não só dos processos políticos, mas também dos processos judiciais.*"

Dessa forma, a afirmação da Ministra Cármen Lúcia ressalta a necessidade de se promover a democratização não só dos processos políticos, mas também dos processos judiciais, como forma de fortalecer a democracia como um todo e garantir a participação efetiva dos cidadãos na tomada de decisões que afetam seus direitos e interesses.

Em relação à confiança no legislador democrático Robert Alexy argumenta que "*o princípio da maioria é uma ameaça constante para minorias permanentes, dificilmente organizáveis e marginalizadas.*"

Isso significa que, embora a democracia seja um sistema político legítimo e valioso, o legislador democrático não está isento de erros ou de violações dos direitos fundamentais.

O Ministro Cezar Peluso, relator da ADI n. 3.474, destacou o seguinte em seu voto "*abre-se um canal valioso para a participação de membros do corpo social*

interessados no processo de tomada de decisão da Corte, em reforço da legitimidade e do caráter plural e democrático da atividade exercida pelo julgador.”

Dessa forma, como já mencionado anteriormente a participação da sociedade nos processos decisórios do judiciário pode assumir diversas formas, tais como audiências públicas, *amicus curiae* e consultas públicas. Esses mecanismos permitem que diferentes grupos e indivíduos afetados por uma questão em discussão tenham a oportunidade de expressar suas opiniões, apresentar argumentos e contribuir para o debate jurídico.

Essa percepção é mencionada pelo professor Inocêncio Mártires Coelho:

Quanto mais aberto à participação social se mostrar o processo de interpretação e aplicação da Carta Política, mais consistentes e eficazes serão as decisões da jurisdição constitucional enquanto respostas hermenêuticas – temporalmente adequadas – às perguntas da Sociedade sobre o sentido, o alcance e a própria necessidade da sua Constituição.

Dessa forma, a participação social no processo de interpretação e aplicação da Constituição permite que diferentes perspectivas e preocupações da sociedade sejam consideradas. Isso ajuda a garantir que as decisões judiciais reflitam adequadamente o sentido, o alcance e a necessidade da Constituição em relação às questões em debate.

Assim, a discussão em torno das audiências públicas envolve a delimitação dos limites da atuação do Poder Judicial na análise de fatos e prognoses. Embora seja importante que o tribunal tenha acesso a informações relevantes e atualizadas, é necessário garantir que a sua atuação esteja em conformidade com a sua competência constitucional e com o princípio do devido processo legal (MENDES,2000).

Sustenta Gilmar Mendes, que as audiências públicas proporcionam um espaço para a produção de informações relevantes e especializadas sobre questões em debate perante a Corte Constitucional. Dessa forma, as audiências públicas promovem a participação da sociedade civil no processo decisório da Corte Constitucional.

O exemplo da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 442, que trata da possibilidade da legalização do aborto no primeiro trimestre de

gestação, ilustra bem a importância da realização de audiência pública para debater uma questão complexa e controversa. Nesse caso, a Ministra Rosa Weber, como relatora do processo, optou por convocar audiência pública para promover a participação da sociedade civil e dar maior legitimidade democrática no julgamento da matéria.

Ao convocar a audiência pública, a Ministra busca garantir que diferentes perspectivas e argumentos sejam apresentados e considerados no processo de tomada de decisão. Trata-se de uma forma de ampliar o debate sobre a questão, permitindo que especialistas, representantes de organizações da sociedade civil, acadêmicos e demais interessados exponham seus pontos de vista, compartilhem informações relevantes e contribuam com argumentos técnicos e jurídicos.

Neste mesmo contexto, outro meio de garantir a legitimidade democrática da atuação judicial é o *amicus curiae*, conforme Masson (2016, p. 1110) menciona:

(...) deve se apoiar em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que permitam uma adequada resolução do litígio constitucional. Descarte, necessário que demonstre conhecimento incontestado, experiência e autoridade inequívocas na matéria tida como relevante, uma vez que sua entrada visa à ampliação do debate das questões constitucionais e, conseqüentemente, o alcance de uma maior legitimidade das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.

Buscam-se, portanto, a participação da sociedade civil por meio do *amicus curiae* auxilia na construção de decisões mais legitimadas, pois evidencia que o processo de tomada de decisão não é restrito apenas aos magistrados, mas também inclui a participação e a influência de diferentes atores sociais. Dessa forma, o *amicus curiae* funciona como um instrumento que fortalece a credibilidade das decisões judiciais, pois demonstra que foram considerados diferentes pontos de vista e que o processo de julgamento foi enriquecido pela participação da sociedade.

Ademais, *amicus curiae* pode apresentar argumentos jurídicos, análises técnicas ou até mesmo defender os interesses de grupos que ele representa, desde que esses grupos possam ser diretamente ou indiretamente afetados pela decisão que será proferida. A participação do *amicus curiae* permite que a corte receba informações especializadas e amplie o debate sobre a questão em disputa, garantindo assim uma análise mais completa do caso (MEDINA, 2010, p. 17.)

Desse modo, cabe mencionar o voto do Ministro Celso de Mello na ADI 2.130-MC/SC139. Segundo o voto do ministro, a intervenção processual do *amicus curiae* tem como objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha acesso a todos os elementos informativos necessários para resolver a controvérsia em questão. Destaca-se um trecho do seu voto:

Vê-se que a aplicação da norma legal em causa - que não outorga poder recursal ao *amicus curiae* - não só garantirá maior efetividade e legitimidade às decisões deste Tribunal, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que esse mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo - como o de controle abstrato de constitucionalidade - cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.

Essa afirmação do Ministro Celso de Mello destaca a importância do *amicus curiae* como um instrumento para ampliar a discussão constitucional no âmbito judicial. Ao receber contribuições do *amicus curiae*, o Poder Judiciário enriquece o debate e tem à sua disposição um conjunto mais amplo de argumentos, análises e pontos de vista que podem contribuir para a tomada de decisão. Isso está alinhado com o objetivo de garantir uma decisão bem fundamentada e que considere diferentes perspectivas sobre questões constitucionais relevantes.

Dessa maneira, verifica-se que além das audiências públicas, *amicus curiae* o Poder judiciário brasileiro utiliza-se das medidas estruturantes, também conhecidas como *structural injunctions*, (FISS, 2017, p. 83) são decisões judiciais que têm como objetivo promover a concretização de um determinado direito por meio de medidas que afetam a estrutura ou políticas públicas de uma determinada instituição ou órgão governamental.

Neste caso, as medidas estruturantes são conceitua a de seguinte forma por Owen Fiss (2017, p. 25):

A adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural – o assunto desse artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de

envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social.

Segundo Marco Félix Jobim (2013, p. 90-91) as medidas estruturantes são aplicadas quando a justiça ou a falta de justiça de uma decisão, considerando seu conteúdo material, é questionada pela sociedade. Além disso, Jobim argumenta que as medidas estruturantes também são utilizadas em decisões irreversíveis que precisam ser efetivadas.

Verifica-se, assim, que ambos os mecanismos mencionados permitem uma maior interação entre o Judiciário e a sociedade, possibilitando a participação e a influência dos cidadãos e dos grupos interessados nas decisões judiciais. Isso fortalece a democracia e a legitimidade das instituições, ao proporcionar um processo de tomada de decisão mais inclusivo e transparente.

4. A INTERFERÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PODER LEGISLATIVO E EXECUTIVO: ANÁLISE DA ADO Nº 26 E DA ADPF 347.

O objetivo deste capítulo é realizar uma análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF). A intenção é identificar se houve um ativismo judicial nesses casos e avaliar se o STF agiu de forma correta.

A análise buscará examinar se o STF adotou uma postura ativista ao decidir essas questões, ou seja, se o tribunal extrapolou sua função de interpretação e aplicação da Constituição, interferindo nas competências do Legislativo e do Executivo. Será avaliado se as decisões do STF foram fundamentadas em argumentos jurídicos consistentes e se respeitaram os princípios constitucionais.

Em suma, este capítulo tem como propósito avaliar se o julgamento da ADO nº 26 e da ADPF nº 347 pelo Tribunal Pleno do STF caracterizou um ativismo judicial e se as decisões do tribunal foram corretas, considerando-se os fundamentos jurídicos, os impactos sociais e políticos, e a observância dos princípios constitucionais.

O ativismo judicial como já trabalhado anteriormente é um fenômeno que ocorre quando questões políticas e sociais são levadas ao Judiciário para serem resolvidas, em vez de serem tratadas pelos poderes Legislativo e Executivo. Segundo Moraes (2012), a judicialização é um reflexo da crescente demanda da sociedade por uma justiça mais efetiva e atuante na proteção dos direitos fundamentais (MORAES, 2017).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, mencionadas anteriormente, são exemplos disso, pois buscaram a interferência do Supremo Tribunal Federal (STF) para lidar com a falta de legislação específica nessa área.

Nesse contexto, é relevante analisar o papel desempenhado pelo STF na criminalização da homofobia, considerando-se a lacuna legislativa e a importância da proteção dos direitos fundamentais da população LGBTQ+.

4.1 A Equiparação da Homotransfobia ao Racismo: Análise Ado Nº 26.

A ADO nº 26 foi ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS) em 2013, com o objetivo de questionar a omissão do Congresso Nacional em editar uma lei que criminalizasse a homofobia e a transfobia, ou seja, atos de discriminação, agressão e violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

De acordo com Flavia Piovesan (2003) destaca que nem toda omissão legislativa será considerada inconstitucional. Para que a omissão seja considerada inconstitucional, é necessário que exista uma incumbência específica e concreta prevista na Constituição que exija a atuação do legislador.

Em outras palavras, a omissão deve decorrer de um dever constitucional específico de legislar sobre determinada matéria. Isso significa que a inconstitucionalidade por omissão não decorre de um dever geral de legislar, mas de uma obrigação específica imposta pela Constituição. Portanto, para que seja reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, é preciso demonstrar que o legislador falhou em cumprir um encargo constitucional específico, deixando de legislar sobre um assunto que lhe era incumbido.

No caso da ADO nº 26, alegou-se a mora do Poder Legislativo na criminalização da homofobia. Dessa forma, cabe mencionar que o maior projeto de lei em relação a criminalização da homofobia é o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122/2006, é uma proposta legislativa que tratava da criminalização da homotransfobia:

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Estabelece as tipificações e delimita as responsabilidades do ato e dos agentes. (BRASIL).

O posicionamento do Ministro Relator Celso de Mello enfatiza que a mera existência de proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional não é suficiente para afastar a configuração de inércia por parte do Poder Legislativo. Isso significa que a existência de projetos de lei em tramitação não impede que o STF atue quando há alegação de omissão legislativa. O entendimento do Ministro

destaca que a inércia do Poder Legislativo não pode ser justificada apenas pela existência de projetos em andamento, especialmente quando há demora injustificada na tomada de medidas para garantir a efetivação dos direitos constitucionais. (MELLO, 2019)

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes (2019, p. 248/249), a omissão do legislador em criar uma lei específica para punir a homofobia é uma falha do sistema jurídico, pois deixa uma lacuna na proteção dos direitos fundamentais de pessoas LGBTQI+. Ele ressalta que, diante dessa omissão, o Poder Judiciário deve intervir para assegurar a efetividade dos direitos constitucionais:

A posição tópica do inciso XLI, como indicadora da presença de uma verdadeira determinação constitucional para a edição de lei penal, pois faz parte do núcleo penal e processual penal do artigo 5º, protetivo ao direito de liberdade, que se inicia no inciso XXXVII (não haverá júri ou tribunal de exceção) e prossegue até o inciso LXVIII (consagração do habeas corpus); mesmo que não exclusivamente penal em alguns dispositivos. Entretanto, mais importante que a própria localização do referido inciso XLI, no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, saliento que a interpretação lógica e teleológica de diversos dispositivos constitucionais protetivos de direitos e liberdades fundamentais de importantes grupos historicamente vulneráveis e discriminados comprova a existência de verdadeiro padrão protetivo de implementação legislativa na atuação do próprio Congresso Nacional. Em todos os comandos constitucionais obrigatórios dirigidos ao legislador, para punição a diversas formas de desrespeito de direitos e liberdades fundamentais, o Congresso Nacional, ao colmatar as lacunas constitucionais, entendeu necessária a edição de leis penais.

Em outras palavras, o posicionamento do Ministro Alexandre de Moraes sustenta que a omissão legislativa em relação à criminalização da homofobia é inconstitucional, e o Judiciário tem o dever de agir para garantir a proteção dos direitos fundamentais, mesmo que isso envolva uma atuação mais ativa, conhecida como ativismo judicial.

De acordo com a interpretação do Ministro Alexandre de Moraes e com base no texto do inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, fica evidente a existência de um mandamento constitucional específico que determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. (CONSTITUIÇÃO, 1988).

Assim, o resultado do julgamento da ADO nº 26, foi parcialmente procedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Dessa forma, forma os pedidos de declaração da omissão inconstitucional do Congresso Nacional e a equiparação das condutas à Lei Antirracismo foram julgados procedentes. Isso significa que o STF reconheceu que o Congresso Nacional havia sido omissivo em legislar sobre a matéria e determinou que as condutas homofóbicas e transfóbicas fossem equiparadas às condutas previstas na Lei Antirracismo, até que o legislador atue para preencher essa lacuna legal.

Diante do resultado, no qual o STF equiparou a homofobia com base na lei do racismo, gerou debates e discussões na comunidade jurídica. Essas discussões envolvem questões como o papel do Judiciário na criação de normas penais e a suposta excessiva concretude das decisões proferidas pelo STF. Ao equiparar as condutas homofóbicas e transfóbicas à Lei Antirracismo, está exercendo um papel legislativo que não lhe é próprio, invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo.

Neste caso, segundo Fernando Capez (2018) o princípio da reserva legal é um dos fundamentos do Direito Penal. Esse princípio estabelece que a criação de tipos penais e a determinação das respectivas penas devem ser realizadas exclusivamente por meio de lei formal, ou seja, por um ato normativo produzido pelo Poder Legislativo. Ademais, a afirmação de Fernando Capez está alinhada com o princípio da reserva legal, ao ressaltar a necessidade de que a definição de crimes e penas seja estabelecida de forma clara e precisa na lei, sem recorrer à analogia. (CAPEZ, 2018)

É certo que Direito Penal, desempenha um papel importante na proteção dos bens jurídicos da sociedade, incluindo a vida e a integridade física dos indivíduos. Nesse contexto, é fundamental que haja uma tutela efetiva dos direitos e liberdades fundamentais, conforme previsto no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, que determina a punição de qualquer discriminação atentatória a esses direitos (art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal).

Por fim, fixou-se a seguinte tese no julgamento da ADO 26:

- a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;

b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;

c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99;

d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, 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 LGBT, 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; [...]. (Plenário, Supremo Tribunal Federal. 13.06.2019)

Ao reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, o STF está afirmando que a falta de regulamentação ou a ausência de ação legislativa comprometem a efetivação de direitos fundamentais ou a observância dos princípios constitucionais. Isso implica em uma falha do Legislativo em cumprir sua função de criar as leis necessárias para garantir e proteger os direitos e as liberdades previstos na Constituição.

Com a decisão do Supremo Tribunal Federal de equiparar as condutas homofóbicas e transfóbicas à Lei Antirracismo, pode-se afirmar que houve um avanço significativo no reconhecimento dos direitos das minorias sexuais no Brasil. Essa decisão representa um marco importante no combate à discriminação e na proteção dos direitos fundamentais das pessoas LGBTQI+, segundo João Silvério Trevisan. (TREVISAN, 2018)

Diante desse contexto, o Estado constitucional de Direito implica que todos os poderes do Estado, incluindo o Judiciário, têm a responsabilidade de garantir o respeito à Constituição e aos direitos fundamentais. O Judiciário tem o dever de atuar como guardião da Constituição, assegurando que as normas constitucionais sejam cumpridas e que os direitos fundamentais sejam efetivamente protegidos.

Nesse sentido, quando o Judiciário reconhece uma omissão inconstitucional por parte do Legislativo e toma medidas para suprir essa lacuna, não está extrapolando seus limites, mas sim cumprindo seu papel de assegurar a plena vigência da Constituição e a efetiva proteção dos direitos fundamentais. A intervenção do Judiciário, nesse contexto, é legítima e necessária para corrigir falhas e garantir a plena realização dos direitos previstos na Constituição.

Desta forma, é possível concluir a criminalização da homofobia, o reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão legislativa pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a equiparação da conduta ao racismo foram fundamentados na proteção dos direitos fundamentais e na proteção do Estado de combater a discriminação e violência baseadas na orientação sexual. O STF considerou que a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre o assunto configurava uma violação dos direitos constitucionais.

Ao tomar essa decisão, o STF exerceu seu papel de guardião da Constituição e de intérprete final das normas constitucionais. Embora possa ser considerada uma postura mais ativa do Judiciário, isso ocorreu diante da necessidade de assegurar a efetiva proteção dos direitos fundamentais em um contexto de omissão do Poder Legislativo.

Portanto, embora a decisão em questão possa ser considerada como um exemplo de ativismo judicial, é importante avaliar sua legitimidade à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais envolvidos. Nesse caso, a proteção da comunidade LGBTQI+ contra a discriminação e a violência foi o objetivo central da decisão, buscando preencher uma lacuna legislativa e promover a igualdade e a dignidade dessas pessoas.

4.2. Breve Contextualização da Adpf 347 e Judicialização da Política.

A presente ação, proposta em 26/05/2015, foi apresentada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), um partido político com representação no Congresso Nacional e devidamente registrado junto ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Essa ação permite ao PSOL abordar questões relacionadas ao sistema prisional brasileiro.

Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, proposta perante o Supremo Tribunal Federal pelo Partido Socialismo e

Liberdade (PSOL). O objetivo dessa ação é buscar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional (ECI) no sistema penitenciário brasileiro.

O estado de coisas inconstitucional refere-se à atual condição do sistema prisional, que apresenta uma série de violações aos direitos fundamentais dos presos. O PSOL argumenta que, mesmo estando em situação de privação de liberdade, os presos não perdem sua condição de seres humanos, e, portanto, devem ter seus direitos respeitados.

A ADPF 347 busca a adoção de providências estruturais por parte do Poder Público para enfrentar as deficiências e violações sistêmicas que ocorrem no sistema penitenciário brasileiro. Isso inclui melhorias na infraestrutura carcerária, combate à superlotação, garantia de acesso à saúde, educação e trabalho dentro das prisões, entre outras medidas necessárias para assegurar a dignidade e os direitos dos presos.

Ao propor essa ação, o PSOL busca sensibilizar o Supremo Tribunal Federal sobre a urgência e gravidade da situação do sistema penitenciário brasileiro, buscando uma decisão judicial que determine a adoção de medidas efetivas para solucionar as violações aos direitos fundamentais dos detentos.

A ADPF 347 representa um esforço do partido político em utilizar o poder judiciário como meio de enfrentamento das problemáticas do sistema prisional, visando a garantia dos direitos humanos e a melhoria das condições de vida dos presos no Brasil.

Ao expor de forma tão contundente a realidade das prisões brasileiras, o Relator contribui para que o Tribunal compreenda a gravidade do problema e tome decisões fundamentadas para a solução das violações constatadas. Dessa forma, busca-se a adoção de medidas que possam reverter o quadro de violação aos direitos fundamentais dos reclusos e promover uma política prisional mais justa e condizente com os princípios constitucionais.

Nas palavras do Relator Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2015, p. 6-7):

Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As

penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se —lixo digno do pior tratamento possíveis, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as —masmorras medievais.”

No voto Ministro Marco Aurélio, é reconhecida a existência do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, destaca os direitos fundamentais que são violados em decorrência desse fenômeno (BRASIL, 2015, p.7):

Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea —ell); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

Conforme destacado pelo Relator Ministro Marco Aurélio, a problemática do estado de coisas inconstitucional está intrinsecamente ligada à omissão do Estado na garantia de direitos e princípios fundamentais. Essa omissão refere-se à ineficiência do Estado em cumprir com suas obrigações constitucionais no que diz respeito ao sistema penitenciário. (BRASIL, 2015, p.8):

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo.

É evidente que o estado atual do sistema prisional brasileiro, caracterizado pelo estado de coisas inconstitucional, resulta da ineficiência do Poder do Estado em lidar com a questão. Essa ineficiência pode ser atribuída à falha estrutural nas políticas públicas relacionadas ao sistema prisional.

Os três Poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário - compartilham a responsabilidade pelos acontecimentos que levaram a essa situação, pois cada um desempenha um papel fundamental na administração pública. A União, os Estados e o Distrito Federal são os entes responsáveis por garantir a efetivação dos direitos dos presos e por promover condições dignas de cumprimento da pena.

Com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal afirmou que normas infraconstitucionais, documentos internacionais e até mesmo a Constituição estão sendo violados. Com base nesse reconhecimento, o STF pode tomar medidas para exigir do Estado brasileiro a adoção de providências estruturais para solucionar o estado de coisas inconstitucional, visando garantir os direitos fundamentais dos presos e a adequação do sistema penitenciário aos padrões constitucionais e internacionais.

No caso específico da declaração do estado de coisas inconstitucional, alguns críticos podem argumentar que o STF, ao identificar uma situação de violação sistemática de direitos constitucionais, está extrapolando sua competência e assumindo um papel que deveria ser do Poder Legislativo ou Executivo. Essa crítica se baseia no argumento de que questões relacionadas às políticas públicas devem ser decididas pelos representantes eleitos pelo povo e não pelos juízes.

Em alguns casos, a atuação do Judiciário é necessária para garantir a proteção dos direitos fundamentais e corrigir situações de injustiça ou omissão dos demais poderes. O entendimento do Ministro Edson Fachin, expresso em sua manifestação, é relevante para compreender a visão do STF em relação à declaração do estado de coisas inconstitucional e sua relação com a separação dos poderes (BRASIL, 2016, p.1):

É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde.

O posicionamento do Ministro Luiz Fux, (STF. Plenário. ADPF 347. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, p.113) “Entendo que cabe, sim, ao Judiciário, num estado de inércia e de passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, interferir,”. Dessa forma, em situações em que os Poderes Executivo e Legislativo não estão agindo de forma adequada para garantir o respeito aos direitos fundamentais, o Judiciário pode desempenhar um papel ativo na proteção desses direitos.

Com mencionar um trecho do voto do Ministro Luiz Fux, (STF. Plenário. ADPF 347. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, p.117), “Esse ativismo, essa suposta judicialização de questões que, segundo alguns, não nos dizem respeito, nos diz respeito na medida em que a Constituição Federal nos obriga a prover tão logo provocado”. Nesse sentido, o STF atua de acordo com o seu papel de guardião da Constituição e tem a responsabilidade de assegurar o cumprimento dos direitos e princípios constitucionais, mesmo em questões que possam envolver políticas públicas ou situações problemáticas como o estado de coisas inconstitucional.

O entendimento do ministro Ricardo Lewandowski é importante para compreender a possibilidade do Judiciário determinar que os demais Poderes tomem medidas no sentido de criar políticas públicas no sistema prisional. Segundo ele, em seu voto na ADPF 347, o Poder Judiciário tem o dever de intervir quando há uma omissão dos demais Poderes na garantia dos direitos fundamentais dos presos. Essa intervenção não significa que o Judiciário esteja usurpando as competências dos outros Poderes, mas sim cumprindo o seu papel de assegurar a efetivação dos direitos previstos na Constituição. (BRASIL, 2015, p.42):

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção. Nesse contexto, não há falar em indevida implementação, por parte do Judiciário, de políticas públicas na seara carcerária, circunstância que sempre enseja discussão complexa e casuística acerca dos limites de sua atuação, à luz da teoria da separação dos poderes.

Por este ângulo de análise, é possível afirmar que a decisão do STF na ADPF 347 está fundamentada no objetivo de assegurar a Constituição e proteger os direitos fundamentais dos presos. Nesse sentido, o papel do Judiciário é justamente

intervir quando há violação desses direitos e garantir que a ordem constitucional seja respeitada.

Sendo assim, a decisão do STF na ADPF 347 não pode ser considerada como ativismo judicial injustificado, mas sim como uma intervenção legítima para corrigir violações constitucionais.

4.3. A decisão da ADO 26 e da ADPF 347 em relação aos fenômenos da jurisdição constitucional.

Com base em tudo que fora explanado acima, a decisão da ADO 26/DF, que tratou da omissão legislativa em criminalizar a homofobia, pode ser analisada à luz dos fenômenos do ativismo judicial e do controle de constitucionalidade.

Já em relação a ADPF 347, ao adotar o instrumento do "estado de coisas inconstitucional", desafia a jurisdição constitucional brasileira ao lidar não apenas com aspectos do controle de constitucionalidade, mas também com outras ações ou omissões do poder público. Através desse mecanismo, o Supremo Tribunal Federal (STF) busca proteger a dignidade de grupos vulneráveis e exercer seu papel contramajoritário.

Conforme discutido anteriormente, a judicialização e o ativismo judicial são conceitos distintos que estão relacionados à atuação do Poder Judiciário no sistema constitucional brasileiro.

A judicialização se refere ao fenômeno pelo qual questões que anteriormente eram decididas pelos Poderes Legislativo e Executivo são levadas ao Judiciário para decisão. Isso ocorre devido à busca por uma maior proteção de direitos e garantias fundamentais, bem como à necessidade de resolver conflitos que envolvem interpretação e aplicação da Constituição.

Por outro lado, o ativismo judicial é uma postura adotada pelo Judiciário quando ele decide expandir o alcance do texto constitucional, indo além de uma interpretação estritamente literal, a fim de promover mudanças sociais, corrigir omissões do Legislativo ou proteger direitos fundamentais. O ativismo judicial implica uma atuação mais proativa do Judiciário, exercendo influência significativa nas políticas públicas e na criação de novas normas jurídicas.

Dessa forma, enquanto a judicialização é uma decorrência natural do sistema constitucional e da busca por uma maior proteção de direitos, o ativismo judicial

representa uma escolha deliberada por parte do Judiciário para promover mudanças e garantir a efetivação dos princípios e valores constitucionais. Ambos os fenômenos têm impacto no equilíbrio e na separação de poderes, mas o ativismo judicial envolve uma postura mais ativa por parte do Judiciário na moldagem do ordenamento jurídico.

Dessa forma, é possível concluir que com base nas duas decisões em comento, que reconheceu a inconstitucionalidade da omissão legislativa do Congresso Nacional e criminalizou a conduta da homofobia, equiparando-a ao racismo e a utilização do "estado de coisas inconstitucional" na ADPF 347 permitiu ao STF ir além do mero controle de constitucionalidade e determinar medidas concretas para solucionar a situação de violação sistemática dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro. Essas abordagens buscam garantir a efetividade dos direitos constitucionais e promover a justiça social, mesmo diante de obstáculos estruturais e institucionais.

Desse modo, que o Supremo Tribunal Federal desempenhou um papel proativo ao suprir a falta de legislação sobre os temas e estender a proteção constitucional das vítimas de homofobia e do sistema prisional brasileiro. Assim, o STF buscou preencher lacunas normativa e garantir a proteção dos direitos fundamentais. Essa postura demonstra uma interpretação mais abrangente da Constituição, visando promover a igualdade e a não discriminação.

Por fim conclui-se, que o Judiciário desempenha um papel fundamental na proteção dos direitos fundamentais, especialmente quando outros poderes não atuam de forma adequada. Portanto, a decisão em questão pode ser vista como uma manifestação legítima do ativismo judicial, buscando preencher um vácuo normativo e assegurar a igualdade de tratamento para todos os cidadãos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Com base em tudo que fora explanado acima, o presente trabalho analisou a interferência do Supremo Tribunal Federal (STF) nos Poderes Legislativo e Executivo por meio do estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Foi possível constatar que a atuação do STF nessas duas ações representa uma expressão do fenômeno da judicialização, em que o Judiciário assume um papel mais proativo e concretista na interpretação e aplicação da Constituição.

A ADO nº 26 tratou da inconstitucionalidade da omissão legislativa em criminalizar a homofobia, enquanto a ADPF 347 discutiu a equiparação da homofobia ao crime de racismo. Ambas as decisões refletem uma postura ativista do STF, que vai além de sua função típica de dizer o direito e adota uma abordagem mais proativa na promoção dos direitos fundamentais.

Essa interferência do STF nos Poderes Legislativo e Executivo tem gerado debates acerca da separação de poderes e da legitimidade das decisões judiciais. Alguns argumentam que essa atuação representa um ativismo judicial, em que o Judiciário excede sua competência e invade o espaço reservado aos demais poderes. No entanto, outros enxergam nessa postura uma resposta necessária diante da inação ou omissão do Legislativo em questões fundamentais de direitos humanos e igualdade.

É importante destacar que a judicialização e o ativismo judicial não são fenômenos exclusivos do Brasil, sendo observados em diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo. Essa tendência pode ser atribuída à complexidade e evolução das demandas sociais e aos desafios enfrentados pelos poderes políticos para lidar com tais questões de forma efetiva e ágil.

Contudo, é necessário estabelecer um equilíbrio entre os poderes e garantir um diálogo institucional que permita uma atuação mais harmônica e coordenada na proteção dos direitos fundamentais e na promoção do Estado de Direito. A busca por essa harmonia deve ser pautada pela preservação da separação de poderes e pelo respeito aos limites constitucionais de atuação de cada um dos poderes.

Portanto, é fundamental aprofundar o debate sobre a interferência do STF nos Poderes Legislativo e Executivo, considerando as nuances e peculiaridades de cada caso. É necessário refletir sobre os impactos dessas decisões no sistema político e

jurídico, bem como buscar mecanismos que garantam uma maior participação democrática e transparência nas decisões judiciais. Somente assim será possível avançar na construção de um sistema jurídico e político mais justo, equilibrado e em conformidade com os preceitos do Estado de Direito.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mai. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

_____, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, p. 73, 2009.

São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 576 p. (Ebook)

_____, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 6 de junho de 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 12 abr. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 1 jun. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 5 mai. 2011. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 ago. 2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 6 de junho de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.130-MC/SC**. Governador do estado de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina. Relator: Min. Celso de Mello DJ 02.02.200. p.145.

BRASIL, 2023. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=373569>, acessado em 03/05/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.510/DF**. Procurador-Geral da República e Presidente da República e outros. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ 29.05.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.474/BA**. Relator: Ministro Cezar Peluso. J. 13.10.2005, DJ 19.10.2005.

BICCA, Carolina Scherer. O “**ativismo judicial**” no controle das políticas públicas. Publicações da Escola da AGU, Cidade, n.23, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADO 26. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimado: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal**. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Publicada em 06 de outubro de 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BORTOLO, Ana Laura Perozo; AMARAL, Sérgio Tibiriça. **A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO**. Intertemas ISSN 1516-8158, v. 24, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. volume 1, parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 347**. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015. Disponível em: <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>
Acesso em 09 jun. 2023

_____. **Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. ARE 947.823 AgR**, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/6/2016. Disponível em: <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11804723>
Acesso em 09 jun. 2023

_____. **Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 592.581**. Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 13/08/2015. Disponível em: <
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>
Acesso em 09 jun. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CAETANO, Marcelo. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2006. t. 1.

CARNEIRO JÚNIOR, Amilcar Araújo. **A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Carlos Alexandre de Azevedo Campos. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. (Ebook)

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional [recurso eletrônico]**. Paulo Roberto de Figueiredo Dantas. - 6. ed. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2021. 880 p. ; ePUB. Inclui bibliografia e índice. ISBN: 978-65-5515-211-1 (Ebook).

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2005.

DROMI, Roberto. **El futuro del constitucionalismo**. In: RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime (Coord.). Curso de derecho constitucional. Madrid: Civitas, 1994. p. 179-180.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

Discurso do Ministro Celso de Mello na posse do min. Gilmar Mendes na presidência do STF, 23.4.2008.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle abstrato de constitucionalidade sob o enfoque dos princípios processuais**. 2010. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FISS, Owen. **Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade**. Tradução de Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

FUKUYAMA, Francis. **As Origens da Ordem Política: Desde os Tempos Pré-humanos até a Revolução Francesa**. São Paulo: Editora Zahar, 2011. Disponível em: <https://angelobunguele.files.wordpress.com/2018/09/francis-fukuyama-as-origens-da-ordem-politica-completo.pdf>. Acesso em: [05/06/2023].

GALVÃO, Ciro di Benatti. **Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 88-99.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. **Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 190-206

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, JOHN. **O federalista**. Trad. Heitor Almeida Herrera. Introdução de Benjamin Fletcher Wright. Brasília: Editora UNB, 1984.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

JÚNIOR, George Sarmiento Lins; DA SILVA JÚNIOR, José Ailton. **O Neoconstitucionalismo no Brasil e o Protagonismo do Poder Judiciário: O Caso do Supremo Tribunal Federal**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. 88, n. 1, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. Pedro Lenza. – 26. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022. (Coleção Esquemático®) EPUB 1.552 p. ISBN 978-65-5362-162-6 (Impresso). (Ebook).

LEVI, Lucio. Legitimidade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale et al. **Dicionário de política**. Brasília, DF: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

MEDINA, Damares. **Amicus curiae**: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva – Série IDP, 2010.

MELLO, Celso de. **Notícias STF**. Íntegra do voto do ministro Celso de Mello pela continuidade do julgamento de ação que pede criminalização da homofobia. 2019. Disponível
<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412008&ori=1>
 Acesso em 09 jun. 2023

MENDES. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial**. Revista Jurídica Virtual, v. 1, n. 8, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP) 1720 p. Bibliografia ISBN 978-65-5559-290-0 (Ebook).

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis: as formas de governo: a divisão dos poderes/Montesquieu**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MORAES, Alexandre, **As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial**, R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 106/107 p. 267 - 285 jan./dez. 2011/2012. Notícia STF, 27.06.2008. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92494>].

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 33ª edição. Grupo GEN. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA; Claudia Maria. **O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 115-133.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SALDANHA, Nelson. **Poder constituinte e eficácia da constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2005 . São Paulo: Malheiros. Disponível em: <https://estudeidireito.files.wordpress.com/2016/03/josc3a9-afonso-da-silva-curso-de-direito-constitucional-positivo-2005.pdf> . Acesso em: 09 maio 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2019

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

STF, ADI 3510 MC/DF, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2005.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. MENDES, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). Direito e democracia. Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 209.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 126.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TEIXEIRA, Anderson V. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, São Paulo, <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?lang=pt>

TORRES, Ricardo Lobo. **A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade** ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade.** 4 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações.** Tradução de Jean Melville.