



CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JHONATAS MOREIRA DOS SANTOS

**CONSTITUCIONALISMO E O PROTAGONISMO JUDICIAL:
O PAPEL DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA DO PODER NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Apucarana

2023

JHONATAS MOREIRA DOS SANTOS

**CONSTITUCIONALISMO E O PROTAGONISMO JUDICIAL:
O PAPEL DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA DO PODER NA
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Apucarana – FAP, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Luis Gustavo Liberato Tizzo.

Apucarana

2023

JHONATAS MOREIRA DOS SANTOS

**CONSTITUCIONALISMO E O PROTAGONISMO JUDICIAL: O PAPEL
DA FUNÇÃO JUDICIÁRIA DO PODER NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Bacharelado em Direito da
Faculdade de Apucarana – FAP, como
requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito, com nota final igual a
_____, conferida pela Banca Examinadora
formada pelos professores:

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Me. Luis Gustavo Liberato Tizzo
Faculdade de Apucarana

Prof Esp. Fernanda Freitas de Araújo
Faculdade de Apucarana

Prof. Esp. Luciano Aparecido Alves
Faculdade de Apucarana

Apucarana, 01 de dezembro de 2023.

Dedico este trabalho àqueles, que assim como eu, não aceitam ser subjugados por ser quem somos, e de maneira alguma contentamo-nos com o mínimo, pois ao passo que a história para cabe a nós garantir que ela continue avançando.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Dayane e Valdeci, pessoas justas e exemplares, pois a eles devo o êxito de minhas conquistas, e os quais tenho a sorte em tê-los ao meu lado em completa gratidão desde sempre e para sempre.

Agradeço aos meus professores de curso, pois eles marcaram positivamente tanto a minha formação pessoal, quanto a profissional, e por eles tenho enorme carinho, em especial meu orientador de trabalho de conclusão de curso pois muito lhe admiro.

Agradeço aos meus queridos colegas de curso pela amizade inestimável, pelas aventuras fantásticas, e pelos bons e sinceros risos que me tiraram enquanto trilhamos juntos este caminho.

“A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.”

Eduardo Galeano

SANTOS, Jhonatas Moreira Dos. **Constitucionalismo e o protagonismo judicial**: o papel da função Judiciária do Poder na concretização dos direitos fundamentais. 77 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Graduação em direito. Faculdade de Apucarana - FAP. Apucarana-Pr. 2023.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo tratar sobre o protagonismo da função judiciária do Poder no Brasil na promoção de valores constitucionalmente consagrados, especialmente a concretização dos direitos fundamentais. A temática é de extrema relevância, pois questiona-se o papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, enquanto função do Poder do Estado responsável por interpretar e aplicar a lei, mesmo que em detrimento das demais funções, isto porque se encontra inserido no contexto de um ordenamento jurídico resultado do movimento constitucionalista democrático ocidental, marcado em seu desenvolvimento pela vinculação ao Princípio da Transformação Social, do qual a Constituição federal de 1988 é fruto e traz em sua essência a característica dirigente vinculante das funções do Poder em se fazer cumprir seus mandamentos. Foi levado em consideração a Separação dos Poderes e a obrigação de respeito aos direitos fundamentais, ambos como pilares do Estado Democrático de Direito e valores que irradiam o caminho na busca da justiça social. Os resultados buscados giraram em torno de compreender a legitimidade do protagonismo judicial do Supremo Tribunal Federal frente a postura desrespeitosa, ou omissa, das demais funções do Poder em relação a justiça social.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Separação dos Poderes. Direitos Fundamentais. Protagonismo Judicial. Supremo Tribunal Federal.

SANTOS, Jhonatas Moreira Dos. **Constitutionalism and judicial protagonism:** the role of the judiciary in the realization of fundamental rights. 77 p. Final Course Work (Monograph). Law degree. Faculty of Apucarana - FAP. Apucarana-Pr. 2023.

ABSTRACT

The aim of this monograph is to discuss the role of the judiciary in Brazil in promoting constitutionally enshrined values, especially the realization of fundamental rights. The subject is extremely relevant, as it questions the role of the judiciary in the concretization of fundamental rights, as a function of the State Power responsible for interpreting and applying the law, even to the detriment of other functions, because it is inserted in the context of a legal system that is the result of the Western democratic constitutionalist movement, marked in its development by the link to the Principle of Social Transformation, of which the 1988 Federal Constitution is the product and brings in its essence the binding characteristic of the functions of the Power in enforcing its commandments. The Separation of Powers and the obligation to respect fundamental rights were taken into consideration, both as pillars of the Democratic State of Law and values that guide the pursuit of social justice. The results sought revolve around understanding the legitimacy of the Supreme Court's judicial role in the face of the disrespectful or omissive stance of the other branches of government in relation to social justice.

Key-words: Constitutionalism; Separation of Powers; Fundamental Rights; Judicial Protagonism; Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	CONSTITUCIONALISMO: A ORIGEM DA CONSTITUIÇÃO MODERNA	10
2.1	Origem	11
2.2	Evolução do constitucionalismo e sua nova roupagem	16
2.3	Constitucionalismo e a Constituição do Brasil	21
2.3.1	O protagonismo judicial pautado no dirigismo constitucional	22
2.3.2	Constitucionalismo dirigente e sua natureza transformadora da sociedade	26
3	SISTEMA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL	33
3.1	Funções constitucionais dos Poderes	37
3.2	Sistema de Freios e Contrapesos e o Princípio da Segurança Jurídica	39
4	PROTAGONISMO JUDICIAL E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
4.1	STF e seu amplo controle de constitucionalidade	52
4.2	Desafios contemporâneos aos objetivos fundamentais da República do Brasil	62
5	CONCLUSÃO	70
	REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

O caos institucional instala-se no âmbito político brasileiro a partir do momento em que a função judiciária do Poder amplia sua influência a fim de exercer politicamente seu poder transformador na realidade nacional.

A força do alcance que pode ter uma decisão da função judiciária do Poder é colocada em dúvida, vezes por corrigir atos ou normas das demais funções, ou suprir as omissões destas, desrespeitando a ordem democrática estabelecida pela separação dos poderes na Constituição Federal de 1988, e vezes por alargar o significado dos direitos e valores e positivados no texto constitucional.

Certo é que a Constituição Federal de 1988 não surge do nada, seu texto tem antecedentes históricos nacionais, como redemocratização do país que havia recentemente enfrentado a ditadura militar, e antecedentes internacionais que deram forma ao Direito Constitucional ocidental, inclusive ao direito constitucional brasileiro.

Sabendo que o constituinte originário organizou as funções do Poder com o intuito de vê-las agindo em harmonia, respeitando reciprocamente os atos uma das outras mantendo sua independência e a segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio; bem como positivou um primoroso rol de direitos fundamentais e sociais, elencando como princípios fundamentais da República valores condizentes a fiel promoção da dignidade da pessoa humana; ficando a cargo dos agentes públicos detentores do Poder a missão de concretizar a Constituição, cabe analisar como estes desempenharam seu papel determinante para atingir os objetivos acima citados.

Dito isto, com suas atribuições delineadas no texto constitucional, a função judiciária do Poder alcançou o protagonismo enquanto principal promotora de transformação social, agindo em nome da proteção e efetivação dos objetivos e direitos fundamentais, tomou decisões sobre assuntos que originariamente pertenciam a função legiferante, ou executiva do Poder, causando desconforto institucional, sob a alegação de invasão de competência e falta de legitimidade em razão de seus magistrados não chegarem a seus cargos em decorrência do sufrágio universal.

Como já dito, o texto constitucional não surgiu do nada, o constituinte originário inspirou-se no movimento constitucionalista europeu para construir o que veio ser a Constituição Federal de 1988, importando as ideias fruto da modernidade pós segunda grande guerra mundial e suas aspirações de um futuro melhor.

Assim como buscou fortalecer as instituições do Poder e os direitos do povo visando proteger o Estado Democrático de Direito do Brasil frente a eventuais ofensivas que pudessem surgir por parte de grupos insurgentes contra a ordem democrática que se dava à luz.

Com o passar dos anos, o Brasil, um país de modernidade tardia e marcado por uma profunda desigualdade social, percebe-se que os bons presságios da Constituição Cidadã pouco se concretizaram, em especial a promoção dos direitos fundamentais, que dependiam fortemente da atuação das funções legiferantes e administrativas, posto sua proximidade ao povo e suas demandas, não se efetivou, o distanciamento da sociedade civil destas instituições levou à função judiciária as questões não resolvidas pelas demais funções, dito isto, a função judiciária do Poder, responsável por interpretar e aplicar a lei ao caso em concreto, mergulha na missão de dar sentido ao texto constitucional em vigor, dando origem ao atual contexto jurídico e político, onde alcançou seu protagonismo.

Sem olvidar-se da importância da garantia do Princípio da Segurança jurídica, enquanto vetor da atividade estatal em todas funções do Poder, tanto para a manutenção da democracia quanto para a garantia dos direitos fundamentais, busca-se entender a importância do protagonismo judicial no atual contexto político nacional, frente a tendência inconstitucionalmente omissiva; bem como a feitura de atos inconstitucionais; ou a edição de normas inconstitucionais; das demais funções, lesando a Lei Maior, à qual todos encontram-se vinculados e lhe devem respeito.

O presente trabalho foi desenvolvido em três tópicos: o primeiro voltado a conceituação e estudo da evolução histórica do movimento constitucionalista democrático, e de sua influência na Constituição Federal de 1988; o segundo girou em torno célebre Teoria da Separação Dos Poderes do filósofo Montesquieu e sua utilização no Brasil, estudando os contornos de sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, bem como das atribuições constitucionais das funções do Poder; já no terceiro tópico foi abordado o protagonismo judicial em matéria de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos, e também desafios contemporâneos aos valores positivados no texto constitucional.

A pesquisa foi realizada utilizando como fonte normas legais, doutrinas e artigos científicos publicados na rede mundial de computadores.

2 CONSTITUCIONALISMO: A ORIGEM DA CONSTITUIÇÃO MODERNA

Este capítulo destina-se a conceituação e estudo histórico das constituições modernas, os desdobramentos históricos e jurídicos que antecederam a origem do movimento

constitucionalista ocidental, os efeitos que este veio a produzir, e que ainda produz atualmente no Brasil.

2.1 Origem

Barroso, de maneira bastante objetiva, define constitucionalismo como “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat)”.¹

O breve conceito ensina as características marcantes do movimento que deu origem a Constituição moderna, bem como, indica os princípios basilares desta. Contudo, como destacado pelo autor, isto é o constitucionalismo em essência, para esta monografia faz-se necessário um aprofundamento na compreensão do movimento, isto porque, ao buscar conhecer o espírito da Constituição, este que assentasse em sua origem, é indispensável o estudo do Constitucionalismo que a ela deu origem, e assim sendo, quanto a sua origem ensina Moraes:

A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.²

Já é possível perceber a existência de mais uma característica marcante do Constitucionalismo, os direitos e garantias fundamentais, característica esta que em breve será objeto de estudo com maior atenção, neste momento focaremos na constatação da origem do Constitucionalismo, e da mesma forma que Moraes, ensina Saleme:

O constitucionalismo é compreendido inicialmente como o movimento propício à estruturação de um governo autolimitado, que respeite direitos fundamentais, políticos e de nacionalidade. Certamente, seu intuito é a elaboração de uma constituição escrita a fim de contemplar normas asseguradoras desses direitos fundamentais.³

¹ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 12. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 1. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

³ SALEME, Edson R. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Manole, 2022. p. 22. E-book. ISBN 9786555766370. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555766370/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

Saleme, além de dizer da existência dos direitos fundamentais, presentes como regra na Constituição, traz também uma característica quanto à forma escrita da Constituição e completa o raciocínio dizendo:

O constitucionalismo, portanto, reside na existência de constituição escrita, cuja proposta floresceu a partir da única constituição norte-americana e da constituição francesa de 1791. Assim, a ideia oposta ao absolutismo, dissociadora dos conceitos de monarca e Estado, passando a vincular a ação estatal a determinados limites, originou-se desse movimento. Isso aliado à concepção de Montesquieu da separação dos Poderes, imprescindível à construção dessa nova ordem.⁴

A compreensão do contexto histórico faz-se importante, Saleme constata ser o Constitucionalismo oposto ao absolutismo europeu que concentrava todo o poder na mão no monarca, o Constitucionalismo por sua vez funda-se na Separação dos poderes de Montesquieu, concepção esta que também será objeto de estudo nesta monografia em breve.

Barroso faz a mesma associação: “o termo constitucionalismo é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos, sendo associado aos processos revolucionários francês e americano”.⁵

Ainda em relação a este contexto histórico, sobre a maneira que o poder era exercido na sociedade absolutista, ensina Mascaro ensina:

A caracterização do monarca absolutista como um soberano de poderes ilimitados deve-se à condição de que ao rei não eram dados limites jurídicos. Sustentando o poder monárquico, que se reputava absoluto, estava a teologia. Por Deus sagrava-se o rei.⁶

A quebra com a organização absolutista acontece na passagem do absolutismo para o iluminismo com a deflagração das Revoluções e surgimento do Constitucionalismo, como ensinado por Mascaro:

Como o Absolutismo estava assentado numa explicação de mundo teológica, a burguesia também se confrontou com as leituras religiosas. O movimento teórico levantado pela burguesia levou o nome de Iluminismo, propugnando as luzes da razão contra as trevas da fé e da ignorância. Tendo se iniciado no

⁴ SALEME, Edson R. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Manole, 2022. p. 23. E-book. ISBN 9786555766370. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555766370/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

⁵ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 12. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

⁶ MASCARO, Alysson L. **Sociologia do Direito**. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 49. E-book. ISBN 9786559773824. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773824/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

século XVII, floresceu totalmente no século XVIII, chegando ao seu momento culminante na Revolução Francesa que se deflagrou a partir de 1789.⁷

As constituições modernas surgem, e têm como regra a forma escrita, mas com muitas exceções, assim como pontua Barroso:

O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente de Constituição escrita – o do Reino Unido – e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas.⁸

Contudo, grande maioria das constituições foram, e ainda são, elaboradas de maneira escrita, e também rígidas, pois, como já pontuado, estas características garantem ao texto constitucional segurança jurídica.

Quanto a estas duas classificações visualizadas já na origem das constituições, Saleme ensina, quanto à forma escrita, que a constituição é um conjunto de normas sistematizadas em um único documento.

Uma vez consolidadas e sistematizadas em determinado texto formal, as regras fundadoras do Estado são reunidas em um único documento; assim sua característica essencial é viabilizar em texto único a constituição escrita. Destarte, a Carta Maior possui forma solene e reúne em um único texto as regras que dizem respeito ao modo de ser do Estado e seus respectivos desdobramentos e alterações.⁹

E quanto à estabilidade do texto, são em regra rígidas. Classificação conceituada por Saleme como: “são as que necessitam de processo especial, solene e formal, que torna dificultosa a alteração de seus textos. Na verdade, suas normas são hierarquicamente superiores às infraconstitucionais; isso viabiliza o controle de constitucionalidade”.¹⁰

Sarlet conceitua a Constituição escrita com a mesma atenção na documentação do texto normativo:

Constituições escritas, também chamadas de “constituições dogmáticas”, que são as constituições veiculadas por um texto normativo, de modo que as normas constitucionais são sistematizadas em um documento designado de

⁷ MASCARO, Alysson L. **Sociologia do Direito**. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 52. E-book. ISBN 9786559773824. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773824/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

⁸ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 12. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

⁹ SALEME, Edson R. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Manole, 2022. p. 35. E-book. ISBN 9786555766370. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555766370/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

¹⁰ SALEME, Edson R. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Manole, 2022. p. 40. E-book. ISBN 9786555766370. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555766370/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

constituição, como é o caso da Constituição norte-americana de 1787 e da absoluta maioria das constituições atualmente em vigor.¹¹

Moraes salienta a importância do texto normativo escrito enquanto limitador de todos ao Estado de Direito:

A necessidade de racionalização e humanização faz com que os textos escritos exijam que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas previsões legais, ou seja, a submissão de todos ao Estado de Direito, como salientado por Maurice Hariou.¹²

E quanto à rigidez do texto constitucional, novamente ensina Sarlet:

Constituições rígidas são as constituições cujo texto apenas pode ser alterado mediante procedimento mais rigoroso (mais exigente) do que aquele procedimento estabelecido para a alteração da legislação ordinária (infraconstitucional), noção que foi cunhada por James Bryce, autor da distinção entre constituições rígidas e flexíveis, para o qual a característica distintiva das constituições do tipo rígido é a sua superioridade sobre as demais formas legislativas, não podendo tais constituições ser modificadas pelo mesmo procedimento adotado para as demais leis.¹³

O constitucionalismo moderno nunca se permitiu ser engessado de maneira que pudesse ficar estagnado no tempo e ainda assim preservar seu espírito revolucionário. O contexto histórico que a ele deu origem foi de transformação, avanços e conquistas, e sendo assim, no decorrer do tempo apenas o progresso do passado já não seria mais suficiente para saciar os anseios da sociedade, pois a transformação social é constante, portanto o ramo do Direito Constitucional progressivamente transforma-se em um mecanismo de transformação social. Desta forma Barroso conceitua o Direito Constitucional como mecanismo de transformação social:

Progressivamente, o direito constitucional foi deixando de ser um instrumento de proteção da sociedade em face do Estado para se tornar um meio de atuação da sociedade e de conformação do poder político aos seus desígnios. Supera-se, assim, a função puramente conservadora do Direito, que passa a ser, também, mecanismo de transformação social.¹⁴

¹¹ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 30. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 3. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

¹³ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 30. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

¹⁴ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 23. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

E faz uma reflexão ainda mais importante ao conceituar Constituição:

A Constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social.¹⁵

A tensão entre a norma e a realidade social destacada por Barroso, vista em um contexto onde se busca o avanço na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis, põe o Direito Constitucional em situação de constante mudanças, assim como é a sociedade, pois dele espera-se a garantia de proteção do indivíduo, bem como a positivação em direito dos anseios sociais.

Portanto, como já afirmado por Barroso, fica superada a ideia de função puramente conservadora do direito e fica reconhecida a ampla função que tem o Direito Constitucional nos processos de transformação social.

Nas palavras de Miranda a Constituição moderna não trata apenas da institucionalização de direitos, pois como produto da razão ela serve à razão, e assim sendo, buscará o aperfeiçoamento das relações políticas:

A Constituição moderna aspira a ser também produto da razão e serviço da razão. Coeva, no seu início, do jus-racionalismo e do iluminismo, a Constituição vai procurar, mais do que a institucionalização, a racionalização das relações políticas. Esta marca vai atravessar todos ou quase todos os regimes políticos e tipos constitucionais – liberais, do Estado social de Direito, marxistas-leninistas, fascistas – até aos nossos dias. Só os critérios variam consoante as ideologias e as estruturas do país de que se trate.¹⁶

O autor reforça a importância da Constituição enquanto instrumento necessário para atingir as proezas do Constitucionalismo, sendo, a partir dela, possível alcançar a limitação do Estado e a proteção ao indivíduo:

A ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens e cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos

¹⁵ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 23. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. Coleção Fora de Série - **Teoria do Estado e da Constituição**, 5ª edição. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 214. E-book. ISBN 9788530982768. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos.¹⁷

É a Constituição então a garantia de que os princípios do Constitucionalismo serão respeitados e aplicados, e assim eficazmente o Estado será um Estado Constitucional.

2.2 Evolução do Constitucionalismo e sua nova roupagem

Como já visto, logo no surgimento do Constitucionalismo foi possível visualizar sua função protetiva e de garantidor nos processos de transformações sociais. E com o desenvolvimento das sociedades a necessidade de reconhecer esta característica pode ser percebida de maneira ainda mais clara.

A ineficácia de uma Constituição com função de meramente institucionalizar direitos, que não garante proteção as minorias políticas em face das majorias políticas, estas últimas que poderiam facilmente aproveitar-se de sua condição de maioria e sequestrar a Constituição e suas garantias para si em desfavor destas outras ficou evidente.

Cita-se como exemplo de fracasso do Constitucionalismo moderno a Constituição de Weimar (1919) da Alemanha, esta que pode ser considerada muito importante no que tange a garantia dos direitos fundamentais pereceu. Nas palavras de Barroso: “considerada um marco do constitucionalismo social, essa Carta jamais logrou verdadeira efetivação. Sua vigência se deu sob condições econômicas precárias, resultado da política de reparações de guerra imposta pelo Tratado de Versailles”.¹⁸

A falta de mecanismo de controle dos atos legislativos permitiu que Hitler agisse contra a própria a Constituição Alemã. Barroso pontua:

Com a chegada de Adolf Hitler ao poder, deu-se a superação da Constituição de Weimar pela realidade política. Em março de 1933, foi publicada a “lei de autorização” (Ermächtigungsgesetz), que permitia a edição de leis diretamente pelo governo imperial – na prática, pelo Chanceler Adolf Hitler –, ainda quando divergissem do texto constitucional.¹⁹

¹⁷ MIRANDA, Jorge. Coleção Fora de Série - **Teoria do Estado e da Constituição**, 5ª edição. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 218. E-book. ISBN 9788530982768. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

¹⁸ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 20. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 27 abr. 2023.

¹⁹ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 20. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 27 abr. 2023.

Por fim, a Constituição de Weimar, considerada marco para os direitos sociais perece pela atuação da maioria política e dá lugar a uma das maiores barbáries protagonizadas pelo homem moderno. Padilha diz:

Por fim, com o Decreto assinado pelo então presidente Paul Von Hindenburg, foram suspensas sete seções da Constituição de 1919 da República de Weimar, que garantiam liberdades individuais e civis ao povo. Por mais estarrecedor que seja, Hitler não praticou muitas ilegalidades ou inconstitucionalidades; quase todas as atrocidades eram legitimadas por normas jurídicas.²⁰

É claro, a segunda grande guerra só foi possível por haver um contexto histórico específico e propício, momentos de apagão da racionalidade humana na magnitude do que foi o holocausto judeu não se tornam possíveis do dia para noite, é necessário levar em consideração o contexto histórico da sociedade alemã da época, contudo, é um fato que a falta de controle do Poder Legislativo foi decisiva para Alemanha tornar-se de fato um regime nazista.

Apenas limitar o poder estatal e dar as maiorias políticas amplos poderes é ceder ao que podemos chamar de tirania da maioria, onde questões sociais complexas da sociedade ficam submetidas a vontade do grupo majoritário que chegou ao poder.

O ímpeto igualitário que é dado aos indivíduos na política das democracias, acaba por condenar ao ostracismo social as minorias políticas, estas que não alcançam expressão política necessária para conseguir concretizar seus direitos ficam limitadas a vontade da maioria.

Desta forma o Constitucionalismo molda-se no tempo de maneira a mitigar o abuso do poder pelas maiorias políticas. Como ensina Padilha:

A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie levou as novas Constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Dessa forma, o mero constitucionalismo, que buscava limitação do poder político, já não é mais suficiente; mais do que limitação, é necessário garantir a eficácia do texto magno. Assim, “o caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais”.²¹

A Este fortalecimento da jurisdição constitucional buscando proteger a aplicação dos direitos fundamentais, dito pelo autor tratar-se de um caráter ideológico de concretização dos

²⁰ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. p. 7. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 27 abr. 2023.

²¹ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. p. 7. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

direitos fundamentais é uma mudança marcante para o Constitucionalismo, que até mesmo passa ser chamado de “neoconstitucionalismo”.

A experiência vivida no século passado, as atrocidades cometidas na 2ª guerra mundial escancaram o quão falha era a Constituição moderna, no que toca a proteção do indivíduo e seus respectivos direitos fundamentais, pois esta garantia ao Poder Legislativo a qualidade de ser inquestionável em sua atuação. Padilha nessa linha de raciocínio demonstra a necessidade da reformulação do Constitucionalismo:

Contudo, se formos ao berço da questão, entenderemos melhor o neoconstitucionalismo. Isso porque, até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente a cultura de que a lei editada pelo legislativo era fonte principal, quase exclusiva, de Direito. O Juiz era a “boca” da lei, como se referia Montesquieu. As Constituições eram vistas como programa político que serviam para inspirar a atuação legiferante, mas não podiam ser invocadas perante o Poder Judiciário para defesa de direitos.²²

O fortalecimento da jurisdição constitucional possibilita ao Poder Judiciário a concretização dos direitos fundamentais e assim romper com a supremacia da vontade da maioria política que não preocupasse com a efetivação da Constituição para todos.

Moraes ressalta a importância que tem o Poder Judiciário na concretização dos direitos que advieram com constitucionalização:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.²³

Também podem ser observadas mudanças na lógica liberal de proteção ao indivíduo na Constituição, esta que até então preocupava-se com as liberdades individuais, busca a partir de então, a institucionalização de outros direitos importantes para a vida coletiva. Nos ensinamentos de Miranda:

Deixa de se considerar como padrões fundamentais da vida coletiva as liberdades individuais e a separação de poderes para, ou acrescentar-lhes direitos econômicos, sociais e culturais (o Estado social de Direito), ou para

²² PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. p. 7. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. p. 2. E-book. ISBN 9788597026825. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

acolher diferentes sentidos da pessoa humana e do povo e diferentes tarefas do poder político.²⁴

Portanto, o pensamento liberal que promoveu o nascimento do Constitucionalismo Moderno com as revoluções do século XVIII perde sua hegemonia no Direito Constitucional, pois até então, contava com o sucesso das Constituições Modernas, estas que garantiam a liberdade e limitavam o poder estatal pareciam suficientes para a vida coletiva, contudo, ao falhar em garantir seus pilares basilares, fez-se necessário que direitos de ideologia social fossem institucionalizados pela Constituição Moderna.

O passo inicial do novo Direito Constitucional, de maneira mais expressiva foi a reconstitucionalização da Europa após os horrores da Segunda Grande Guerra, já nas terras do Brasil, seu marco histórico é a Constituição Federal de 1988 e sua função de redemocratização da nação. Nas palavras de Barroso:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.²⁵

A reconstitucionalização europeia colocou o novo Direito Constitucional em posição de influência sobre as instituições que reestruturavam-se, aproximando o constitucionalismo contemporâneo da ideia de democracia, produzindo finalmente uma nova organização política chamada de Estado Democrático de Direito, produto da combinação das ideias do Estado Liberal com as do Estado Social que refletem na CRFB/88. Assim afirma De Moraes ao citar Junior que pontua sobre o Brasil:

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, o Estado Democrático de Direito é uma junção do Estado Liberal com o Estado Social, pois a passagem do primeiro ao segundo modelo de Estado, bastante nítida na história constitucional brasileira, não implicou a exclusão do segundo pelo primeiro, mas em sua transformação naquilo que a Constituição denomina Estado Democrático de Direito.²⁶

Logo em seguida o autor faz saber da dificuldade de funcionamento que esta combinação de dois modelos de Estado, antagônicos entre si, pode originar:

²⁴ MIRANDA, Jorge. Coleção Fora de Série - **Teoria do Estado e da Constituição**, 5ª edição. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2018. p. 219. E-book. ISBN 9788530982768. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

²⁵ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 08 ago. 2023.

²⁶ JUNIOR *apud* DE MORAES, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 278, 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269. Acesso em: 13 ago. 2023.

Por outro lado, o referido autor aponta as dificuldades inerentes à compatibilização de dois modelos de Estado tão diferentes; o Estado de Direito, que tem em seu cerne, acima de tudo, restrições e proibições à atuação estatal como forma de manter a liberdade dos indivíduos, e, noutra mão, o Estado Social, cuja essência requer funções distributivas e desconhece o dualismo entre Estado e Sociedade. Essa oposição pode levar o poder estatal a extravasar os limites tão bem postos pelo Estado de Direito.

Destarte, o grande desafio do Estado Democrático de Direito seria impedir que as suas funções sociais se transformem em funções de dominação, em vista do poderio que atribuem à máquina estatal. Reprimidas tais funções de dominação estatal, teríamos no Estado Democrático de Direito tanto a liberdade negativa como a liberdade positiva, marcada pela extensão dos direitos políticos, sociais, econômicos e culturais.²⁷

Em uma visão crítica sobre o espaço que o Estado ocupa na sociedade o autor acredita que esta nova fórmula pode significar enfim um equilíbrio na ordem social, a partir de uma correta ponderação entre a atividade estatal e os princípios constitucionais:

A peculiaridade do Estado Democrático de Direito é sua vocação a superar a atual contradição do Estado contemporâneo – que ou preserva a todo o custo a liberdade dos indivíduos ou, em alguns casos, cresce desproporcionalmente ao concentrar os poderes necessários para realizar a tarefa de distribuição das prestações materiais necessárias à vida digna do indivíduo.²⁸

Ainda sobre o surgimento do Estado Democrático de Direito, Santiago trata da influência do Estado Social sobre as novas formações estatais da Europa na segunda metade do século XX, pontuando que este significou uma influência emergencial no cenário da época. Segundo o autor citando Przeworski:

Contudo, apenas após o armistício de 1945 surgiram condições para a emergência do Estado Social, em que finalmente se busca direcionar a atuação estatal no rumo da redução das desigualdades, forjando-se um sistema constitucional capaz de impulsionar uma conduta mais ativa, por parte dos poderes instituídos, entendendo-se que sua intervenção nas relações sociais mais do que desejável, era imprescindível.²⁹

Este momento histórico é marcado pela transição de valores de uma constituição que antes tinha como princípio basilar a liberdade do indivíduo almejada pelo Estado Liberal, e

²⁷ JUNIOR *apud* DE MORAES, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 278, 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269. Acesso em: 13 ago. 2023.

²⁸ DE MORAES, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 279, 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269. Acesso em: 13 ago. 2023.

²⁹ PRZEWORSKI *apud* SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado democrático de direito: uma utopia possível. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 43, p. 7, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/57764/33660/>. Acesso em: 13 ago. 2023.

passa contemplar valores de ordem social típicos do Estado Social. Neste sentido Bonavides *apud* Santiago:

É um tempo marcado, no mundo ocidental, pela positivação, em nível constitucional, de direitos fundamentais de segunda dimensão - os direitos de igualdade - que justificam e fundamentam a intervenção estatal especialmente na ordem econômica. Este momento histórico assinala, ainda, nas palavras de Paulo Bonavides, o momento culminante de um processo gradual, ao fim do qual a Constituição deixa as mãos da burguesia e passa a contemplar toda a sociedade.³⁰

O Brasil, assistindo as mudanças do Direito Constitucional ocidental dadas na segunda metade do século XX importa para si o Estado Democrático de Direito em sua redemocratização, e assim precípua em seu Artigo 1º, caput, a CRFB/88 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”³¹

E sobre esta temática específica do Estado Democrático de Direito na Constituição do Brasil é necessária uma análise aprofundada das características do texto constitucional para buscar entender o espírito do Poder Constituinte Originário, extraindo o melhor da Hermenêutica Constitucional para que assim garanta-se a concretização de seu texto.

2.3 Constitucionalismo e a Constituição Do Brasil

Este capítulo ira tratar de duas grandes características Constituição Federal de 1988, quais são: a garantia da democracia no Estado Brasileiro a partir da organização em três poderes independentes e harmônicos ente si; e o constitucionalismo dirigente presente na Constituição enquanto vetor da atividade estatal.

A primeira característica está expressa no texto constitucional no artigo 2º que diz “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”³²

³⁰ BONAVIDES *apud* SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado democrático de direito: uma utopia possível. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia. V. 43, p. 8, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/57764/33660/>. Acesso em: 13 ago. 2023.

³¹ BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 ago. 2023.

³² BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

Enquanto o constitucionalismo dirigente, este não expresso, mas sim implícito na Constituição, se mostra já nos objetivos fundamentais da República, como pontuado por Simões:

Enfim, concebeu-se o dirigismo constitucional com o intuito de “reavivar a intenção atuante do Direito Constitucional” e alcançar a justiça social. No Brasil, os objetivos assinalados na Constituição de 1988, como o de construir uma “sociedade democrática e igualitária”, visam esse propósito.³³

Estes mesmos temas específicos serão ainda abordados no decorrer deste trabalho nos capítulos 2 e 3, pois aí está alocada, entre a segurança jurídica da separação dos poderes e a ampla atuação do Poder Judiciário em prol da justiça social, o cerne da discussão que esta monografia propõe.

2.3.1 O protagonismo judicial pautado no dirigismo constitucional

Barroso pontua que a observância da constituição para sua interpretação, aplicação e respectiva concretização é uma atividade em comum dos três poderes, cabendo a cada um deles exercer-la dentro dos limites em que tem legitimidade para agir, prevalecendo entre eles a independência e a harmonia de seus atos.

Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes.³⁴

Ele destaca a importância da independência dos Poderes, especialmente ao Poder Judiciário, pois o judiciário como intérprete e aplicador final da lei consegue assim atingir isenção em suas decisões, e promover que a sociedade tenha um governo de leis e não de homens, concluindo também, na mesma lógica, um governo de leis e não de juízes.

A independência do Judiciário é um dos dogmas das democracias contemporâneas. Em todos os países que emergiram de regimes autoritários,

³³ SIMÕES, Edson. **Constitucionalismo e Constituição de 1988**. v.1. (Coleção Constituições e Democracia no Brasil e no Mundo: da Antropofagia à Autofagia). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556275017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275017/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

³⁴ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

um dos tópicos essenciais do receituário para a reconstrução do Estado de direito é a organização de um Judiciário que esteja protegido de pressões políticas e que possa interpretar e aplicar a lei com isenção, baseado em técnicas e princípios aceitos pela comunidade jurídica. Independência e imparcialidade como condições para um governo de leis, e não de homens. De leis, e não de juízes, fique bem entendido.³⁵

Contudo, da mesma maneira que é de extrema importância preservar a independência do Poder Judiciário, este também tem o dever de respeitar as atribuições constitucionais dos demais Poderes, buscando sempre manter a pretendida harmonia, posto que a medida que o Poder Judiciário amplia suas atividades além do que lhe é originalmente permitido observa-se o sistema corroer-se, atingindo negativamente a independência e a harmonia buscadas. Ramos define este movimento no Poder Judiciário como algo claramente negativo em detrimento aos demais Poderes.

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.³⁶

O doutrinador põe o Poder Legislativo, órgão que representa a expressão da vontade popular, que tipicamente detêm a legitimidade de criação legal, sua atividade legiferante, como maior lesionado pelo protagonismo do judiciário.

Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.³⁷

A questão da não legitimidade do Poder Judiciário e reprovabilidade de seu protagonismo, é suscitada por vezes no sentido de seus membros, diferente do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não terem sido eleitos pelo voto popular, somando no discurso de ilegitimidade do Poder Judiciário para exercer uma atividade criacionista no ordenamento

³⁵ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

³⁶ RAMOS, Elival da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 13 set. 2023.

³⁷ RAMOS, Elival da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 13 set. 2023.

jurídico pátrio; Barroso apresenta essa problemática como dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário.

Uma das grandes questões subjacentes à legitimação democrática do Poder Judiciário é a denominada dificuldade contramajoritária. Os membros do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são agentes públicos eleitos, investidos em seus cargos pelo batismo da vontade popular. O mesmo não se passa com os membros do Poder Judiciário, cuja investidura se dá, como regra geral, por critérios essencialmente técnicos, sem eleição popular. A atividade criativa do Judiciário e, sobretudo, sua competência para invalidar atos dos outros Poderes, devem ser confrontadas com o argumento da falta de justo título democrático.³⁸

Logo na sequência o doutrinador traz para o debate o constitucionalismo democrático brasileiro, pontuando que uma de suas características se traduz como proteção de valores constitucionais mesmo que estes estejam ameaçados pela vontade da maioria, ao mesmo tempo que garante o governo da maioria. Em outras palavras, evitando o que poderia ser chamado de “tirania da maioria”.

Onde estaria o fundamento para o Judiciário sobrepor sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes? A resposta já está amadurecida na teoria constitucional: na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático. Nesse modelo, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.³⁹

Neste paralelo traçado pelo doutrinador entre Poder Judiciário com o Poder Legislativo, o ativismo judicial que por vezes chega a atingir competência típica deste poder não surge do nada, mas sim da desconexão do mesmo em relação aos anseios sociais, ficando a concretização da norma constitucional a ver navios.

[...] o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁴⁰

³⁸ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

³⁹ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

⁴⁰ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 14 ago. 2023

Contudo, poderia o Poder Judiciário tomar uma posição diferente da atual, deixando de ampliar sua atividade jurisdicional em face dos demais Poderes, passando a promover uma interferência mínima na esfera de atuação dos demais. Barroso diz ser este movimento um oposto do ativismo judicial, o denominando autocontenção judicial, agindo a fim de: evitar aplicar diretamente a Constituição nos casos onde não há previsão expressa de sua atuação, postergando a resolução do problema até a efetiva atividade legiferante do Poder Legislativo; promover o controle de constitucionalidade com atenção a critérios rígidos, conservadores, não criacionistas em sua atuação; e deixando de interferir na definição das políticas públicas; segundo o doutrinador assim agiam os juízes em prol da autocontenção judicial, mas isto, antes da Constituição Federal de 1988.

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação de juízes e tribunais no Brasil.⁴¹

Como afirma Ramos, uma constituição que expande a força normativa dos princípios, tal qual a Constituição Federal de 1988, tem como característica um viés diretivo (dirigismo constitucional), dando espaço para que o Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade promova a concretização de valores positivados na norma constitucional, e consequentemente tornando-se o judiciário protagonista em matéria de transformação social, além claro, do que em tese, lhe permite a Constituição.

Uma das consequências da expansão dos princípios na estrutura normativa das constituições é a de a elas conferir a característica de constituições com uma vis directiva. Esta tem como objetivo buscar responder à função promocional do Direito contemplada nos princípios. É por conta desta função promocional que o controle da constitucionalidade e a guarda da Constituição deixaram de cingir-se ao paradigma do controle da constitucionalidade dos atos do legislativo e do executivo e das atribuições dos entes federativos. Passaram, igualmente, a ocupar-se da tarefa de promover a realização dos valores positivados nos princípios constitucionais. Como a esfera da aplicação dos princípios da Constituição de 1988 e de outras constituições contemporâneas é relativamente indeterminada e dútil e não se cinge à dimensão da validade, a interpretação dos critérios para a tomada de posição do juiz diante do caso concreto passa pelo balancing das ponderações. Deste modo a interpretação

⁴¹ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

constitucional vem abrindo espaço no Brasil e em outros países para o ativismo judicial e, por via de consequência, para a expansão do poder judiciário e para a interpretação sempre mais extensiva da Constituição⁴²

O autor demonstra preocupação com o amplo ativismo judicial, pois em um sistema onde há a separação dos poderes ordenada pela independência e a harmonia entre eles, o Poder Judiciário vem desempenhando um papel que coloca em risco a organização dos Poderes precipuamente prevista na Constituição Federal de 1988, e assim como Barroso anteriormente citado, Ramos também alerta para o governo dos juízes.

O desdobramento e as consequências do ativismo judicial – seja no que diz respeito ao papel constitucional da divisão dos poderes, seja no que tange ao valor da segurança jurídica num estado de direito – suscita a preocupação com os limites objetivos do processo hermenêutico. Esta preocupação está voltada para conter os riscos de a interpretação extrapolar a desejável congruência normativa de uma Constituição, como expressão axiológica do mérito do “governo das leis” e das inconveniências do “governo dos homens”, inclusive o dos magistrados.⁴³

Barroso constata que desde a redemocratização e reorganização do Estado o Poder Judiciário vem alcançando um espaço político significativo em sua atuação, alcançando um papel político, pois assim rege-se o novo direito constitucional.

A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo.⁴⁴

2.3.2 Constitucionalismo dirigente e sua natureza transformadora da sociedade

Padilha ressalta a natureza protecionista dos direitos individuais, coletivos e sociais, na Constituição Federal de 1988, bem como aponta também a ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, onde busca-se a concretização dos direitos previstos.

A atual Constituição é, acima de tudo, uma carta de esperança por dias melhores. Abarca direitos nunca antes tratados em textos constitucionais anteriores, é a carta mais completa da história no tocante aos direitos individuais, coletivos e sociais, é a Constituição que mais trouxe ações para

⁴² RAMOS, Elival da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 13 set. 2023.

⁴³ RAMOS, Elival da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 13 set. 2023.

⁴⁴ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

tutelar esses direitos e também ampliou o âmbito de controle de constitucionalidade das leis, com o objetivo de garantir maior segurança ao sistema normativo.⁴⁵

O doutrinador destaca ser a Constituição Federal de 1988 uma Constituição Dirigente, pois visualiza essa característica em suas normas que direcionam a atuação do legislador infraconstitucional, segundo ele “Não se pode negar que se trata de uma Constituição dirigente, possuindo dispositivos extremamente abertos que dependem da atuação do legislador infraconstitucional para implementação dos direitos.”⁴⁶

Contudo faz uma ressalva, pois quando o texto constitucional deixa a concretização de direitos totalmente a cargo dos órgãos públicos observa-se uma fragilidade na garantia destes direitos, a dependência da atuação destes órgãos por vezes termina em uma demora em concretizar os mandos constitucionais não suportada pelo meio social, mas que está refém desta atuação, pois como diz o doutrinador, o dirigismo constitucional pouco materializa.

O dirigismo constitucional em países periféricos de democracia tardia, como o Brasil, representa ao mesmo tempo uma solução – porque pode acelerar o crescimento social – e um risco, pois a Constituição pouco materializa, dependendo da atuação dos órgãos públicos.⁴⁷

Segundo Barroso o conceito de “dirigismo constitucional” é difundido pelo doutrinador de origem portuguesa J.J. Canotilho, que traz a ideia de ordem dada por uma Constituição aos órgãos legiferantes, aqueles que detêm o poder de criar e editar leis, sempre no sentido de orientá-los em sua atividade legislativa, ordens estas que funcionam como imposições e não meras sugestões.

Canotilho difundiu a ideia da Constituição dirigente, “entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições”. O estudo envolve a complexa ambição de constitucionalização da política, tendo como núcleo essencial do debate as relações entre o constituinte e o legislador ou, nas palavras do autor: “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais”⁴⁸

Miranda também cita Canotilho destacando os estudos do autor na conceituação da Constituição Dirigente, e com base nestes estudos vai além dos órgãos legiferantes e sua

⁴⁵ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 12 ago. 2023.

⁴⁶ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 12 ago. 2023.

⁴⁷ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 12 ago. 2023.

⁴⁸ CANOTILHO *apud* BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 11 set. 2023.

vinculação as imposições constitucionais, o doutrinador trata de pensar na vinculação de todas as instâncias de regulação jurídica, ampliando o conceito para atingir a política, ressaltando que atos políticos não são constitucionalmente desvinculados, pelo contrário, além dos limites estabelecidos constitucionalmente, atos políticos estão materialmente vinculados a constituição. E mais uma vez, observa-se a característica de concretização do texto constitucional confiado aos órgãos públicos.

A contribuição mais interessante de J. J. GOMES CANOTILHO, em certa fase do seu pensamento, é o esforço de aprofundamento e de procura de efetividade da Constituição dirigente ao serviço do alargamento das tarefas do Estado e da incorporação de fins económico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica.

A política não é um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado e a vinculação jurídico-constitucional dos atos de direção política não é apenas uma vinculação através de limites mas também uma verdadeira vinculação material que exige um fundamento constitucional para esses mesmos atos. E a Constituição não é só “uma abertura para o futuro” mas também um projeto material vinculativo, cuja concretização se “confia” aos órgãos constitucionalmente mandatados para o efeito.⁴⁹

Miranda pensa com cautela e afirma que esta vinculação dos atos políticos aos fundamentos constitucionais não se trata de juridificar a atividade de governo, trata-se de preservar as normas constitucionais frente a mitigação destas normas para fins de politicagem.

Há que distinguir uma direção político-constitucional (direção política permanente) e uma direção política de governo (direção política contingente). O valor condicionante positivo da Constituição pressupõe a configuração normativa da “atividade de direção política”, cabendo a esta, por sua vez, um papel criativo, pelo menos na seleção e especificação dos fins constitucionais e na indicação dos meios ou instrumentos adequados para a sua realização.

Assim, não se trata de juridificar a atividade de governo; trata-se de evitar a substituição da normatividade constitucional pela economicização da política e a minimização da vinculação jurídica dos fins políticos.⁵⁰

Citando Canotilho mais uma vez, Miranda afunila a discussão em torno do dirigismo constitucional visando especificamente a validade dos atos legislativos e a força que detêm os princípios constitucionais, ficando, portanto, o Poder legislativo vinculado a observação de respeitá-los em seus atos.

Os princípios jurídico-constitucionais afirmam-se positivamente como determinantes heterónomos comandando a satisfação dos fins constitucionais através dos atos legislativos. A legitimidade substancial das leis não dispensa

⁴⁹ CANOTILHO *apud* MIRANDA, Jorge. Coleção Fora de Série - **Teoria do Estado e da Constituição**, 5ª edição. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530982768. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>. Acesso em: 11 set. 2023.

⁵⁰ CANOTILHO *apud* MIRANDA, Jorge. Coleção Fora de Série - **Teoria do Estado e da Constituição**, 5ª edição. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530982768. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>. Acesso em: 11 set. 2023.

a averiguação dos pressupostos justificativos, dos motivos primários invocados e dos resultados obtidos, como elementos vinculados da validade das normas legais.⁵¹

Naturalmente, a vinculação dos órgãos públicos aos mandamentos constitucionais, em sede de imposição de fazer, causa incomodo, por interferir na esfera da vontade própria dos agentes que os compõem, o que pode levar a negação da função dirigente da Constituição Federal de 1988 e como já dito antes, e por capricho acaba-se postergando medidas e políticas públicas necessárias para concretização constitucional. Portanto Sarlet, Marinoni e Mitidiero em sua obra apontam que não reconhecer o dirigismo presente na Constituição Federal de 1988 é negar a mesma.

No caso da Constituição Federal de 1988, na esteira da tradição inaugurada com a Constituição de 1934, a negação de tal função equivaleria a não levar em conta a significativa gama de normas constitucionais do tipo impositivo, a começar pelos objetivos fundamentais do art. 3.º da CF, passando pelo dever de proteção do consumidor, na forma da lei (sem prejuízo de outros que possam ser identificados mesmo no catálogo dos direitos fundamentais), e pelos princípios impositivos sediados na ordem econômica e social.⁵²

No mesmo sentido os autores seguem afirmando ser o dirigismo constitucional evidente no texto da Constituição Federal de 1988, posto que determinadas normas constitucionais consagram um modelo de constituição dirigente, e mais uma vez enfatizando o que já foi dito, os Poderes Públicos encontrarem-se vinculados aos objetivos constitucionalmente elencados.

Mediante a expressa previsão, no art. 3.º, de objetivos de caráter fundamental a serem levados a efeito pelos órgãos estatais, não há como refutar – do ponto de vista do direito constitucional positivo vigente – a circunstância de que o constituinte de 1988 consagrou sim um modelo de Constituição do tipo dirigente, muito embora elementos de dirigismo constitucional se façam presentes em diversas partes do texto da CF, inclusive e especialmente nos títulos da ordem econômica e social. Com efeito, as normas-princípio contidas nos diversos dispositivos do art. 3.º cumprem a função de princípios objetivos que instituem programas, fins e tarefas que vinculam os Poderes Públicos e que implicam uma atuação voltada à realização dos objetivos constitucionalmente enunciados.⁵³

⁵¹ CANOTILHO *apud* MIRANDA, Jorge. Coleção Fora de Série - **Teoria do Estado e da Constituição**, 5ª edição. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530982768. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>. Acesso em: 11 set. 2023.

⁵² SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 11 set. 2023.

⁵³ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 11 set. 2023.

Os autores pontuam que o dirigismo constitucional presente na Constituição Federal de 1988 é percebido fortemente em normas de direitos sociais, impondo ao Poder Público o dever permanente de efetivação destes direitos, seja na aplicação do direito infraconstitucional ou em sua interpretação no que se refere à proteção e promoção dos direitos sociais.

Já a perspectiva objetiva das normas de direitos sociais reflete o estreito liame desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade (princípio da dignidade da pessoa humana, superação das desigualdades sociais e regionais, construção de uma sociedade livre, justa e solidária). Nesta esfera, como já sinalado na parte geral dos direitos fundamentais, também as normas de direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional quanto para a criação e o desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais.⁵⁴

O conceito apresentado por Canotilho passou diversas discussões nas décadas subsequentes aos estudos desempenhados pelo autor, o qual chegou ser declarado morto pelo próprio pesquisador, isto dito na conjuntura de seu local de origem, qual seja a Europa e o ordenamento jurídico português; contudo ao falar de Brasil e o ordenamento jurídico pátrio Sarlet sustenta que para o constitucionalismo brasileiro a ideia de Constituição Dirigente ainda é relevante, e o conceito precisa ser explorado.

[...] o que se verifica é que as mudanças no âmbito do pensamento do Professor Gomes Canotilho, sem dúvida, devem ser enquadradas no seu devido contexto, já que nem o texto da Constituição portuguesa de 1976 guarda o mesmo perfil revolucionário e dirigente que lhe foi originariamente atribuído, já que objeto de várias e relativamente profundas revisões, notadamente em face da inserção de Portugal na União Europeia e, portanto, seu enquadramento em uma ordem jurídica supranacional. Por isso também, nós — embora não de modo necessariamente coincidente com o de outros autores — seguimos sustentando que o paradigma da Constituição dirigente ainda cumpre um relevante papel no âmbito do constitucionalismo pátrio e apresenta — mesmo hoje (e talvez por isso mesmo) — todo um potencial a ser explorado.⁵⁵

A proposta de Sarlet em lançar sobre o ordenamento jurídico brasileiro um olhar com enfoque diferente do adotado na análise do ordenamento jurídico português, o qual foi assim como já demonstrado berço do conceito do Dirigismo Constitucional, se deve ao

⁵⁴ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 11 set. 2023.

⁵⁵ J. J. Gomes Canotilho. *Et al.* **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502629639. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629639/>. Acesso em: 13 set. 2023.

reconhecimento de que a Constituição Brasileira está em uma realidade significativamente diferente do constitucionalismo europeu, e por isto aplicar a ideia de que o constitucionalismo dirigente no Brasil morreu, assim como o constitucionalismo dirigente português, não é adequado. A constatação de que os planos para o futuro trazidos pela modernidade, no Brasil não passaram de enganação, romper com a Constituição Federal de 1988 em seu aspecto dirigente abre espaço ao retrocesso social, de direitos sociais que nem sequer foram alcançados de uma maneira satisfatória.

Tal enfoque — necessariamente diferenciado e contextualizado — assume feições ainda mais emergenciais quando nos damos conta de que a Constituição brasileira insere-se em um ambiente significativamente diverso, por exemplo, do experimentado pelo constitucionalismo europeu, além de ter (ainda) um caráter marcadamente compromissário e dirigente, o que, somado ao fato — bem lembrado por Lenio Streck — de que as promessas da modernidade entre nós sequer foram minimamente cumpridas e de que o Estado Democrático (e Social) de Direito brasileiro, na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro, transforma a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais em tarefa permanente. Também por essa razão, resulta evidente que entre nós o problema maior ainda é o de dar cumprimento eficiente e eficaz ao dever de progressiva concretização dos objetivos sociais e dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos e assegurados, do que propriamente o de coibir retrocessos, o que não afasta a necessidade de se levar (muito) a sério a proibição de retrocesso, naquilo onde mesmo o pouco que foi alcançado possa estar em risco.⁵⁶

Neste paralelo entre constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro, Streck tem uma posição semelhante a de Sarlet, o doutrinador pontua ser necessário a manutenção do conceito no Direito Constitucional do Brasil, e além disso, diz ser necessário pensar a Constituição Dirigente de modo adaptado ao Brasil, um país de modernidade tardia, pois faz-se necessária ao contexto social da nação.

Anos depois, quando Canotilho disse que a Constituição Dirigente morrera, de imediato propus que adotássemos uma Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia. De todo modo, confesso a enorme dificuldade para superar o racionalismo que buscávamos antes da CF/88 – afinal, o Estado era autoritário, e a estrutura jurídica era produto de um paradigma liberal-individualista (lembro que eu dizia, nos anos 90, que o Brasil era como um micro-ônibus: tem direção hidráulica, ar-condicionado, mas só cabem 25 pessoas) – e ingressar em um patamar no qual passaríamos a depender de uma nova linguagem pública, representada por uma Constituição compromissória e dirigente.⁵⁷

⁵⁶ STRECK *apud* J. J. Gomes Canotilho. *Et al. Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502629639. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629639/>. Acesso em: 13 set. 2023.

⁵⁷ STRECK, Lenio L. **30 Anos da CF em 30 Julgamentos** - Uma Radiografia do STF. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530981815. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981815/>. Acesso em: 13 set. 2023.

Sabendo que a situação social do Brasil não é animadora, esta realidade social deve servir de vetor para interpretação da Constituição Federal de 1988, dando as normas dirigentes da constituição a importância de verdadeiras imposições ao Estado de observância obrigatória, e não de meras diretrizes. Segundo Machado e Silva, negar esta necessária interpretação, seria negar o contexto social nacional, tirando do povo brasileiro sua possibilidade de alcançar a efetivação dos direitos constitucionais.

Por não ser possível compreender o conteúdo de uma norma constitucional sem inseri-la em um determinado contexto social, o exame desta realidade é essencial para o adensamento das normas constitucionais, sobretudo os objetivos fundamentais. E, diante do quadro de desigualdade nacional, os objetivos fundamentais do artigo 3º não são meras diretrizes, mas verdadeiras imposições ao próprio estado que se constitui. São o que se denomina de princípios impositivos, de observância obrigatória pelos agentes estatais, detentores momentâneos de parcela do poder.

Interpretação em sentido contrário, ou seja, no sentido de serem meras diretrizes os objetivos fundamentais, é negar tanto a realidade fática de abismo social, quanto subtrair do real detentor do poder, o povo, de sua possibilidade de condicionar, através da Constituição, o exercício do poder.⁵⁸

Os autores afirmam que o caráter dirigente dos objetivos fundamentais da república, trazidos pela Constituição Federal de 1988, tornam obrigatória a observância do Princípio da Transformação Social no exercício do Poder pelos órgãos estatais, não podendo ser desconsiderado na aplicação das normas jurídicas.

Os objetivos fundamentais, entre eles a redução das desigualdades configuram-se, portanto, em condicionantes do exercício do Poder estatal razão pela qual se defende que a realização do bem-estar social e a promoção da justiça social são decorrências obrigatórias do texto constitucional. Diante deste quadro, defende-se que a Constituição Federal determina então a observância do princípio da transformação social. No quadro constitucional brasileiro, portanto, não é possível a negação das desigualdades (realidade fática) tampouco sua desconsideração na aplicação das normas jurídicas (realidade jurídica).⁵⁹

Por fim, o Princípio da Transformação Social, caracterizado na Constituição federal de 1988 por seu dirigismo constitucional, representa a vinculação do Poder estatal com a

⁵⁸ MACHADO, R. M. R. S.; SILVA, J. B. A LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL. **Revista Direitos Culturais**, v. 18, n. 45, p. 37-55, 7 set. 2023. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/1280>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁵⁹ MACHADO, R. M. R. S.; SILVA, J. B. A LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL. **Revista Direitos Culturais**, v. 18, n. 45, p. 37-55, 7 set. 2023. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/1280>. Acesso em: 15 set. 2023.

transformação democrática das estruturas sociais e econômicas em atenção aos valores positivados no texto constitucional, assim como sustenta Goulart:

O princípio da transformação social, como macroprincípio impositivo, por um lado, obriga o cidadão, a sociedade – pelos sujeitos políticos coletivos e sujeitos econômicos – e as instituições estatais – pelos diversos órgãos de direção política – a implementarem ações e políticas públicas voltadas para a transformação democrática das estruturas sociais e econômicas; por outro, fundamenta a legítima as reivindicações sociais voltadas às prestações positivas do Estado.⁶⁰

3 SISTEMA DE SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

De antemão cabe afirmar que Poder Político do Estado é uno, indissolúvel, mas em razão de organização política divide-se em três funções cada qual com suas próprias funções, mantendo-se independentes e harmônicos em seus atos, visando por fim, possibilitar a concretização da Constituição Federal de 1988; neste sentido Saleme:

O poder verdadeiramente é uno. A divisão em três unidades estabelece que as funções sejam conduzidas de maneira independente e harmônica. Os atos devem se coadunar com o bem-estar coletivo, de maneira a viabilizar o exercício do poder com limites preestabelecidos e sempre respeitando cada qual seu rol de funções. A unicidade do poder é alcançada dessa forma pela teoria informada.⁶¹

Sarlet define a atribuição de funções prevista na Constituição Federal de 1988, como funções vinculantes do Estado, seja na função legislativa, seja na função executiva, ou seja na função judicial, ao objetivo de garantir o cumprimento da mesma.

O programa político-normativo instituído pela CF estabelece a vinculação do Estado – Estado-Legislator, Estado-Administrador e Estado-Juiz – ao estrito cumprimento dos ditames constitucionais, no âmbito das atribuições e competências delineadas para cada esfera federativa.⁶²

Indiscutivelmente a tripartição dos poderes adotada pela Constituição federal de 1988 é meio pelo qual o constituinte originário planejou que a mesma fosse concretizada, garantindo-se a ascensão do Estado Democrático de Direito Brasileiro, isto porque ao elencar em seu artigo 1º que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

⁶⁰ GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. **Belo Horizonte: Arraes Editores**, p. 127-137, 2013.

⁶¹ SALEME, Edson R. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Manole, 2022. E-book. ISBN 9786555766370. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555766370/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁶² SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 15 set. 2023.

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”⁶³, e em seguida em seu artigo 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁶⁴, é visto que os pilares da democracia almejada se dá pela tripartição dos poderes enquanto base fértil para um estado democrata, pois assim evita-se o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais previstos, bem como inaugura mecanismos de controle recíprocos. Neste sentido Moraes:

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.⁶⁵

Segundo Moraes, a Teoria da Separação dos Poderes adotada pela Constituição Federal de 1988, fruto da célebre doutrina de Montesquieu, desenvolveu-se na história passando grandes nomes da filosofia, como Aristóteles, o qual foi responsável por seu primeiro esboço, sendo mais adiante detalhada por Locke, e finalmente consagrada por Montesquieu, sendo amplamente aplicada nos modelos liberais de estado, no ocidente, inclusive, como já citado, prevista no artigo 2º da Constituição Federal do Brasil de 1988.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.⁶⁶

⁶³ BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

⁶⁴ BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁶⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

O doutrinador cita Canotilho e Moreira em uma análise voltada para a cooperação que se faz necessária entre órgãos do Estado, em uma organização do poder político do estado distribuído a uma pluralidade de órgãos, assim como é no Brasil, em razão da Separação dos Poderes adotada; segundo os autores deve haver entre tais órgãos um sentimento mútuo de lealdade constitucional, que pode ser compreendida na vertente positiva que se traduz na cooperação na medida necessária para eficazmente realizar os objetivos constitucionais, visando o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis; e também pode ser compreendida na vertente negativa que se traduz na necessidade de cessação da guerrilha constitucional, como dizem os autores, caracterizada por um maior apreço entre os titulares dos órgãos do poder, sempre levando em consideração uma boa cooperação institucional.

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*).⁶⁷

O doutrinador afirma que na medida que espera-se dos órgãos de poder, um tratamento de igual para igual, sem valorização demasiada de um, e desvalorização infundada de outro, na busca do mútuo respeito nas atividades institucionais, a Constituição Federal de 1988, valendo-se de um de seus mais expressivos princípios, o Princípio da Igualdade, prevê em seu texto tratamento diferenciado ao estabelecer funções, imunidades e garantias aos titulares dos órgãos de poder, buscando claro, fortalecer o Estado Democrático de Direito, a defesa dos direitos fundamentais, e a própria separação dos Poderes.

O objetivo colimado pela Constituição Federal, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções soberanas do Estado, Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria Separação de Poderes, legitimando, pois, o tratamento diferenciado fixado a seus membros, em face do princípio da igualdade. Assim, estas eventuais diferenciações são compatíveis com a cláusula igualitária por existência de um vínculo de correlação lógica entre o

⁶⁷ CANOTILHO e MOREIRA *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

tópico diferencial acolhido por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, pois compatível com interesses prestigiados na constituição.⁶⁸

Como pontua o doutrinador, o tratamento dado pelo legislador constituinte aos membros titulares dos órgãos de poder, devem ser analisados a luz deste princípio, por tratar-se de um verdadeiro vetor da interpretação constitucional na democracia.

A finalidade das imunidades e garantias previstas para os membros do Legislativo, Executivo, Judiciário e do Ministério Público, para bem exercerem suas funções estatais deferidas pelo legislador constituinte, deve ser analisada à luz do princípio da igualdade, informador dos direitos fundamentais e de todo o ordenamento constitucional; verdadeiro vetor de interpretação constitucional da Democracia, em virtude de seu valor e de seu caráter principiológico.⁶⁹

Citando Cappelletti o doutrinador faz uma importante pontuação acerca dos direitos fundamentais ainda falando da separação dos poderes, pois o nascimento da justiça constitucional das liberdades e a sucumbência dos regimes ditatoriais se deve tanto a separação dos poderes como pilar da democracia como anteriormente já dito, tanto quanto na garantia dos direitos fundamentais, pois a valoração dos direitos fundamentais está estritamente ligada a garantia da democracia, portanto a estes deve dar-se efetividade, inclusive pela função criativa do Poder Judiciário.

Uma interpretação valorativa dos direitos fundamentais, bem como de proteção dos instrumentos e mecanismos previstos constitucionalmente para sua aplicabilidade integral e eficaz, entre eles as previsões de garantias e imunidades, vai ao encontro da dupla finalidade apontada por Mauro Cappelletti, ao dissertar sobre o nascimento da denominada justiça constitucional das liberdades: evitar os regimes ditatoriais e garantir independência e liberdade à função criativa do Judiciário, na efetividade dos referidos direitos fundamentais.⁷⁰

Neste sentido o doutrinador afirma não haver qualquer dúvida, de que para haver Estado Democrático de Direito se faz necessário a defesa da separação dos poderes tanto quanto a proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Não há, pois, qualquer dúvida da estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como

⁶⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁷⁰ MONSTESQUIEU *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

requisito *sine qua non* para a existência de um Estado democrático de direito.⁷¹

O doutrinador conclui que permanece atual e necessária para a manutenção da democracia a separação dos poderes, mas não aquela engessada, pensada e aplicada com rigidez, pois tornou-se inadequada para um Estado que tem como objetivo fornecer a todo seu povo o bem-estar, e assim atrelado a separação dos poderes, inaugura-se o método de interpretação constitucional das atribuições das funções do Estado, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*).⁷²

E como afirma Moraes, neste novo sentido de separação dos poderes, a Constituição Federal de 1988, ao atribuir as tradicionais funções do Estado, a legislativa, a executiva, e a judicial, cria mecanismos de controle recíprocos visando a perpetuação do Estado Democrático de Direito.

3.1 Funções constitucionais dos Poderes

Haja visto a Teoria da Separação dos Poderes adotada pela Constituição Federal de 1988, já citada anteriormente, faz-se necessário demonstrar quais funções foram atribuídas a cada órgão do poder, e fazer a ressalva de que estas funções não são de exclusividade absoluta do órgão que a tem como função predominante, portanto, como ensina Moraes, ao Poder legislativo determinou-se sua função típica de legislar e fiscalizar.

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com a *exclusividade absoluta*. Assim, cada um dos Poderes possui uma função *predominante*, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras

⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁷² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.

As funções típicas do Poder Legislativo são *legislar* e *fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância [...]

As funções atípicas constituem-se em *administrar* e *julgar*.⁷³

Em relação ao Poder Executivo, de acordo com o doutrinador “O Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração.”⁷⁴

Enquanto que ao Poder Judiciário restou a função jurisdicional, de aplicação da lei. Pois segundo Moraes:

[...] a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.

O Judiciário, porém, como os demais Poderes do Estado, possui outras funções, denominadas atípicas, de natureza administrativa e legislativa.⁷⁵

Saleme, no mesmo sentido e em consonância ao texto constitucional faz a mesma definição.

Montesquieu referiu-se aos poderes e inferiu que cada qual receberia a designação aproximada de sua função, assim compete aos Poderes:

- a) Legislativo – elaborar, corrigir ou ab-rogar as leis que elaboram;
 - b) Executivo – promoção de segurança e política, por meio da execução das leis;
 - c) Judiciário – punir os crimes e julgar as pendências entre particulares.
- Essa divisão seria o elemento garantidor da liberdade política.⁷⁶

O doutrinador também traz a diferença conceitual e prática entre as funções típicas e as funções atípicas de cada órgão do poder, todas as duas, naturalmente, previstas pela Constituição Federal de 1988.

Típicas – Prescritas na constituição, são elas as que emprestam o nome ao Poder. A função típica ou principal do Poder Legislativo é a elaboração de leis; em contrapartida também deve contratar servidores, por esse motivo é

⁷³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁷⁶ SALEME, Edson R. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Manole, 2022. E-book. ISBN 9786555766370. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555766370/>. Acesso em: 16 set. 2023.

possível exercer a função atípica administrativa, sem ter de recorrer ao Executivo para essa seleção.

Atípicas – Também consignadas na Constituição, são exercidas de forma secundária por cada um dos Poderes. O exercício atípico está subsumido na expressão prescrita no art. 2º, o qual se refere aos poderes como “independentes e harmônicos”, o que pressupõe determinada parcela de funções atípicas que viabilizam a autonomia.⁷⁷

Padilha, na mesma linha de raciocínio confirma as funções típicas de cada órgão do poder, e ainda exemplifica apontando no texto constitucional possibilidades onde estes poderes exercem suas funções atípicas.

Ademais, não se pode olvidar que, inobstante exercerem funções típicas, isto é, exercerem as funções pelas quais eles foram concebidos e estruturados, exercem também funções atípicas, assim:

- a) O Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que legisla – elaborando as normas jurídicas – e fiscaliza (funções típicas), administra (ex.: arts. 51, IV; 52, XIII; 55) e julga (ex.: art. 52, I, II e parágrafo único) como função atípica;
- b) O Judiciário, como cediço, julga, compondo conflitos – na maior parte das vezes – como função típica. Já, atipicamente, legisla (ex.: art. 96, I, a) e administra (ex.: art. 96, I, b até f);
- c) Por fim, o Executivo, que possui função típica de administrar a res pública, legisla (ex.: arts. 62, 68) e julga processos administrativos como atos atípicos.⁷⁸

Portanto, observa-se a existência de uma pluralidade de funções, ou seja as funções do Poder não tem sua atuação engessada, pois não se limitam a suas funções ditas típicas.

3.2 Sistema de freios e contrapesos e o Princípio da Segurança Jurídica

Tratando especificamente do sistema de freios e contrapesos e de sua importância para o sistema em que se estrutura os órgãos do poder político do Estado, Moraes reafirma a necessidade de imunidades e garantias aos agentes políticos, estas previstas na Constituição Federal de 1988, pois como já dito anteriormente estas garantias e prerrogativas se traduzem na melhor maneira de aplicar o sistema de freios e contrapesos, que por sua vez garantem a efetividade dos direitos fundamentais, bem como possibilitam perpetuar-se a democracia.

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o

⁷⁷ SALEME, Edson R. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Manole, 2022. E-book. ISBN 9786555766370. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555766370/>. Acesso em: 16 set. 2023.

⁷⁸ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 16 set. 2023.

Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado. Se por um lado as imunidades e as garantias dos agentes políticos, previstas na Constituição Federal, são instrumentos para perpetuidade da separação independente e harmônica dos Poderes de Estado, por outro lado, igualmente defendem a efetividade dos direitos fundamentais e a própria perpetuidade do regime democrático.⁷⁹

O próprio Montesquieu, precursor da Teoria da Separação dos Poderes percebeu a ser inevitável as interferências recíprocas, portanto legítimas, e que mecanismos voltados para a proteção dos Poderes (garantias e imunidades) se faz necessário para sua efetiva independência e harmonia. Segundo Saleme:

A partir da análise dos trabalhos filosóficos que nada mais fizeram além de enaltecer a teoria da tripartição dos Poderes, Montesquieu reconhece a legitimidade e a inevitabilidade de interferências recíprocas. Reconhece que o Executivo e o Legislativo possuem problemas de equilíbrio no sistema representativo; necessitam, portanto, em suas relações recíprocas, de um conjunto de mecanismos capazes de impedir a absorção de um pelo outro, de ordem a mantê-los efetivamente separados e harmônicos entre si.⁸⁰

Padilha, ao falar sobre o sistema de freios e contrapesos, reafirma o que já foi dito sobre a legitimidade do sistema, pontuando servirem para evitar a concentração de poder e o desrespeito aos direitos constitucionais.

Apesar do princípio da independência dos poderes (art. 2.º), a Constituição Federal, visando, principalmente, evitar a concentração de poder e o desrespeito aos direitos constitucionais, criou mecanismos de controle recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito. Esse sistema de interferência recíproca é chamado de sistema de freios e contrapesos (checks and balances).⁸¹

Segundo Simões, que cita Vieira, o momento de criação da Constituição Federal de 1988 foi marcado por fortes desconfianças entre os diversos grupos participantes da constituinte, portanto, conseqüentemente cada um destes grupos procurou proteger seus próprios interesses no texto constitucional, e uma das estratégias usadas foi justamente fortalecer o sistema de freios e contrapesos, esperando que assim fica-se garantida a proteção dos compromissos assumidos durante o processo constituinte.

⁷⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 15 set. 2023.

⁸⁰ SALEME, Edson R. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Manole, 2022. E-book. ISBN 9786555766370. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555766370/>. Acesso em: 16 set. 2023.

⁸¹ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 16 set. 2023.

(...) “a elaboração de nossa Constituição deu-se num contexto de forte desconfiança entre os grupos e as forças políticas que participaram do processo de transição, daí a estratégia de buscarem proteger ao máximo ambições e interesses, entrincheirando-os no texto da Constituição na forma de um ambicioso conjunto de políticas públicas e também no fortalecimento do sistema de freios e contrapesos. Nessa direção, os constituintes buscaram fortalecer as agências de aplicação da lei, com o objetivo de ampliar os mecanismos de proteção dos compromissos assumidos durante o processo constituinte.”⁸²

Pois bem, superando a ideia de independência absoluta dos órgãos em sua atuação, o que se explica por meio do sistema de freios e contrapesos, bem como pelos direitos fundamentais que atuam na proteção do indivíduo frente o Estado, e sabendo que o Poder Judiciário no decorrer dos anos assumiu uma postura criacionista, ou seja, independente da intermediação do legislador, e nesta expansão o Judiciário tem tomado um grande espaço nas transformações sociais da atualidade. Neste sentido esclarece Barroso:

Na Constituição brasileira, o poder é limitado por mecanismos de separação e de controle recíproco dos Poderes, bem como pela existência de um elenco de direitos individuais que protegem as pessoas em face do Estado. De igual modo, o rule of the law se manifesta na supremacia da Constituição e das leis, assegurada por mecanismos de controle de constitucionalidade e de acesso ao Judiciário em geral. Em síntese: freios e contrapesos, legalidade e jurisdição são os conceitos essenciais ao Estado de direito. Na atual conjuntura brasileira, o princípio da legalidade, em sua aplicação ao Poder Público, vive uma crise de identidade e de conteúdo, acossado por dois flancos: a constitucionalização e a regulação. De um lado, a leitura do Direito à luz da Constituição e a normatividade dos princípios têm legitimado a atuação estatal mesmo sem a intermediação do legislador. De outra parte, as agências reguladoras têm exercido ampla competência normativa e discricionariedade técnica, reduzindo o espaço da lei formal. O Judiciário, por sua vez, vive um momento de expansão política e institucional.⁸³

Contudo, o doutrinador ressalta que não pode o Poder Judiciário utilizar-se de sua discricionariedade sem cautela, pois a fim de preservar a segurança jurídica e não comprometer a legitimidade democrática da função judicial, devem os juízes e tribunais agirem com destreza na aplicação de regras e princípios de conceitos jurídicos abertos ou princípios com conteúdo flexível. Segundo ensina o doutrinador a atuação judicial, mesmo tratando-se de conteúdo alocado fora do sistema estritamente normativo, devem refletir os valores da sociedade e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.

⁸² VIEIRA *apud* SIMÕES, Edson. **Constitucionalismo e Constituição de 1988**. v.1. (Coleção Constituições e Democracia no Brasil e no Mundo: da Antropofagia à Autofagia). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556275017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275017/>. Acesso em: 16 set. 2023.

⁸³ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 16 set. 2023.

De outra parte, é indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.⁸⁴

Ainda sobre a atuação criacionista do Poder Judiciário, o doutrinador diz que respeitadas as normas constitucionais dentro das margens da interpretação dos princípios fundamentais, o Poder Legislativo deve ter liberdade para escolher como se dará sua atuação, pautado no que lhe parece melhor e mais adequado aos anseios da população que os elegeu. O respeito aos atos válidos do legislador deve sobrepor a criatividade judicial dos tribunais, como maneira de perpetuação do Estado Democrático de Direito e valoração do Princípio da Segurança Jurídica.

A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito. Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá autorização para se sobrepor ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade. Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A preferência da lei concretiza os princípios da separação de Poderes, da segurança jurídica e da isonomia.⁸⁵

Júnior ensina que o Princípio da Segurança Jurídica está disposto no Constituição Federal de 1988 ao lado dos demais princípios fundamentais, princípio este que o Estado Democrático de Direito se compromete a efetivar pois a segurança é inerente ao regime democrático, compromisso este que é compartilhado pelo constitucionalismo de raízes europeias por todo mundo ocidental, não sendo uma característica única do ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição brasileira consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Já no preâmbulo se anuncia que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado

⁸⁴ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 18 set. 2023.

⁸⁵ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 18 set. 2023.

a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. Esta, ao lado de outros direitos da mesma estirpe, se insere no rol dos “valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Também no caput do art. 5º, a declaração dos direitos e garantias fundamentais tem início com a proclamação de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos os residentes no país a inviolabilidade do direito à segurança e à propriedade. Esse compromisso do Estado de Direito com o princípio de segurança, aliás, não é uma peculiaridade da República brasileira. Todo o constitucionalismo ocidental de raízes européias o adota e exalta.⁸⁶

Segundo Gorga, o Princípio da Segurança Jurídica representa mais do que a importância de ser um direito fundamental, pois o princípio é de suma importância para a efetivação dos demais direitos fundamentais, sem segurança jurídica não será possível a concretização destes outros.

Sendo os direitos que se encontram colacionados ao lado da segurança jurídica os denominados direitos fundamentais cujo reconhecimento e garantia têm sido considerados como de primeira importância para a efetividade da dignidade da pessoa humana, torna-se claro que a proteção destes apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.⁸⁷

A autora cita Mascaro, que por sua vez reforça a ideia do princípio segurança jurídica ser de suma importância para concretização dos direitos fundamentais, posto que somente se ele for observado é possível a construção de uma sociedade onde os direitos fundamentais são efetivados.

Dadas as necessidades sociais de segurança para planejar, conduzir e organizar a vida particular e pública, a segurança jurídica se impõe como claro instituto do direito brasileiro, constituindo-se em um direito fundamental do cidadão, que se materializa em princípios como a legalidade, a igualdade, a irretroatividade, direito à propriedade, bem como todas as outras garantias ofertadas pelo artigo 5º da Carta Constitucional.⁸⁸

Júnior ressalta que nenhum princípio, nem mesmo aqueles de âmbito constitucional, pode ser considerado absoluto, portanto ainda que o Princípio da Segurança Jurídica seja essencial à manutenção do estado democrático de direito, não está isento da natural

⁸⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 14, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79071829.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁸⁷ GORGA, Maria Luiza. SEGURANÇA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL—Consequências na aplicação do princípio da vedação ao retrocesso. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 6, p. 17-34, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/171. Acesso em: 19 set. 2023.

⁸⁸ MASCARO *apud* GORGA, Maria Luiza. SEGURANÇA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL—Consequências na aplicação do princípio da vedação ao retrocesso. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 6, p. 17-34, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/171. Acesso em: 19 set. 2023.

relativização dos princípios em razão de sua essência aberta, carente de contornos e claras limitações, agindo mais na elasticidade da interpretação, do que no espaço regrado das normas.

Nenhum princípio no campo do Direito, nem mesmo nos domínios constitucionais, pode ser visto e aplicado como absoluto. A segurança jurídica, ainda que mereça a qualificação de elemento natural e necessário do Estado de Direito Democrático, não escapa à relatividade inerente à sistemática dos princípios de Direito. É que os princípios, na sua essência não traduzem preceitos mas, sim, valores, os quais, por natureza, são elásticos, sem contornos e limites precisos, e exercem muito mais sua função no terreno da hermenêutica do que no campo das normas, estas, sim, encarregadas de traçar regras claras e precisas sobre o comportamento dos sujeitos de Direito.⁸⁹

O autor, citando Zimmer, faz saber que havendo um contexto propício e justificável, poderá sim ser relativizado o Princípio da Segurança Jurídica, pois este pode ceder em face da efetivação de outro princípio fundamental, posto que não tem valor absoluto como já dito anteriormente. Portanto, tanto na atividade legislativa, quando em sede de controle de constitucionalidade do judiciário, é cabível sua flexibilização para harmonizar ambos os princípios em sua aplicação.

Há, sem dúvida, fatores e situações que, conjunturalmente, comprometem a força protegida pela segurança jurídica e recomendam a prevalência de outro princípio, também, de estatura constitucional. É certo, pois, que o princípio de segurança jurídica não se apresenta como um princípio de valor absoluto. Ao contrário, “uma de suas características é ser modulável em função de outros imperativos, de outros componentes da noção de Estado de Direito”, cabendo ao legislador (sobre controle da Corte Constitucional) “operar essa conciliação entre os diferentes imperativos e a segurança jurídica”.⁹⁰

Portanto, a aplicação conservadora da Separação Dos Poderes em nome do Princípio da Separação Dos Poderes se mostra, em verdade, antiquada à realidade jurídica e política do Brasil.

4 PROTAGONISMO JUDICIAL E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Barroso a expressão ativismo judicial surgiu justamente em um momento que a Suprema Corte dos Estados Unidos conduziu uma expressiva mudança progressista na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, tomando espaço em inúmeras práticas

⁸⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 14, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79071829.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

⁹⁰ ZIMMER *apud* JÚNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 14, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79071829.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

políticas nos Estados Unidos, sem que houvesse a participação do Poder Legislativo e do Executivo nesta efetivação de direitos, e assim, em uma reação da política conservadora ao momento de expansão judicial, surgiu a expressão citada, a qual desde o início teve uma conotação negativa, ligada a ilegitimidade do Poder Judiciário em protagonizar este tipo de transformação social. Contudo, como ensina o autor, o movimento ativista do judiciário pode ter, tanto pautas progressistas, quanto pautas conservadoras. O autor ainda pontua que a intensa atuação judicial se dá pela concretização dos valores e fins constitucionais, mesmo que para isso seja necessário interferir no espaço das demais funções do Poder, ou ainda, meramente ocupar espaços vazios em razão da falta de atividade das demais funções do Poder.

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora –, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.⁹¹

Segundo o autor, diversas decisões emanadas pela Suprema Corte Brasileira encontram-se nesse espaço ativista que vai de encontro às funções típicas das demais funções do Poder, seja pela omissão ou flagrante desrespeito do Poder Legislativo em relação a Constituição federal, ou então pelas políticas públicas insuficientes do Poder Executivo, ao fim, o que resta é uma evidente distorção da real função de aplicar o direito pertencente ao judiciário, e cada vez mais uma proximidade com o que pode ser observado como a criação do direito.

No Brasil, há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por diferentes linhas de decisão. Dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; 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, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias, e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso

⁹¹ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 27 set. 2023.

de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público, sobre criação de município e sobre a criminalização da homofobia – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito.⁹²

O autor continua e afirma que apesar da judicialização ser uma circunstância do desenho institucional brasileiro, o ativismo judicial é uma escolha, uma escolha de um estilo específico e proativo de interpretar a constituição, com a intenção de ampliar seu significado e sua abrangência. Segundo o autor, no Brasil, o ativismo judicial aparece em contextos nos quais o Poder Legislativo se retrai, e com isso o consequente distanciamento da sociedade civil da classe política, que por fim impede a devida resposta a certas demandas sociais, falhando com a devida efetivação dos direitos constitucionais.

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.⁹³

Barroso entende a democracia contemporânea em três dimensões diferentes, quais são:

a) democracia representativa, caracterizada pelo voto popular como elemento essencial, onde os papéis de destaques são exercidos pelo Legislativo e o Executivo, pois estes foram eleitos através do voto popular, portanto cabe a eles agir em conformidade as vontades e as demanda populares; b) democracia constitucional, caracterizada por sua fidelidade aos direitos fundamentais, mesmo quando em conflito com a vontade da maioria política, tendo como árbitro final destas eventuais tensões, a Suprema Corte, portanto a protagonista desta dimensão democrática, não são as funções legislativa ou executiva, e sim a função judicial, representada pela Suprema Corte; e c) democracia deliberativa, caracterizada pela existência de um debate público contínuo que deve permear as decisões políticas, e por isto eleva-se a sociedade civil ao protagonismo nessa dimensão, pois a troca de argumentos em todas as instâncias sociais se faz necessário no processo democrático, e apesar das funções legislativa e executiva especificamente representarem a vontade popular, há de se reconhecer certo destaque a função

⁹² BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 27 set. 2023.

⁹³ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 27 set. 2023.

judicial nessa dimensão, pois o debate, a troca de argumentos com a sociedade civil, são elementos essenciais das decisões tomadas no âmbito judicial, fundamentando sua atuação e legitimando suas decisões. Como pontua o autor o voto popular é parte indispensável de uma democracia, o que é fato, mas não é sua única fonte de concretização, e por isto, como medida excepcional, a Suprema corte tem legitimidade para interpretar as demandas sociais e promover a respectiva transformação social, e assim garantir a uma eficaz realização dos princípios constitucionais democráticos.

A democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões, o que dá a ela três dimensões: representativa, constitucional e deliberativa. A democracia representativa tem como elemento essencial o voto popular e como protagonistas institucionais o Congresso e o Presidente, eleitos por sufrágio universal. A democracia constitucional tem como componente nuclear o respeito aos direitos fundamentais, que devem ser garantidos inclusive contra a vontade eventual das maiorias políticas. O árbitro final das tensões entre vontade da maioria e direitos fundamentais e, portanto, protagonista institucional desta dimensão da democracia, é a Suprema Corte. Por fim, a democracia deliberativa tem como seu componente essencial o oferecimento de razões, a discussão de ideias, a troca de argumentos. A democracia já não se limita ao momento do voto periódico, mas é feita de um debate público contínuo que deve acompanhar as decisões políticas relevantes. O protagonista da democracia deliberativa é a sociedade civil, em suas diferentes instâncias, que incluem o movimento social, imprensa, universidades, sindicatos, associações e cidadãos comuns. Embora o oferecimento de razões também possa ser associado aos Poderes Legislativo e Executivo, o fato é que eles são, essencialmente, o locus da vontade, da decisão política. No universo do oferecimento de razões, merecem destaque os órgãos do Poder Judiciário: a motivação e a argumentação constituem matéria prima da sua atuação e fatores de legitimação das decisões judiciais. Por isso, não deve causar estranheza que a Suprema Corte, por exceção e nunca como regra geral, funcione como intérprete do sentimento social. Em suma: o voto, embora imprescindível, não é a fonte exclusiva da democracia e, em certos casos, pode não ser suficiente para concretizá-la.⁹⁴

Como constata Silveira, o Brasil adotou com a Constituição Federal de 1988 um sistema misto de controle de constitucionalidade, combinando o sistema difuso de controle, de origem americana, e o sistema concentrado de controle, de origem europeia. O que percebesse, é que o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário no Brasil, por escolha do legislador constituinte, é munido de diversos mecanismo para se concretizar, uma vez que é resultado de uma combinação de outros, evidentemente isto acaba fortalecendo e ampliando as possibilidades de exercer o controle de constitucionalidade, em especial, se destaca o Supremo Tribunal Federal, que tem como atributo a capacidade de dar a última palavra para as discussões

⁹⁴ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 27 set. 2023.

encontradas no seio da sociedade que cedo ou tarde buscam a tutela judicial para ver resolvido o embaraço.

[...] a adoção do Constituinte de 88 por um sistema misto de controle de constitucionalidade tem o condão de moldar o perfil de atuação da Corte nos processos em que desempenha seu papel. Isso porque, como é cediço, historicamente se constituíram dois tipos ideais, ditos “puros”, de controle de constitucionalidade judicial: (a) o modelo difuso, normalmente invocado pela teoria constitucional como “modelo americano”, no qual qualquer tribunal pode-se pronunciar no caso concreto sobre a constitucionalidade das leis, exercendo o judicial review, cuja decisão tem normalmente efeito somente entre as partes processuais. Possui seu ancestral mais remoto no caso célebre debatido pela Suprema Corte americana, em 1803, denominado de *Marbury vs. Madison*, constituindo-se uma ruptura com o padrão de constitucionalismo herdado dos ingleses fulcrado na soberania do Parlamento; (b) modelo concentrado, conhecido também como modelo europeu, em que se engendram tribunais específicos para a análise da lei em abstrato acerca de sua constitucionalidade, cujos efeitos da decisão envolvem a suspensão da eficácia da lei, afetando a todos os indivíduos encontrados naquela situação jurídica, ainda que não tenham participado do processo judicial. Tem sua fonte mais embrionária nas formulações de Hans Kelsen (2003), por muitos denominado de “modelo austríaco” devido a tal gênese, com especial aplicação na Constituição austríaca no início do século passado. O Brasil adotou os dois modelos, em uma simbiose cuja última palavra encontra o STF, como último repouso das ações ajuizadas até que se tenha sua voz final.⁹⁵

Citando Guastini, Oliveira Ávila traz o ensinamento entorno do ativismo judicial motivado pela congruência entre direito e a consciência social, pois o ativismo judicial mostrasse em decisões que buscam sintonia com a sociedade, aproximando o direito e os valores sociais; faz menção a corrente filosófica utilitarista, no sentido de que o judiciário deve promover o bem-estar social; também menciona o dever constitucional do judiciário em proteger os direitos fundamentais, incluindo das minorias, mesmo quando em conflito com decisões majoritárias; e por fim sugere que o ativismo judicial também pode surgir na interpretação de valores imprecisos, pouco delimitados.

Na apertada síntese de Guastini, o ativismo judicial: se inspira, seja no valor da congruência entre o Direito e a ‘consciência social’; seja em uma meta-ética utilitarista (a tarefa dos juízes é favorecer a melhor distribuição dos recursos); seja no dever constitucional dos juízes de proteger os direitos dos cidadãos (assim como os direitos das minorias) contra as majorias políticas; seja em outros valores difíceis de identificar.⁹⁶

⁹⁵ SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Grupo GEN, 2013. E-book. ISBN 9788522485451. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522485451/>. Acesso em: 29 set. 2023.

⁹⁶ GUASTINI *apud* OLIVEIRA ÁVILA, A. P. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS PELO STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 2, p. 595–627, 2015. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7884>. Acesso em: 30 set. 2023.

Prazak; Soares; e Aires pontuam que esta abordagem ampla da jurisdição constitucional no Brasil está alinhada ao cerne do ordenamento jurídico brasileiro, pois tratasse de uma compreensão intimamente ligada ao neoconstitucionalismo, o qual já foi objeto de estudo nesta monografia, e como já dito, a Constituição Federal de 1988 foi diretamente influenciada por este movimento.

Não há dúvida de que essa percepção mais ampla e sistêmica da expressão jurisdição constitucional é a mais acertada e coadunada com o núcleo do ordenamento jurídico brasileiro. É possível afirmar que esse entendimento mais abrangente tem relação direta com o advento do neoconstitucionalismo, o qual ganhou força na Europa ocidental no pós Segunda Guerra Mundial. No Brasil, o surgimento teve influência direta dos ditames da Constituição Federal de 1988.⁹⁷

Segundo os autores, neste contexto neoconstitucional, há uma fortificação do interpretativismo, pois há a inclusão abundante de princípios e valores nas constituições, e portanto recaem sobre os julgamentos disposições carregadas de conotações morais, e por consequência a moral marca presença na solução buscada pelo juiz.

Na realidade neoconstitucionalista, há um estímulo à interpretação, justamente em função da inclusão massiva de princípios e valores nas constituições. Os juízos se expandem, concedendo lastro aos profissionais do direito, especialmente magistrados, os quais se deparam com preceitos impregnados de conteúdo moral. Diante disso, no momento de julgar, buscam a solução mais adequada, muitas vezes usando até mais da moral do que do direito propriamente dito.⁹⁸

Desta maneira pontuam os autores, que é recorrente a exposição dos juízes a questões morais, políticas e sociais, o que torna o judiciário sujeito a muitas críticas, como a de intrusão na competência típica de outra função do Poder, ou a de que o papel dos juízes seria guardar pelo respeito ao Princípio da Legalidade, devendo observar meramente a letra da lei, e volta ao campo de discussão a questão de poder contramajoritário do judiciário já discutida nesta monografia, pois como argumentado por seus adeptos, juízes não foram eleitos pelo voto popular e portanto não deveriam ter o poder de anular ou modificar decisões tomadas pelo legislativo ou executivo. As críticas a ampla atuação do judiciário, além do popular termo “ativismo judicial”, outro termo é a “judicialização da política” alcunhado ao judiciário quando

⁹⁷ PRAZAK, M. A.; SOARES, M. N.; AIRES, R. D. A. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. **Direito em Movimento**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 199–223, 2020. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/292>. Acesso em: 30 set. 2023.

⁹⁸ PRAZAK, M. A.; SOARES, M. N.; AIRES, R. D. A. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. **Direito em Movimento**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 199–223, 2020. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/292>. Acesso em: 30 set. 2023.

este traz para si o protagonismo na concretização dos direitos fundamentais, especialmente em face da inércia das demais funções do Poder.

Sendo assim, a exposição dos juízes a questões morais, políticas e sociais é frequente. Nesse cenário, o Poder Judiciário está sujeito a todo tipo de crítica. Por exemplo, alguns entendem que determinadas decisões judiciais acabam caracterizando usurpação da atividade-fim de outro Poder. Outra crítica enfrentada é no sentido de que o papel de protetor da legalidade do juiz às vezes extrapola o razoável. Quem defende essa ideia, dentre outras coisas, justifica que o magistrado não foi eleito pelo voto popular e, por conta disso, a sua decisão não poderia modificar ou anular determinada decisão do Executivo ou do Legislativo. Tais críticas já ganharam nome e conceitos, conhecidos como judicialização da política e ativismo judicial. A judicialização está relacionada com a função política que assumiu o Judiciário, de acordo com o seu papel fomentador da efetivação dos direitos fundamentais. Principalmente quando engaja o protagonismo diante da inércia dos demais Poderes.⁹⁹

Os autores ressaltam que a judicialização da política surge em demandas sociais não resolvidas pelo legislativo ou executivo, e que acabam buscando no judiciário uma solução, neste contexto, o judiciário em busca da concretização dos direitos fundamentais, naturalmente decide em torno da matéria demandada, pois é uma dinâmica fruto da própria Constituição Federal de 1988.

Esse fenômeno tem a ver com o protagonismo assumido pela jurisdição quando surgem demandas sociais de cunho político não solucionadas pelos poderes Legislativo e Executivo, deixando a cargo da jurisdição constitucional resolver.

É justamente essa dinâmica de transferência de atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, em situações que urge a concretização de direitos fundamentais, que se denomina de judicialização da política.

Notadamente, a referida dinâmica é fruto da construção histórica da nossa Constituição Federal de 1988, a qual remonta à transição de um regime ditatorial para um regime democrático.¹⁰⁰

Segundo Streck, citado pelos autores, na construção constitucional das constituições pós-modernas é positivado em seu texto os direitos fundamentais como fruto das políticas do estado do bem-estar, estes fatores são responsáveis por uma nova ordem onde o judiciário passa ser parte do cenário político, visto que, após ver a legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria popular, o constitucionalismo moderno confiou a justiça constitucional a

⁹⁹ PRAZAK, M. A.; SOARES, M. N.; AIRES, R. D. A. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. **Direito em Movimento**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 199–223, 2020. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/292>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹⁰⁰ PRAZAK, M. A.; SOARES, M. N.; AIRES, R. D. A. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. **Direito em Movimento**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 199–223, 2020. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/292>. Acesso em: 30 set. 2023.

guarda da vontade geral pautada nos direitos fundamentais positivados. Assim, havendo o ampliamiento do acesso a justiça para garantir a guarda de direitos constitucionais, a tensão movesse dos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais.

A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem a lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais ad hoc) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.¹⁰¹

Valendo-se do pensamento do ensinamento do Streck para concluir seu raciocínio, os autores afirmam que não entendem o ativismo judicial, ou a judicialização da política, propriamente ditos, prejudiciais a democracia, pois são naturais do momento histórico onde as constituições atingem seu ápice no ordenamento jurídico, onde emergem também o judiciário enquanto mensageiro da constituição.

De acordo com a exposição do referido doutrinador, verifica-se que esse contexto histórico deu vazão ao surgimento do ativismo judicial e da judicialização da política, pois tanto um quanto o outro se coadunam com essa perspectiva de estabilização do Estado Democrático de Direito.

Feito esses apontamentos, entendo caber mais uma pergunta. Poderia ser dito que o ativismo judicial e a judicialização da política são prejudiciais à democracia? Creio que não; a ocorrência de ambos os fenômenos não pode ser considerada por si só prejudicial.

Eles são corolários de um momento histórico em que as Constituições se tornaram o norte do ordenamento jurídico, bem como se devem ao protagonismo assumido pelos Tribunais Constitucionais nesse contexto de afirmação das Constituições.

Diante disso, devemos entendê-los com naturalidade nesse novo cenário, que na Europa ocidental teve início no pós Segunda Guerra, enquanto que no Brasil, deu-se no período de redemocratização, pós Constituição Federal de 1988.¹⁰²

¹⁰¹ STRECK *apud* PRAZAK, M. A.; SOARES, M. N.; AIRES, R. D. A. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. **Direito em Movimento**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 199–223, 2020. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/292>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹⁰² PRAZAK, M. A.; SOARES, M. N.; AIRES, R. D. A. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. **Direito em**

Portanto, fica o entendimento de que o protagonismo judicial se deve pela própria natureza das constituições democráticas pós segunda guerra, não podendo ser encarado como um movimento estranho ao sistema.

4.1 STF e seu amplo controle de constitucionalidade

Segundo Mendes, o constituinte de 1988 ao escolher combinar os dois sistemas de controle de constitucionalidade ampliou o alcance do sistema de controle concentrado, este que é exercido originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, e a partir disto foi possível colocar no ordenamento jurídico brasileiro um modelo processual de controle mais célere do que o anterior à Constituição.

A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.¹⁰³

Segundo o autor, consagrou-se no Brasil os seguintes mecanismos de controle de constitucionalidade: a) a ação direta de inconstitucionalidade; b) a ação declaratória de constitucionalidade; c) a representação interventiva; e d) a ação direta por omissão; além claro, da novidade de outros institutos como mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção.

Assim, ao lado do amplo sistema difuso, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei *in concreto* (CF/88, arts. 97, 102, III, *a a d*, e 105, II, *a e b*) e dos novos institutos do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção, do habeas data e da ação civil pública, consagra-se, no sistema constitucional brasileiro: a) a ação direta de inconstitucionalidade do direito federal e do direito estadual em face da Constituição, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição; b) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição; c) a representação interventiva, formulada pelo Procurador-Geral da República, contra ato estadual considerado afrontoso aos chamados princípios sensíveis ou, ainda, para assegurar a execução de lei

Movimento, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 199–223, 2020. Disponível em:

<https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/292>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹⁰³ MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** - Estudos de Direito Constitucional, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502134249. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502134249/>. Acesso em: 30 set. 2023.

federal; d) a ação direta por omissão, mediante provocação dos entes e órgãos referidos no art. 103 da Constituição.¹⁰⁴

Como já demonstrado, no Brasil o controle de constitucionalidade é amplo, não apenas por conta da ativa atuação judicial em matéria de constitucionalização da política, mas por conta da quantidade de mecanismos reconhecidos e inseridos no texto constitucional pelo legislador constituinte, ao prever um amplo controle de constitucionalidade o ordenamento jurídico brasileiro aponta para uma fiel intenção de proteção dos direitos fundamentais, visto que o controle de constitucionalidade está essencialmente ligado à proteção dos direitos fundamentais; neste sentido Moraes afirma que a Constituição Federal de 1988, uma constituição rígida e hierarquicamente superior, pauta a atuação da atividade legiferante do Poder Legislativo, o qual tem o dever de sempre observá-la, e caso não o faça, Poder Judiciário fara em sede de controle de constitucionalidade.

A ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo.¹⁰⁵

Como ensina o doutrinador, na modalidade de controle difuso de constitucionalidade, também chamado via de exceção, que pode ser realizado em qualquer âmbito do Poder Judiciário, a manifestação do judiciário, reconhecendo ser a lei ou ato contrário ou não a constituição, não se refere ao mérito da questão em litígio, mas meramente em torno da lei ou do ato discutido, trata-se de uma análise preliminar de constitucionalidade. Como resultado, o sujeito que provoca em juízo pode ter uma declaração de inconstitucionalidade, ficando isento, no caso em concreto, de cumprir tal lei ou ato inconstitucional, ou seja, a decisão aplica-se apenas e especificamente ao caso concreto discutido, não havendo invalidação da lei ou ato em geral, portanto, continuam válidos para terceiros que não estejam envolvidos no processo em questão.

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** - Estudos de Direito Constitucional, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502134249. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502134249/>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 30 set. 2023.

é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.¹⁰⁶

O autor cita Cappelletti que ressalta que os efeitos gerados pela declaração de inconstitucionalidade no controle difuso de constitucionalidade ficam limitados ao caso concreto em questão, não produzindo efeitos para todos, efeitos gerais ou como chama o autor, efeitos erga omnes.

Cappelletti resume o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países da common law, denominando-os de descentralizado ou difuso, confiado a todos os tribunais do país. Estes tribunais, em qualquer processo, têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos erga omnes, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional.¹⁰⁷

Já citando Kelsen, Moraes esclarece sobre a modalidade de controle concentrado de constitucionalidade, pois Kelsen criador do controle concentrado, argumenta que se a constituição permitisse que qualquer pessoa ou órgão decidisse no que tange a constitucionalidade das leis, haveria divergências judiciais, o que acabaria dificultando a permanência das leis no ordenamento jurídico, portanto a fim de evitar tal situação, deve um único órgão do judiciário centralizar este poder, e este tribunal poderá reconhecer a validade da lei ou não, determinando a anulação de sua validade, com efeitos erga omnes, ou seja, com efeitos que extrapolam o caso concreto, vinculando todos a declaração proferida pelo tribunal.

Hans Kelsen, criador do controle concentrado de constitucionalidade, justificou a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade salientando que:

“se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico”, para, posteriormente, concluir que:

“se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse

¹⁰⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹⁰⁷ CAPPELLETTI *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 30 set. 2023.

momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito”.¹⁰⁸

Moraes define os objetivos pretendidos com o controle concentrado de constitucionalidade, pois diz ser a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato objeto principal da lide, diferente do que ocorre no controle difuso de constitucionalidade, a fim de combater a insegurança jurídica no ordenamento jurídico que uma lei inconstitucional é válida. Também traz as espécies de controle concentrado previstas na constituição:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias, diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do judicial review do sistema norte-americano.

São várias as espécies de controle concentrado contempladas pela Constituição Federal:

- a. ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a);
- b. ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III);
- c. ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º);
- d. ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, in fine; EC nº 03/93);
- e. arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).¹⁰⁹

O Supremo Tribunal Federal, órgão detentor do controle mais expressivo de constitucionalidade, o controle concentrado, com efeito erga omnes e efeito vinculante, segundo Oliveira Ávila, pode utilizar desse mecanismo para: a) negar validade a normas aprovadas pelo Legislativo; b) garantir a continuidade e eficácia de norma posta em questionamento em instâncias inferiores do Judiciário; c) promover interpretação criativa para assegurar a validade de uma norma que em sua literalidade pareça incompatível com o ordenamento jurídico; e d) ou até mesmo reinterpretá-la de maneira diversa, dando a seu sentido literal uma nova roupagem, para garantir que continue vigente.

O Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade, pode, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, por meio de diferentes técnicas de decisão, (a) implicar a negação de validade a normas preestabelecidas pelo Legislativo, (b) garantir a validade e a aplicação incondicionada das normas cuja validade é posta em dúvida nos juízos inferiores, (c) preservar as normas com uma interpretação diversa daquela

¹⁰⁸ KELSEN *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 30 set. 2023.

imediatamente atribuível ao texto e, (d) não raras vezes, tais técnicas acabam inclusive alterando o significado literal daquilo que está escrito no texto legislativo, permitindo que a norma se mantenha vigente desde que com o novo significado dado pelo Tribunal.¹¹⁰

A autora pontua que o Tribunal em questão é capaz de inovar no ordenamento jurídico, dado a extremidade do caso, pois para garantir a concretização direitos fundamentais, muitas vezes de grupos minoritários, mesmo que isso signifique invadir a competência de criação legislativa do Legislativo.

Além disso, em casos extremos, o Tribunal, lançando mão dessas técnicas, termina por implementar verdadeiras inovações na ordem jurídica (decisões aditivas), prática que, se por um lado, poderia restringir algumas normas que suportam o Estado de Direito (como por exemplo a democracia e a legalidade), por outro, pode garantir e efetivar outras normas constitucionais, notadamente as que preveem direitos fundamentais, muitas vezes para assegurar que grupos minoritários tenham seus direitos à igual e efetiva proteção por parte do Estado.¹¹¹

A autora ressalta que a questão tem maior relevância se a situação envolver omissão legislativa, onde conseqüentemente a falta de regulamentação pelo Legislativo acaba lesionando direitos fundamentais. Segundo ela, o Supremo Tribunal Federal mudou sua posição em matéria legislativa para suprir omissões por meio de decisões criacionistas, típicas de uma postura ativista.

A questão adquire maior relevo em face das omissões legislativas, sobretudo naqueles casos em que se verifica a lesão a direitos por conta da falta de regulamentação, pelo Legislativo, de matérias que dizem respeito a direitos individuais fundamentais. O STF, que tradicionalmente se apoiava na teoria do legislador negativo, vem empregando as técnicas alternativas de modo a suprir algumas omissões por meio de decisões aditivas e, com isso, expressando a postura ativista de inovar na ordem jurídica. Cumpre, assim, aquilatar os limites envolvidos na intervenção judicial que faça sanar a lesão a tais direitos, quando o suprimento da omissão dá-se pelo exercício de competência atribuída ao Legislativo.¹¹²

Ao citar o julgamento da ADPF 132, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva, a autora aduz que tratava-se de uma matéria que necessitava em tese

¹¹⁰ OLIVEIRA ÁVILA, A. P. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS PELO STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 2, p. 595–627, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n2.p595-627. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7884>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹¹¹ OLIVEIRA ÁVILA, A. P. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS PELO STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 2, p. 595–627, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n2.p595-627. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7884>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹¹² OLIVEIRA ÁVILA, A. P. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS PELO STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 2, p. 595–627, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n2.p595-627. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7884>. Acesso em: 30 set. 2023.

da manifestação Legislativa, no entanto esta não ocorreu, e valendo-se de valores constitucionalmente previstos que objetivam promover a dignidade pessoal, a corte supriu a omissão legislativa, pois é sabido que no Brasil a agenda do Legislativo não está comprometida com as demandas das minorias sociais, mesmo sabendo que os valores sociais do qual o Tribunal se utilizou são aplicados também ao Legislativo, este último não moveu-se para vê-los concretizados.

Em suma, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo concitaria a manifestação do legislador, não podendo o Judiciário se impor ao espaço público e impedir a tomada de decisões pela via democrática.

É muito difícil discordar desses argumentos quando se pensa nas estruturas formais do Estado de Direito, que repousam, como dito no início deste ensaio, nos pilares da separação de poderes, da democracia e da legalidade. Há, no entanto, fundamentos materiais para o Estado de Direito, que estão enunciados já no Título I da Constituição Federal e denotam um Estado comprometido com a existência digna e a realização pessoal do indivíduo. Esse comprometimento toca, por certo, a todos os poderes da República, de modo que cumpre verificar qual a postura que se pode esperar do Judiciário quando constata a omissão legislativa no que diz respeito à realização de direitos fundamentais de que são detentoras as minorias sociais. Como se sabe, a agenda legislativa nem sempre coincide com a agenda de necessidades sociais, muito menos com aquela dos grupos minoritários em situação de desigualdade e vulnerabilidade.¹¹³

Para a autora, até mesmo alguns dos críticos do ativismo judicial reconhecem que a volatilidade da sociedade, em sede de garantia da igualdade, permite ao interprete constitucional ser criacionista em suas decisões, pois o legislativo falha em sua atividade legiferante, e por consequência deixa de concretizar o valor constitucional em questão para uma parcela da sociedade.

Mesmo alguns críticos tradicionais do neoconstitucionalismo (e, por consequência, do ativismo judicial) reconhecem que a exigência de igualdade permite ao intérprete da Constituição criar uma grande quantidade de normas igualadoras e diferenciadoras, seja porque o legislador regulou apenas uma categoria de casos, omitindo-se quanto aos demais, seja porque regulou a todos genericamente, quando deveria ter feito distinções necessárias.¹¹⁴

¹¹³ OLIVEIRA ÁVILA, A. P. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS PELO STF. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 20, n. 2, p. 595–627, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n2.p595-627. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7884>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹¹⁴ OLIVEIRA ÁVILA, A. P. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS PELO STF. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 20, n. 2, p. 595–627, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n2.p595-627. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7884>. Acesso em: 30 set. 2023.

A autora cita Guastini que por sua vez ensina que quanto maior for o grau de desigualdade, maior deverá a atuação para corrigi-la, pois só haverá ativismo judicial prejudicial ao sistema se a decisão judicial comprometer a igualdade geral das regras e sua aplicação consistente, já uma interpretação meramente extensiva não pode ser vista por essa lente.

Quanto maior for o grau de desigualdade, tanto maior deverá ser o âmbito material de atuação no sentido de corrigi-la ou de verificar os pressupostos para uma diferenciação válida. Só haverá ativismo judicial se o exercício da função judicial comprometer a igualdade geral das regras e a sua uniforme aplicação. [...] Não se pode qualificar *tout court* a atividade judicial como ativista pelo simples fato de ser extensa.¹¹⁵

A autora afirma que suprir as omissões legislativas em matéria de direitos fundamentais, regulamentando questões sociais urgentes é a realização efetiva do Estado de Direito. Segundo ela a intervenção judicial nas outras funções do Poder deve ser vista sob uma outra perspectiva quando envolver de direitos fundamentais lesados pela atuação ou omissão estatal, não devem ser interpretados como invasão de competência, mas sim como uma intervenção constitucionalmente legítima por disposição expressa no texto constitucional.

Trata-se, sim, da realização efetiva do fundamento material do Estado de Direito, que é a proteção do indivíduo e de sua dignidade em face das omissões do Poder Legislativo em regulamentar questões sociais relevantes e urgentes – malgrado já se tenham passado 25 anos desde a promulgação da Constituição. Penso, assim, que toda a discussão sobre a interferência entre os Poderes deve ser redirecionada quando estiverem em jogo direitos fundamentais lesados pela ação ou omissão estatais. Isso porque a lesão a direitos reclama a intervenção judicial por disposição constitucional expressa, o que exclui uma manifestação pura e simples de ativismo judicial para manifestar o exercício de uma competência constitucionalmente atribuída aos órgãos judiciários.¹¹⁶

Prazak; Soares; e Aires, citam Abboud que define amplamente as funções da jurisdição constitucional, jurisdição do Supremo Tribunal Federal órgão de poder máximo. A autor aponta como função 1) limitar o poder público; 2) garantir a promoção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, bem como aqueles previstos em tratados internacionais, e ainda garantir a proteção das minorias em face da maioria política, ou seja, da tirania da maioria; c) havendo erros ou omissões por parte do Legislativo, a jurisdição

¹¹⁵ GUASTINI *apud* OLIVEIRA ÁVILA, A. P. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS PELO STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 2, p. 595–627, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n2.p595-627. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7884>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹¹⁶ OLIVEIRA ÁVILA, A. P. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS PELO STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 2, p. 595–627, 2015. DOI: 10.14210/nej.v20n2.p595-627. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7884>. Acesso em: 30 set. 2023.

constitucional deve atuar na correção destas falhas, garantindo a conformidade da lei com a Constituição; e d) a jurisdição constitucional deve garantir a manutenção da coerência no ordenamento jurídico, preservando a integridade e aplicação consistente da Constituição como lei fundamental.

Georges Abboud define a jurisdição constitucional em quatro funções primordiais: 1) limitar o Poder Público; 2) garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais; 3) corrigir equívocos e omissões do Poder Legislativo; e 4) conferir, em termos dogmáticos, coerência e garantir a preservação da própria autonomia do Direito, em específico a própria Constituição.¹¹⁷

Leal cita Scaff, este ensina que qualquer ato ou norma do legislativo ou do executivo, que desrespeitar valores constitucionais, em especial os princípios fundamentais da Constituição, deve ser objeto de controle de constitucionalidade e consequentemente considerado inconstitucional, a fim de garantir a conformidade das leis com o texto constitucional e a prevalência da Constituição Federal de 1988, pois seus valores são imperativos.

Qualquer ato ou norma que venha a infringir os princípios fundamentais da Constituição Federal, como os que estabelecem os objetivos fundamentais à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional erradicando a pobreza e a marginalização e reduza as desigualdades sociais e regionais, deve ser considerado inconstitucional, através de controle difuso ou concentrado, por magistrado de qualquer instância, a fim de permitir que a Constituição prevaleça, e que a vontade do povo ao instituir aquele documento não seja posta de lado.¹¹⁸

Barroso conclui jurisdição constitucional na atualidade assume em algum grau, um papel sim ativista, dado sua ampla possibilidade de aplicação na vida, pois mostra-se legítima e necessária em processos de transformação em matéria de questões sociais, morais e políticas. Contudo, o autor sinaliza que não se pode esquecer dos papéis institucionais de cada órgão do Poder, pois sua legitimidade democrática de atuação não pode transbordar sua capacidade institucional fragilizando a democracia. A postura ativa do judiciário deve se ater a demandas que envolvam direitos fundamentais e procedimentos democráticos, nos demais assuntos, a vontade e a discricionariedade do Legislativo e do Executivo devem ser respeitadas pelos

¹¹⁷ ABOUD *apud* PRAZAK, M. A.; SOARES, M. N.; AIRES, R. D. A. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. **Direito em Movimento**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 199–223, 2020. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/292>. Acesso em: 30 set. 2023.

¹¹⁸ LEAL, Mônia Clarissa H. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Editora Manole, 2003. E-book. ISBN 9788520449752. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449752/>. Acesso em: 01 out. 2023.

órgãos jurisdicionais. Além disso, a jurisdição constitucional deve observar a voz popular, a sociedade. O constitucionalismo democrático equilibrasse entre a autoridade e supremacia do texto constitucional, e a já falada, vontade popular.

Um dos traços mais marcantes do Estado constitucional contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Embora o Direito deva ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política, é inevitável reconhecer que essa autonomia será sempre relativa. O constitucionalismo democrático move-se entre dois polos: a razão pública, da qual a jurisdição constitucional deve ser intérprete, e a vontade política, exercida pelos que têm o batismo da representação popular.¹¹⁹

Fazendo o paralelo entre protagonismo judicial e direitos fundamentais, os autores Bastos; Merlin; Cichovski, argumentam em favor do amplo controle da função judiciária do Poder, pois a positivação dos direitos fundamentais e sociais, em decorrência do neoconstitucionalismo, simboliza a superação de anos de descaso com o povo. Segundo eles, a interpretação jurisdicional dos princípios constitucionais coopera na concretização dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo brasileiro positivou direitos fundamentais e sociais no texto da Constituição brasileira, restaurando o equilíbrio político-jurídico junto à sociedade em decorrência dos anos de descaso com o povo. A nova interpretação constitucional permite que questões legais e constitucionais sejam submetidas ao amplo controle do Poder Judiciário, assegurando a inafastabilidade da jurisdição e, também, promovendo a harmonia entre os poderes constitucionais.

A força normativa dos princípios tem, portanto, demonstrado como as questões jurídicas postas à análise do Poder Judiciário alcançam os desdobramentos hermenêuticos esperados para concretizar os direitos fundamentais.¹²⁰

¹¹⁹ BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos Fundamentais. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 01 out. 2023.

¹²⁰ BASTOS, Elisio Augusto V.; MERLIN, Lise T.; CICHOVSKI, Patricia B. **Constitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 978-85-309-5754-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5754-4/>. Acesso em: 08 out. 2023.

Ainda segundo os autores, superando assim, a doutrina clássica da separação dos poderes, dando a função judiciária do Poder força interpretativa da Constituição Federal de 1988 o suficiente para tornar-se protagonista na análise da realidade nacional, reconhecendo a judicialização da política como legítima.

A judicialização (constitucional e política) transpôs a simplicidade do Judiciário clássico de Montesquieu, centralizando no juiz como protagonista da realidade nacional a análise do caso concreto pela normatividade dos princípios e, conseqüentemente, a adjudicação das políticas públicas ou direitos sociais pela ascensão do Poder Judiciário como espaço de deliberação pública.¹²¹

Os autores concluem, que democratizado o acesso a função judiciária do Poder, este que não conta com a representação popular na concepção clássica de democracia, passa atender as demandas do povo, concretizando seus direitos, e assim tornando legítima sua atuação. Pois havendo concretamente a ineficiência ou omissão das funções majoritárias do Poder, legitima-se o protagonismo judicial.

Desse modo, a Constituição democratizou o acesso ao Poder Judiciário, que sem representação popular, na concepção clássica de democracia, atende as demandas substanciais do cidadão comum, concretizando os direitos e legitimando a atuação do juiz na realização da cidadania.

Ao assumir o posto de intérprete da vontade popular, o protagonismo judicial legitima-se na representatividade democrática, que, naturalmente, estaria na esfera de poder das instâncias majoritárias. A mudança de paradigma ocorre no momento em que há concretamente a ineficiência ou omissão dos mecanismos de representação política.¹²²

No mesmo sentido Abboud, sobre o Supremo Tribunal Federal, argumenta que não deve fazer parte da agenda da Suprema Corte agradar a opinião pública, justamente por seus ministros não dependerem da vontade popular para chegarem ao seu posto. A postura da corte deve buscar o respeito aos valores constitucionais, não agradar com seus votos. Esta postura faz-se determinantemente necessária em casos onde sua decisão precisa ser contramajoritária, em respeito ao texto constitucional.

Vale dizer, o STF e seus Ministros não precisam buscar construir uma imagem simpática perante a opinião pública, daí que o Supremo não precisa se sentir inferiorizado porque não possui a legitimidade do sufrágio universal que os outros dois Poderes. Assim, o STF não pode pretender ser o Don Juan e por consequência conseguir se sair bem em todas, por consequência, a preocupação dos Ministros precisa ser mais com a consistência do que com a

¹²¹ BASTOS, Elisio Augusto V.; MERLIN, Lise T.; CICHOSKI, Patricia B. **Constitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 978-85-309-5754-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5754-4/>. Acesso em: 08 out. 2023.

¹²² BASTOS, Elisio Augusto V.; MERLIN, Lise T.; CICHOSKI, Patricia B. **Constitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 978-85-309-5754-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5754-4/>. Acesso em: 08 out. 2023.

retórica de seus votos. Em outros termos, o STF não precisa conquistar e agradar a sociedade, muito pelo contrário, em alguns casos, faz-se necessário que os 11 Ministros tenham a coragem e a independência de proferir julgamento que contrarie a maior parte da população, se isso for necessário para assegurar a preservação do pacto constitucional. Desse modo, uma atuação imparcial e independente do STF impede que ele viva em constante lua de mel com a opinião pública e a maioria da população.¹²³

Portanto dá-se ao Supremo Tribunal Federal a característica digna de uma instituição política, pois ele reveste-se da importante função de dizer a lei à luz da Constituição Federal de 1988, e não poderia ser diferente, uma vez que, como já pontuado anteriormente no presente trabalho, o texto constitucional é revolucionário em matéria de direitos fundamentais.

4.2 Desafios contemporâneos aos objetivos fundamentais da República do Brasil

Como já sabido o texto constitucional brasileiro vincula todos na missão de seu fiel cumprimento; o artigo terceiro da Constituição da República Federativa do Brasil traz valores indispensáveis ao desenvolvimento social da nação, estes que, em tese, deveriam ser concretizados, mas encontram muitos desafios em sua concretização.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - garantir o desenvolvimento nacional;
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹²⁴

Segundo Salim e Silva, os desafios se mostram na crise da democracia representativa, onde os eleitores estão desacreditados de seus representantes democraticamente eleitos, distanciando a sociedade civil das instituições responsáveis por fazer cumprir o texto constitucional, restando a sensação de que foram abandonados pela classe política, visto a ineficiência das funções do Poder nas ações relacionadas aos cidadãos.

Uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo Direito nas sociedades modernas está relacionada à falta de efetividade de seu processo de tomada de decisões, consequência de uma nefasta crise de legalidade. A inflação legislativa aliada à inefetividade da lei contribuem para o agravamento da descrença generalizada nos poderes constituídos, sobretudo no Executivo

¹²³ ABOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 921, p. 191-214, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/download/43177697/artigo_-_STF_vs_Vontade_da_Maioria_-_GA_v._digital.pdf. Acesso em: 08 out. 2023.

¹²⁴ BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

e no Legislativo, baseada na percepção de ausência de legitimidade das ações do Estado em relação aos cidadãos.¹²⁵

Como já pontuado neste trabalho, e agora reafirmado nas palavras de Salim e Silva, assim surge o protagonismo judicial nas questões políticas, sociais e morais, em especial no Supremo Tribunal Federal.

Neste contexto, exsurge um protagonismo judiciário nas discussões políticas, sociais ou morais de assuntos controvertidos, com a transferência do poder de deliberação do campo da política majoritária, cujos atores são democraticamente eleitos, para os juízes. É deste modo que inúmeras questões de primordial importância para a concreção de direitos humanos vêm sendo decididas no âmbito de nossos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal (STF), em vez das instâncias políticas adequadas, como o Parlamento e o Governo.¹²⁶

Carvalho traz outro problema da democracia brasileira, pois segundo a autora, apesar de o Brasil contar com um sistema de democracia representativa e participativa, na atual conjuntura do país percebe-se que a democracia não é para todos do povo. Nas palavras da autora, mulheres negras e pobres não têm lugar definido no espaço público, pois lhe faltam voz e influência, e assim não se consegue conquistar atenção nas decisões políticas do governo, pois desde sua concepção, a democracia é instrumentalizada por homens brancos, e assim, tudo de que dela decorre, serve aos interesses deste grupo.

Apesar do Estado Brasileiro apresentar na Constituição Federal de 1988 um sistema de democracia representativa e participativa, com instrumentos específicos para o exercício pleno de uma cidadania ativa, percebe-se que esse exercício efetivo da democracia não é para todos do povo, mas apenas para indivíduos selecionados pelo sistema. Nota-se que para as mulheres negras e pobres não existe lugar definido no espaço público, não existe voz e muito menos o poder de influenciar efetivamente nas decisões políticas específicas e gerais do governo. A democracia, desde sua origem, é fundada por homens brancos e destaca-se que todo o arcabouço normativo, as leis, as políticas públicas e as decisões políticas fundamentais são concebidas, em regra, considerando o gênero masculino e as necessidades dos homens.¹²⁷

Moreira e Santana demonstram como a volta da extrema direita ao cenário político reforça o silenciamento de grupos historicamente marginalizados, e assim põem-se em perigo

¹²⁵ SALIM, J. M.; SILVA, J. B. PROTAGONISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, [S. l.], n. 3, p. 380–387, 2016. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/553>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹²⁶ SALIM, J. M.; SILVA, J. B. PROTAGONISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, [S. l.], n. 3, p. 380–387, 2016. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/553>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹²⁷ CARVALHO, Marcela Almeida Nogueira. DEMOCRACIA SELETIVA E CRISE DE REPRESENTATIVIDADE. *Revista Academia.edu*. Disponível em: https://www.academia.edu/download/65074170/ENSAIO_DEMOCRACIA_SELETIVA_E_CRISE_DE_REPRESENTATIVIDADE_MARCELA_ALMEIDA_NOGUEIRA_CARVALHO_versao_final.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

o progresso alcançado na inclusão dos mesmos. Segundo os autores, tudo ruiu quando normalizou-se o preconceito no discurso político, conseqüentemente, é certo a luta pelo reconhecimento e garantia de direitos fundamentais ficou prejudicada.

O surgimento da remodelada (ou nem tanto) extrema direita pelo mundo, caracterizada por discursos tônicos, proliferação de fake news, reforço da subalternização de grupos historicamente mantidos à margem e que começavam a ganhar ligeiro espaço social em um contexto em que se passava a discutir mais frontalmente a efetiva inclusão.

Tudo ruiu com a não aceitação do outro, legitimada por discursos sociais e políticos. Não apenas passamos a assistir à emergência de vozes políticas intolerantes e preconceituosas, como tal fenômeno se escancarou ao nosso lado, personificado e figurativizado em atores sociais que integram e compõem nossa [co]existência afetiva no mundo: parentes, amigos, vizinhos.¹²⁸

Giroux e Figueiredo analisam o contexto econômico neoliberal e a formação política e a educação crítica, e discorrem que estão em jogo as instituições democráticas e também valores humanos, segundo os autores o capitalismo contemporâneo volta-se contra a cultura, combina violência e poder, promovendo um cotidiano cruel para minorias, entre as quais está a população pobre, mulheres, imigrantes, crianças, negros, indígenas, LGBTQIA+. Em sua nova empreitada pela despolitização, que vai além da dominação econômica, o neoliberalismo individualiza grupos, apaga a memória histórica, repugna o pensamento crítico e se volta contra a identidade intercultural dos coletivos.

Vivemos atualmente em uma era neoliberal que destrói as mais importantes instituições democráticas, os valores humanistas e as relações de interdependência que nos conectam. Viola-se a prerrogativa republicana de separação entre os poderes. Implementam-se práticas institucionais autoritárias, os líderes assumem a mentira como método para suas manipulações políticas e adotam metáforas de guerra. O capitalismo - em sua forma contemporânea, o neoliberalismo - já não se limita ao controle para dominação econômica, mas também censura a cultura, promove a fusão entre violência e poder e impõe um cotidiano de crueldade a populações inteiras. O ataque neoliberal é direcionado às minorias, sejam pobres, mulheres, imigrantes, crianças, negros, indígenas, LGBTQI+. Ninguém mais está a salvo. A política da despolitização, com sua reconfiguração da esfera social, individualiza os grupos, apaga a memória histórica, intimida o pensamento crítico e agride a identidade intercultural, além de atacar a organização social dos coletivos.¹²⁹

¹²⁸ MOREIRA, Fernando; SANTANA, Luciana. O fazer enunciativo diante de desafios sociais contemporâneos: como discursos políticos e sociais passaram a ser moldados. **Cadernos de Campo: Revista de Ciências Sociais**, n. 28, p. 07-14, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/14183>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹²⁹ GIROUX, Henry A.; FIGUEIREDO, Gustavo O. Por uma práxis radical na luta em defesa da democracia: desafios contemporâneos para a formação política e a educação crítica no século XXI. **Práxis Educativa**, Ponta Grossa, v. 15, e20144787, 2020. Disponível em: http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-43092020000100158&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 out. 2023.

Os autores seguem e afirmam que direitos sociais, estes que são constitucionalmente previstos como direitos fundamentais, são negados e ameaçados na ordem neoliberal, que busca proteger o lucro e empresas em detrimento dos trabalhadores que padecem na miséria. Segundo os autores, transformações desta ordem acontecem em vários países do mundo, onde o processo democrático é golpeado, e emerge do caos político líderes abertamente fascistas.

Os direitos trabalhistas e sociais são negados e ameaçados pelos modos de gestão neoliberal que privatizam os bens públicos e implementam medidas que protegem o lucro das empresas, massacrando os cidadãos e multiplicando a miséria. Fatos políticos surpreendentes aconteceram recentemente em Honduras, Paraguai, Brasil, Peru, Bolívia, onde, financiados pelo capital financeiro internacional, golpes políticos derrubaram presidentes democraticamente eleitos para colocar no poder governos autoritários e, em muitos casos, até mesmo abertamente fascistas.¹³⁰

Seguindo na linha da vulnerabilidade socioeconômica, Boff e Cabral trazem que atualmente diversos grupos da população brasileira são afetados, tendo menos qualidade de vida e bem-estar, resultado da falta de concretização de seus direitos fundamentais, entre eles o direito à moradia, à educação, à saúde, à alimentação, à segurança, dentre outros, que acabam tirando das pessoas a possibilidade de uma vida digna, mesmo sendo a Dignidade da Pessoa Humana o Princípio nuclear da Constituição Federal de 1988. A desigualdade no Brasil é evidente, ela tem diversos contornos e se mostra em intensidades diferentes, mas atinge fortemente a sociedade brasileira, causando a exclusão social de determinadas populações e culminando na negação de seus direitos sociais.

A vulnerabilidade socioeconômica afeta diretamente uma parcela significativa da população brasileira de diversos grupos sociais, reduzindo os níveis de qualidade de vida e bem-estar frente à exposição a certos riscos, os quais advêm da falta de saneamento básico, moradia, educação, saúde, trabalho, alimentação, segurança, entre tantos outros fatores que afetam a vida de diferentes maneiras. É, portanto, um misto de fatores que atinge tanto o bem-estar pessoal quanto o social, em diferentes contornos e intensidades, em consequência da limitação de acesso aos recursos mínimos necessários para levar uma vida digna. Essa situação não se limita à privação de renda, mas abrange inúmeros fatores que decorrem da inadequada distribuição de bens e serviços, tanto públicos quanto privados, e acabam por determinar as condições de vida da população e a tolerância de cada indivíduo, em maior ou menor grau, às desigualdades existente. É explicada por intermédio do nível de exposição dos sujeitos de determinada população

¹³⁰ GIROUX, Henry A.; FIGUEIREDO, Gustavo O. Por uma práxis radical na luta em defesa da democracia: desafios contemporâneos para a formação política e a educação crítica no século XXI. **Práxis Educativa**, Ponta Grossa v. 15, e20144787, 2020. Disponível em: http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-43092020000100158&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 out. 2023.

aos fatores de exclusão social, frente à negação de direitos sociais, a qual emana das mais diversas formas de desigualdade social.¹³¹

Os autores pontuam que a problemática envolvendo a concretização dos direitos fundamentais no Brasil é amplamente discutida, pois o a consagração formal, a mera previsão de direitos, não garante a satisfação da sociedade civil, que busca a justiça social.

A busca do direito e a garantia de um mínimo existencial para se levar uma vida digna é algo que tem sido amplamente debatido tanto no meio acadêmico quanto no sistema jurisdicional, pois, no Brasil, a efetividade dos direitos fundamentais e sociais sempre foi –e ainda é –muito problemática, tendo em vista que a consagração formal dos direitos de liberdade e igualdade não garantem a plenitude da satisfação dos cidadãos por parte do Estado de justiça social.¹³²

Os autores sustentam que o desenvolvimento neoliberal acentua problemas graves já existentes na sociedade brasileira, como a desigualdade social e a pobreza, e ainda coloca o Estado para seguir uma agenda onde investimentos sociais são eliminados, sujeitando as necessidades sociais aos interesses econômicos.

A expansão dos projetos neoliberais acarreta a ampliação e o aprofundamento das desigualdades e da pobreza, como manifestações dos problemas sociais. Igualmente, elimina a capacidade do Estado de investir em políticas sociais que visem a atender às demandas das classes subalternas para garantir a sua sobrevivência, pois esse projeto sujeita as necessidades sociais aos interesses econômicos, fazendo com que as mazelas sociais emanem basicamente da produção e distribuição da riqueza, que se traduzem na erosão do sistema protetivo, na fragilidade das relações sociais e no questionamento da interferência estatal.¹³³

O mesmo problema ficou ainda mais perceptível com a pandemia de Covid-19, citando o IBGE os autores esclarecem que decorrente da crise econômica e social no cenário mundial aprofundou-se os índices de desigualdade e vulnerabilidade social, pois no final do ano de 2021 o país contava com 12 milhões de pessoas desempregadas.

Esse problema ficou ainda mais acentuado com a pandemia de Covid-19, diante da crise econômica e social que se instalou no cenário econômico mundial, cujo resultado foi o desemprego de milhares de pessoas,

¹³¹ BOFF, R. A.; CABRAL, S. M. VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA: DESIGUALDADE SOCIAL, EXCLUSÃO E POBREZA NO BRASIL. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, Boa Vista, v. 13, n. 38, p. 71–88, 2023. DOI: 10.5281/zenodo.7648187. Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/848>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹³² BOFF, R. A.; CABRAL, S. M. VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA: DESIGUALDADE SOCIAL, EXCLUSÃO E POBREZA NO BRASIL. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, Boa Vista, v. 13, n. 38, p. 71–88, 2023. DOI: 10.5281/zenodo.7648187. Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/848>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹³³ BOFF, R. A.; CABRAL, S. M. VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA: DESIGUALDADE SOCIAL, EXCLUSÃO E POBREZA NO BRASIL. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, Boa Vista, v. 13, n. 38, p. 71–88, 2023. DOI: 10.5281/zenodo.7648187. Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/848>. Acesso em: 10 out. 2023.

potencializando, desse modo, o mal-estar social em decorrência da elevação dos índices de desigualdade e vulnerabilidade social. Essa realidade fica evidenciada nos dados sobre desemprego, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, os quais demonstram que o Brasil fechou o 4º trimestre do ano de 2021 com 12,0 milhões de pessoas sem postos de trabalho.¹³⁴

Citando também o PENSSAN, os autores trazem dados acerca da fome e a insegurança alimentar, onde na realidade da pandemia, ano de 2020, 19,1 milhões de pessoas viviam em situação de insegurança alimentar, ou seja, 19,1 milhões de pessoas que não viram seu direito a uma vida digna ser concretizado pelo Estado.

As pessoas que estão nessa situação degradante da vida humana sofrem com a fome e a insegurança alimentar. Tal problemática, que é histórica no País, está evidenciada no Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, realizado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional – Rede PENSSAN, no ano de 2020, que demonstra a falta de capacidade do Estado para combater essa realidade. Segundo os dados, em 2018, 10,3 milhões de pessoas viviam em situação de insegurança alimentar e, em 2020, esse número passou para 19,1 milhões, ou seja, aproximadamente, nove milhões de cidadãos brasileiros conheceram, nesse curto período, a infeliz experiência que é passar fome.¹³⁵

Na leitura deste item não se deve esquecer, por nenhum milésimo de segundo, os objetivos fundamentais da república, trazidos pelo artigo 3º da Constituição Federal de 1988, o qual já foi citado acima, pois sua força vinculante sobressai sobre seus desafios existentes.

Seguindo e mudando o foco para a onda conservadora que se levantou contra diversos grupos sociais no Brasil nos últimos anos, De Castro Siqueira *et al*, comenta sobre a postura adotada pelo líder da extrema direita no país, Jair Bolsonaro, hoje ex-presidente do Brasil, apontando a banalização do mau, quando um líder é reconhecido por falas que afrontam os valores constitucionais.

Destacam-se, dentre outras atitudes que se enquadram como conservadoras, os comentários realizados por esse sobre os grupos com relativas desvantagens sociais, como os negros, as mulheres, os LGBT's, a população periférica e os indígenas. Esses comentários causaram repugnância por parte da população, visto a gravidade das afirmativas postas por Bolsonaro, alguns meros exemplos dessas frases são: “O Brasil não pode ser país do mundo gay; temos famílias”; “Ela é feia demais para

¹³⁴ IBGE *apud* BOFF, R. A.; CABRAL, S. M. VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA: DESIGUALDADE SOCIAL, EXCLUSÃO E POBREZA NO BRASIL. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, Boa Vista, v. 13, n. 38, p. 71–88, 2023. DOI: 10.5281/zenodo.7648187. Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/848>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹³⁵ PENSSAN *apud* BOFF, R. A.; CABRAL, S. M. VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA: DESIGUALDADE SOCIAL, EXCLUSÃO E POBREZA NO BRASIL. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, Boa Vista, v. 13, n. 38, p. 71–88, 2023. DOI: 10.5281/zenodo.7648187. Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/848>. Acesso em: 10 out. 2023.

ser estuprada”; “Tem locais aqui que para produzir alguma coisa, você não consegue, porque não pode seguir em uma linha reta para exportar ou vender, porque precisa desviar de algum quilombola ou terra indígena”; “Se eu fosse fazendeiro, não vou falar o que eu faria não, mas eu deixaria de ter dor de cabeça”; “Que dívida? Eu nunca escravizei ninguém na minha vida”.¹³⁶

O autor pontua que mesmo os valores constitucionais representarem em grau máximo o ideal ao ser buscado no desenvolvimento social, grupos conservadores buscaram eleger nas eleições de 2018 políticos que muitas das vezes desrespeitaram estes valores constitucionais, ficando claro a fragilidade das garantias constitucionalmente positivadas, uma vez que torna-se plausível, para o povo, apoiar políticos que compactuam com ideais inconstitucionais.

No que se refere às garantias constitucionais, foi possível depreender que os direitos fundamentais são extensas premissas destinadas à proteção do indivíduo, resguardando sua dignidade perante as desigualdades sociais, por isso são positivados na Constituição Federal, visando sua segurança por meio da Carta Magna. Devido a sua importância no cenário político/jurídico brasileiro, os direitos fundamentais, mesmo resguardados pela Constituição Federal de 1988, podem vir a sofrer ofensas por meio do poder público, já que os grupos de eleitorados conservadores buscaram, nas eleições de 2018, eleger representantes políticos que compactuassem com seus ideias muitas vezes inconstitucionais.¹³⁷

Fontana Filho aponta para a problemática vontade da maioria quando tem por intuito marginalizar grupos minoritários, segundo ele o processo democrático representativo pode colocar em risco estes grupos, muitas vezes por conceder às massas privilégios, e assim aproveitar-se do populismo, e assim as políticas estatais tornam-se meramente voltadas ao contentamento da maioria, o que se dá em prejuízo direto das minorias.

A propensão das decisões populares de tyrannizar grupos minoritários é consequência ao aceite das massas ante um sistema de democracia representativa que concede privilégios em bens e serviços. As políticas de Estado, a partir da premissa do contentamento de massa, estabelece um intento organizativo de premiar as maiorias consolidadas em prejuízo direto das minorias.¹³⁸

¹³⁶ DE CASTRO SIQUEIRA, M. E *et al.* Uma análise da onda do conservadorismo no Brasil: possíveis consequências aos direitos fundamentais. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 22, 2020. Disponível em: <https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/743>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹³⁷ DE CASTRO SIQUEIRA, M. E *et al.* Uma análise da onda do conservadorismo no Brasil:: possíveis consequências aos direitos fundamentais. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 22, 2020. Disponível em: <https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/743>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹³⁸ FONTANA FILHO, M. The risks of majority rule as decision mechanism: on the tyranny of numbers. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, São Paulo, v. 10, 2022. DOI: 10.30800/mises.2022.v10.1412. Disponível em: <https://www.misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1412>. Acesso em: 11 out. 2023.

A luz de Sennett, Tocqueville e Arendt, De Freitas e Câmara discorrem sobre a sociedade atual afirmando que a interação das pessoas no espaço público ao invés de se cultivar a diversidade, as pessoas estão se voltando para uma aproximação entre os semelhantes em termos de gostos e costumes, ou seja, apesar de conviver em uma sociedade diversa, há barreiras invisíveis entre as pessoas, responsáveis por segregar grupos.

Depreende-se assim que, diante dos conceitos trabalhados por Richard Sennett, Tocqueville e Hannah Arendt à luz das expectativas da modernidade com suas ideias emancipatórias, foi observado que atualmente vive-se em uma sociedade em que, cada vez mais se experimenta uma visão intimista do espaço público, onde se busca enxergar apenas o que lhe é similar nos gostos e costumes. Ademais, percebe-se que, essa “parede de vidro imaginária” apontada por Sennett, está cada vez mais materializada, pois existem muros, barreiras, fronteiras onde quem não é similar de forma íntima, não pode transpor.¹³⁹

Do Nascimento e De Brito Alves ao analisar a invisibilidade das minorias afirmam que quanto menos direitos fundamentais forem efetivados, significa que haverá menos democracia para esses grupos, pois a garantia dos direitos constitucionais é essencial. Os autores discorrem sobre a onda conservadora da atualidade que vive flertando com ideais inconstitucionais de deslegitimação das minorias enquanto sujeitos de direitos, segundo os autores não é correto pensar que reconhecer os direitos destes grupos minaria a democracia representativa da maioria. Em sua pesquisa os autores apontam um certo progresso na matéria, mesmo que não expressivo ele existe, e ainda apontam o risco constante do retrocesso, pois as políticas públicas de atenção às minorias estão sob ameaça, levando em consideração a instabilidade política e social do país, onde vezes por meio do efeito *backlash* se reverte reformas e avanços em resposta às pressões populistas.

Parece claro que é exatamente por ter menos direitos fundamentais efetivos é que se tem “menos” Democracia. De forma alguma existe razão em se pensar que a Democracia seria inviável por força do reconhecimento de direitos fundamentais (especialmente de minorias) como querem fazer crer os grupos hegemônicos em seus discursos conservadores. Os resultados da pesquisa indicam, ao final, que a arquitetura das políticas públicas passou por transformações no sentido de adequar-se aos ideais democráticos, ainda que não de forma expressiva. Outro aspecto também identificável é o risco de retrocesso que essas políticas sofrem em razão da instabilidade político social

¹³⁹ DE FREITAS, Jéssica da Costa Barros; CÂMARA, Sérgio Antônio. VIDA PÚBLICA SOB AMEAÇA: USOS MODERNOS DA TIRANIA. V SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL E INTERNACIONAL EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE, v. 25, p. 33. Disponível em: <https://ucp.br/wp-content/uploads/2023/03/Anais-do-V-Seminario-Interinstitucional-e-Internacional-para-Efetivacao-dos-Direitos-Humanos-na-Contemporaneidade.pdf#page=32>. Acesso em: 11 out. 2023.

da atualidade brasileira com sinais de efeito backlash colocando em xeque os avanços vivenciados nas últimas décadas.¹⁴⁰

Oliveira e Castro afirmam que a democracia não se trata de impor sobre a minoria as vontades da maioria, sob de tornar-se um regime pautado na tirania da maioria, pelo contrário, uma democracia deve garantir que os direitos fundamentais das minorias sejam respeitados. Embora seja um governo da maioria não se pode legitimar violações de direitos em razão de ideais discriminatórios.

Atente-se que a democracia não pode ser confundida com a ditadura da maioria. A maioria, conforme exposto, não pode impor seus direitos. Existem limites, quais sejam os direitos fundamentais, escolhidos em uma Assembleia Constituinte que conferem estabilidade ao sistema democrático. Assim, a democracia é de fato um governo da maioria, mas nunca uma tirania da maioria com imposição de valores morais à minoria; a maioria querer impor restrições aos direitos dos homossexuais fere o direito fundamental de liberdade dos mesmos, o que traz inúmeras implicações para esse público.¹⁴¹

Se percebe facilmente a profunda desigualdade econômica e social que maltrata a sociedade brasileira, bem como toda a estrutura discriminatória que perdura no cotidiano das minorias sociais do país, e infelizmente também se visualiza que não há eficiência do Estado em resolver esses graves problemas, demonstrando pouco respeito ao que objetiva a Constituição Federal de 1988, e não bastasse a falta de eficiência das políticas públicas, ainda é preciso encarar investidas de grupos odiosos contra direitos e garantias fundamentais de minorias políticas.

5 CONCLUSÃO

Na confecção desta monografia evidenciou-se que a Constituição Federal de 1988 não é um mero documento ao qual discricionariamente os agentes públicos, no exercício de seu ofício, no comando das funções do Poder, escolhem se querem ou não observar seus valores.

A corrente constitucionalista democrática moderna, a qual influenciou o constituinte originário, deu ao texto constitucional sua força vinculante, evidenciado a característica

¹⁴⁰ DO NASCIMENTO, Arthur Ramos; DE BRITO ALVES, Fernando. A (in) visibilidade das minorias na (des) construção das políticas públicas: democracia e efetivação dos direitos fundamentais no contexto da nova face da administração pública e as populações LGBTQ+. **Revista do Direito Público**, v. 15, n. 2, p. 27-48, 2020. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/38451>. Acesso em: 11 out. 2023.

¹⁴¹ OLIVEIRA, D. M.; CASTRO, R. R. C. Bancada religiosa cristã no Congresso Nacional, violação aos direitos fundamentais das minorias e os direitos de família dos homossexuais. **Revista Brasileira de História das Religiões**, v. 15, n. 43, 8 abr. 2022. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/RbhrAnpuh/article/view/62707>. Acesso em: 11 out. 2023.

dirigente das normas constitucionais, obrigam que atuação das funções do Poder em conjunto a efetiva concretização dos valores constitucionais, ao prever valores, muitas vezes pouco delimitados, mas que apontam a direção que deve ser seguida.

As funções do Poder se organizam em acordo as disposições constitucionais inspiradas na teoria da separação dos poderes, independência e harmonia entre elas são valores fundamentais da República. Contudo, não pode se valer destes valores isolados para deslegitimar o protagonismo judicial na realidade política e social nacional.

Direitos fundamentais e sociais não podem esperar, o respeito devido a estes, bem como sua concretização não pode ser jogado a segundo plano nas funções do Poder, as demandas da sociedade civil não esperam a boa vontade do legislador e do administrador para se fazerem reais, o povo têm necessidades que precisam da atuação do Estado para supri-las. No Brasil não há comprometimento com as demandas sociais, os agentes eleitos pelo povo, ao decorrer dos anos, encontram-se cada vez mais distantes daqueles que os colocaram em seu cargo, apesar da força vinculante do texto constitucional observa-se cada vez mais um completo delírio destes agentes, que acreditam poder fazer o que bem entendem no exercício de suas funções, seja em atos e normas flagrantemente inconstitucionais, ou negligenciando questões de extremo importância, dando ao texto constitucional um significado puramente relativo ao que seus próprios interesses mandam.

Aquele constitucionalismo que buscou a valorização da pessoa, garantindo através do texto constitucional o respeito a seus direitos fundamentais, perderia seu sentido se não fosse pela função judiciária do Poder; não atoa o poder jurisdicional foi ampliado sucessivamente nos desdobramentos históricos da corrente constitucionalista, e não atoa a Constituição Federal de 1988 trouxe o controle de constitucionalidade difuso e o controle concentrado de constitucionalidade, pois foi pensando na árdua luta que a sociedade civil travaria com as instituições majoritárias, que deu-se a função judiciária amplos mecanismos para promover a concretização dos direitos fundamentais.

Esta legitimidade, atualmente intensamente questionada, remonta aos anos de origem das constituições modernas, pois a história conta como uma das constituições mais completas em termos de direitos fundamentais e sociais, Constituição de Weimar, por falta de controle de constitucionalidade dos atos e normas das funções legiferante e administrativa, acabou sucumbindo frente a ofensiva fascista na Alemanha, resultando na barbárie do Holocausto, onde o genocídio do povo judeu e outras minorias sociais perdurou até o fim da segunda grande guerra mundial.

O mesmo recorte histórico serve para demonstrar como maiorias sociais podem acumular-se ao mau em face das minorias sociais, que por sua vulnerabilidade na sociedade apenas padecem.

O protagonismo judicial não se mostra necessário apenas na garantia dos direitos fundamentais da maioria que não os alcançam via função legiferante e administrativa, em especial, é necessário na garantia da existência das minorias sociais, tutelando seus direitos fundamentais previstos no texto constitucional da mesma forma que o da maioria, mas naturalmente as dificuldades em vê-los respeitados é ainda mais árduo, pois além da negligência do Estado, é preciso enfrentar a marginalização da sociedade.

Um país que se pauta no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vide a alcinha de Constituição Cidadã, não pode ter seu progresso social travado em razão da mora legislativa e executiva, a função judiciário do Poder tem legitimidade amparada pela Constituição Federal de 1988 para efetivar valores progressistas da constituição, a sociedade está em constante mudança, as relações sociais cada vez mais diversas, e o Direito Constitucional já superou seu caráter conservador a tempos, com a evolução do constitucionalismo observou-se sua nova roupagem, a qual é de garantir o desenvolvimento social.

Portanto a jurisdição constitucional, em especial do Supremo Tribunal Federal, deve valer-se da integral concretização dos direitos fundamentais, não se trata de concretização parcial, e tampouco de ignorar as demandas sociais esperando pronunciamento das funções legiferante ou administrativa do Poder para então apreciar a questão, pois sua atuação protagonista em matéria de garantia dos direitos fundamentais não apresenta lesão ao Estado Democrático de Direito, mas ao contrário, o garante.

A Constituição Federal de 1988 é fruto do constitucionalismo democrático, seu dirigismo não pode ser negligenciado, a vinculação das instituições a seus valores não é discricionária, não depende da vontade do legislador, nem da vontade do administrador, a República têm princípios fundamentais vinculantes, as pessoas têm direitos fundamentais e sociais vinculantes, o sistema de separação dos poderes em sua concepção clássica, ou a corrente contramajoritária, não são suficientes para desmontar a legitimidade da função judiciária na concretização destes valores. A plena segurança jurídica entre as instituições, só será uma realidade possível a partir do momento que a sociedade civil tiver segurança jurídica na garantia de seus direitos fundamentais por parte das funções do Poder, e não apenas de uma ou outra, pois enquanto persistir na política o descaso com a sociedade civil, haverá o protagonismo judicial na ordem social, jurídica e política do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 921, p. 191-214, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/download/43177697/artigo_-_STF_vs_Vontade_da_Maioria_-_GA_v._digital.pdf. Acesso em: 08 out. 2023.
- BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596700. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596700/>. Acesso em: 17 abr. 2023.
- BASTOS, Elisio Augusto V.; MERLIN, Lise T.; CICHOVSKI, Patricia B. **Constitucionalismo e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2014. E-book. ISBN 978-85-309-5754-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5754-4/>. Acesso em: 08 out. 2023.
- BOFF, R. A.; CABRAL, S. M. VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA: DESIGUALDADE SOCIAL, EXCLUSÃO E POBREZA NO BRASIL. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, Boa Vista, v. 13, n. 38, p. 71–88, 2023. DOI: 10.5281/zenodo.7648187. Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista/article/view/848>. Acesso em: 10 out. 2023.
- BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 ago. 2023.
- CARVALHO, Marcela Almeida Nogueira. DEMOCRACIA SELETIVA E CRISE DE REPRESENTATIVIDADE. **Revista Academia.edu**. Disponível em: https://www.academia.edu/download/65074170/ENSAIO_DEMOCRACIA_SELETIVA_E_CRISE_DE_REPRESENTATIVIDADE_MARCELA_ALMEIDA_NOGUEIRA_CARVALHO_versao_final.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.
- DE CASTRO SIQUEIRA, M. E *et al.* Uma análise da onda do conservadorismo no Brasil: possíveis consequências aos direitos fundamentais. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 22, 2020. Disponível em: <https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/743>. Acesso em: 10 out. 2023.
- DE FREITAS, Jéssica da Costa Barros; CÂMARA, Sérgio Antônio. VIDA PÚBLICA SOB AMEAÇA: USOS MODERNOS DA TIRANIA. **V SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL E INTERNACIONAL EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE**, v. 25, p. 33. Disponível em: <https://ucp.br/wp-content/uploads/2023/03/Anais-do-V-Seminario-Interinstitucional-e-Internacional-para-Efetivacao-dos-Direitos-Humanos-na-Contemporaneidade.pdf#page=32>. Acesso em: 11 out. 2023.
- DE MORAES, Ricardo Quartim. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 279, 2014. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269. Acesso em: 13 ago. 2023.

DO NASCIMENTO, Arthur Ramos; DE BRITO ALVES, Fernando. A (in) visibilidade das minorias na (des) construção das políticas públicas: democracia e efetivação dos direitos fundamentais no contexto da nova face da administração pública e as populações LGBTQ+. **Revista do Direito Público**, v. 15, n. 2, p. 27-48, 2020. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/38451>. Acesso em: 11 out. 2023.

FONTANA FILHO, M. The risks of majority rule as decision mechanism: on the tyranny of numbers. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, São Paulo, v. 10, 2022. DOI: 10.30800/mises.2022.v10.1412. Disponível em: <https://www.misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1412>. Acesso em: 11 out. 2023.

GIROUX, Henry A.; FIGUEIREDO, Gustavo O. Por uma práxis radical na luta em defesa da democracia: desafios contemporâneos para a formação política e a educação crítica no século XXI. **Práxis Educativa**, Ponta Grossa, v. 15, e20144787, 2020. Disponível em: http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-43092020000100158&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 10 out. 2023.

GORGA, Maria Luiza. SEGURANÇA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL—Consequências na aplicação do princípio da vedação ao retrocesso. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 6, p. 17-34, 2014. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/171. Acesso em: 19 set. 2023.

GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. **Belo Horizonte: Arraes Editores**, p. 127-137, 2013.

J. J. Gomes Canotilho. *Et al.* **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502629639. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502629639/>. Acesso em: 13 set. 2023.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 14, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79071829.pdf>. Acesso em: 19 set. 2023.

LEAL, Mônia Clarissa H. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Editora Manole, 2003. E-book. ISBN 9788520449752. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449752/>. Acesso em: 01 out. 2023.

MACHADO, R. M. R. S.; SILVA, J. B. A LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL. **Revista Direitos Culturais**, v. 18, n. 45, p. 37-55, 7 set. 2023. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/1280>. Acesso em: 15 set. 2023.

MASCARO, Alysson L. **Sociologia do Direito**. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559773824. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773824/>. Acesso em: 22 abr. 2023.

MENDES, Gilmar F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** - Estudos de Direito Constitucional, 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502134249. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502134249/>. Acesso em: 30 set. 2023.

MIRANDA, Jorge. Coleção Fora de Série - **Teoria do Estado e da Constituição**, 5ª edição. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530982768. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>. Acesso em: 17 abr. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774944. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774944/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597026825. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/>. Acesso em: 16 abr. 2023.

MOREIRA, Fernando; SANTANA, Luciana. O fazer enunciativo diante de desafios sociais contemporâneos: como discursos políticos e sociais passaram a ser moldados. **Cadernos de Campo: Revista de Ciências Sociais**, n. 28, p. 07-14, 2020. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/article/view/14183>. Acesso em: 10 out. 2023.

OLIVEIRA ÁVILA, A. P. TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS PELO STF. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 2, p. 595–627, 2015. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/7884>. Acesso em: 30 set. 2023.

OLIVEIRA, D. M.; CASTRO, R. R. C. Bancada religiosa cristã no Congresso Nacional, violação aos direitos fundamentais das minorias e os direitos de família dos homossexuais. **Revista Brasileira de História das Religiões**, v. 15, n. 43, 8 abr. 2022. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/RbhrAnpuh/article/view/62707>. Acesso em: 11 out. 2023.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530988319. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>. Acesso em: 27 abr. 2023.

PRAZAK, M. A.; SOARES, M. N.; AIRES, R. D. A. NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL. **Direito em Movimento**, [S. l.], v. 18, n. 3, p. 199–223, 2020. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/292>. Acesso em: 30 set. 2023.

RAMOS, Elival da S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>. Acesso em: 13 set. 2023.

SALEME, Edson R. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Manole, 2022. E-book. ISBN 9786555766370. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555766370/>. Acesso em: 20 abr. 2023.
SALIM, J. M.; SILVA, J. B. PROTAGONISMO JUDICIAL E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, [S. l.], n. 3, p. 380–387, 2016. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/553>. Acesso em: 10 out. 2023.

SANTIAGO, Marcus Firmino. Estado democrático de direito: uma utopia possível. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia. v. 43, p. 7, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/57764/33660/>. Acesso em: 13 ago. 2023.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Grupo GEN, 2013. E-book. ISBN 9788522485451. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522485451/>. Acesso em: 29 set. 2023.

SIMÕES, Edson. **Constitucionalismo e Constituição de 1988**. v.1. (Coleção Constituições e Democracia no Brasil e no Mundo: da Antropofagia à Autofagia). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556275017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556275017/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

STRECK, Lenio L. **30 Anos da CF em 30 Julgamentos** - Uma Radiografia do STF. Rio De Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530981815. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981815/>. Acesso em: 13 set. 2023.