

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
MONOGRAFIA JURÍDICA

**ATIVISMO JUDICIAL SOB O PRISMA DA HERMENÊUTICA  
CONSTITUCIONAL**

ORIENTANDO: MATHEUS HENRIQUE CELESTINO  
ORIENTADORA – PROF<sup>a</sup> DR<sup>a</sup>. FERNANDA DE PAULA FERREIRA MOI

GOIÂNIA –GO  
2022

MATHEUS HENRIQUE CELESTINO

**ATIVISMO JUDICIAL, SOB O PRISMA DA HERMENÊUTICA  
CONSTITUCIONAL**

Monografia jurídica apresentado à disciplina trabalho de curso ii, da escola de direito e relações internacionais, curso de direito, da Pontifícia Universidade Católica De Goiás (PUCGOIÁS).

Prof.<sup>a</sup> Orientadora – Dra. Fernanda De Paula Ferreira Moi

Goiania -go  
2022

MATHEUS HENRIQUE CELESTINO

**ATIVISMO JUDICIAL, SOB O PRISMA DA HERMENÊUTICA  
CONSTITUCIONAL**

Data da Defesa: 25 de maio de 2022

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador(a): Prof. Dra. Fernanda Ferreira de Paula Mói

Nota: \_\_\_\_\_

---

Orientador(a): Prof. Dra: Fernanda Borges

## **AGRADECIMENTOS**

Nesta oportunidade gostaria de externar a minha eterna gratidão ao meu bom, Deus, pois sem sua graça e misericórdia jamais conseguiria alçar os voos para chegar aqui.

Em segundo lugar, jamais poderia deixar de agradecer ao grupo irmãs Dominicanas Lar de Jesus, que me apoiaram e deram suporte financeiro, que me impulsionou a estudar nesta tão nobre instituição, não poderia me esquecer de agradecer ao meu grupo de amigas, carinhosamente chamado de “as bandidas”, tenho certeza de que sem vocês estes anos na universidade seriam tristes sem sentido, mas com uma dose de bom humor somado ao bom e velho deboche, tornaram os meus dias coloridos e alegres.

E o mais importante, gostaria de agradecer a toda a minha família, em especial a minha mãe por ter acreditado e confiado em mim, só nos dois sabemos o quão difícil foi estes cinco anos, mas enfim os frutos estão sendo colhidos de forma gradativa e creio em Deus que a recompensa será grande.

## RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo, estudar o fenômeno do Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito na busca de efetivação das normas Constitucionais assim como os princípios a elas inerentes. Deste modo através de análise histórica do Constitucionalismo Moderno até o Neoconstitucionalismo, paralelamente examinando a evolução do Estado Liberal ao Estado Social e por último o Estado democrático de Direito, com a finalidade de fundamentar a devida interferência do Poder Judiciário em interesses difusos e coletivos e na manutenção de Direitos e Garantias Fundamentais. Para tanto utiliza-se do método Hermenêutico Constitucional, partindo de estudos da Obra Verdade e Método de Hans-George Gadamar e dos escritos de Friedrich Müller, que orientam a partir da Hermenêutica Filosófica, orientar a aplicação da Hermenêutica Constitucional.

PALAVRAS – CHAVES: Ativismo Judicial. Direito. Hermenêutica Constitucional.

## ABSTRACT

The present research aims to study the phenomenon of Judicial Activism within the Democratic State of Law in the search for the realization of Constitutional norms as well as the principles inherent to them. In this way, through a historical analysis of Modern Constitutionalism until Neoconstitutionalism, in parallel examining the evolution of the Liberal State to the Social State and, finally, the democratic rule of law, in order to support the proper interference of the Judiciary in diffuse and collective interests and in the maintenance of Fundamental Rights and Guarantees. In order to do so, the Constitutional Hermeneutic method is used, based on studies of the Work Truth and Method of Hans-Georg Gadamer and the writings of Friedrich Müller, which guide from Philosophical Hermeneutics, guide the application of Constitutional Hermeneutics.

KEY WORDS: Judicial Activism. Right. Constitutional Herme



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 NEOCONSTITUCIONALISMO</b> .....	<b>9</b>
1.1 PROCESSO HISTÓRICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO .....	<b>9</b>
1.2 PÓS-POSITIVISMO E SUA INFLUÊNCIA NO NEOCONSTITUCIONALISMO.....	Erro! Indicador não definido.
<b>2 ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	<b>18</b>
2.1 O ATIVISMO FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	<b>18</b>
2.2 LEGITIMIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCER O ATIVISMO JUDICIAL .....	<b>23</b>
2.3 CASOS CONCRETOS QUE POSSIVELMENTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TENHA EXERCIDO O ATIVISMO JUDICIAL.....	<b>27</b>
<b>3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>28</b>
1.3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO DIREITO PÁTRIO.....	<b>28</b>
1.4 MÉTODOS HERMENÊUTICO .....	<b>31</b>
3.1.1 Método Gramatical ou Interpretação Gramatical .....	<b>31</b>
3.1.2 Método Hermenêutico Concretizador .....	<b>32</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>34</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>36</b>

## INTRODUÇÃO

Infere-se do presente trabalho monográfico o estudo do Ativismo Judicial no Direito Contemporâneo brasileiro no contexto de atuação do Supremo Tribunal Federal, dando enfoque a forma de interpretação nos casos lidos como ativistas.

Primeiramente, cumpre esclarecer o conceito de Ativismo Judicial, e a partir disto entender a controvérsia que tal fenômeno causa no Direito Constitucional. Para atingir tal intento é necessário entender a historicidade do movimento Constitucionalismo Moderno até o neoconstitucionalismo e sua importância na formação e estruturação do Estado Democrático de Direito.

A atual Constituição Federal é uma carta política que sistematiza em seu corpo, conjuntos de norma e princípios que determinam Direitos e Garantias Fundamentais para a vida humana, inerente a isto temos bastante influência do neoconstitucionalismo para elevação de princípios a status de normas, leva a um ramo de interpretação extremamente específico, para que se extraia do texto da Carta Magna a máxima efetividade dos preceitos ali postos.

Sendo assim, o presente estudo desenvolve-se a partir de alguns questionamentos, como, qual seria a legitimidade do Supremo Tribunal Federal na posição de guardião da Constituição tornar efetivos Direitos e Garantias Fundamentais? Realmente há alguma omissão do poder legislativo se existem quais suas consequências na sociedade? De modo geral, estuda-se através desta pesquisa a posição do Poder Judiciário frente as emergentes questões sociais.

Na presente pesquisa, o método a ser utilizado será o Hermenêutico Constitucional, como finalidade de compreender as normas constitucionais como fim a ser perseguido pelo poder público como forma de preservação de Direitos e Garantias individuais

Neste sentido busca-se através do referido método entender a legitimidade e limites do Ativismo Judicial através da interpretação constitucional, nesta esteira a metodologia do presente trabalho, será de pesquisa bibliográfica, por meio de leitura de artigos científicos livros doutrinários entre outros com a finalidade de viabilizar um bom entendimento do tema proposto.

Com efeito, o forte protagonismo do STF, tem gerado grandes críticas, frente a sua atuação abrangente, com vista de dar real efetividade ao as normas constitucionais, desta forma, no primeiro capítulo pesquisam-se o tema relacionado ao constitucionalismo e como a sua evolução e paralelamente a isto a evolução do Estado culminou na atual Jurisdição Constitucional, e de que forma isto interfere na construção de uma Constituição democrática.

Pretende-se no segundo capítulo, estudar o núcleo deste trabalho, buscar entender as raízes do Ativismo Judicial e sua crescente recorrência dentro do da Jurisdição Constitucional, para conseguir tal intento, foi utilizado julgados do da referida corte, sobre questão controvertida no contexto social, assim como escritos do notável jurista Luís Roberto Barroso para enriquecer esta pesquisa.

No terceiro capítulo busca-se através da Hermenêutica Constitucional, dar amplitude ao debate para que através da interpretação, se extraia máxima efetividade da norma. Deste modo, pelo fato do objeto de estudo ser a Constituição Federal, uma Carta que abriga em seu núcleo Direito e Garantias Fundamentais, busca-se no seu método de interpretação caráter *sui genere*, exige métodos de interpretação específico que oportunize ao jurisdicionado a real efetivação das normas postas pelo Constituinte Originário.

De antemão cumpre esclarecer que o tema do referido trabalho é bastante vasto, razão a qual não se pretende com esta pesquisa exaurir de maneira exaustiva, mas sintetizar as principais causas e consequências do Ativismo Judicial.

## NEOCOSNTITUCIONALISMO

È necessário antes de entrar no determinado tema, realizar uma breve conceituação do Termo Neoconstitucionalismo, entende-se como neoconstitucionalismo, uma forma mais abrangente de interpretar o Direito, isto é, tem-se nesta ramificação, uma extrema valorização pela Dignidade da Pessoa Humana.

### 1.1 PROCESSO HISTÓRICO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Para melhor compreensão do tema é necessário fazer uma rápida trajetória do que vem a ser constitucionalismo desde os tempos antigos até o contemporâneo.

Para muitos juristas a exemplo de Luiz Roberto Barroso (2010 p.100) considera-se Constitucionalismo um movimento político filosófico que se manifesta em diferentes épocas e lugares com a intenção primária de se contrapor ao absoluto poder dos governantes. Em outro momento, José Gomes Canotilho (2000 p.50) explica que Constitucionalismo é a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social. Em suma, a função precípua do constitucionalismo seria limitar o poder ora soberano do governante.

Neste ponto é importante destacar que no período antigo não havia constituições nos moldes que se observa no Estado Moderno, todavia alguns movimentos políticos podem ser equiparados a tal, neste sentido Maurizio Fioravante (1990 p.190) afirma não ser coerente partir de uma perspectiva moderna analisar as Constituições do período antigo, tendo em vista a época e a cultura são distintos do cenário que moderno/contemporâneo.

Gradualmente o Constitucionalismo foi logrando sucesso, a Carta do João Sem-Terra em 1215 Inglaterra, por exemplo, apesar de não ser uma Constituição tem bastante relevância para futuros documentos, pois considerava Propriedade um Direito a ser garantido.

No cenário do Regime Absolutista, se observa uma monarquia extremamente privilegiada e arbitrária, surge-se então uma manifestação política-ideológica para se contrapor a isto, segundo Daniel Sarmiento Neto (2012 p.100) o Constitucionalismo Moderno sustenta a limitação do estado em

pro da liberdade individual, ou seja, uma mínima interferência do rei na vida das pessoas.

O constitucionalismo Moderno se estabelece na Europa no período em que as grandes potências da época estavam em graves conflitos, a exemplo, da Revolução Burguesa Inglaterra também a Revolução Francesa em 1789 entre outras, isto ocorre visto a arbitrariedade do poder dos governantes, considerando estas informações as Constituições advindas desta época traziam tópicos diretivos de Organização do Estado com delimitações claras de atuação dos governantes.

A partir do Constitucionalismo Moderno consegue-se perceber novos rumos deste movimento, com fortes influências do Iluminismo francês, como resposta direta ao absolutismo, as Constituições advindas desta época traziam consigo limitação do estado e assegurando Direitos individuais, na concepção negativa uma vez que o Estado não interviria para garanti-los, mas concedia liberdade para que o próprio indivíduo agisse livremente, “os direitos fundamentais eram concebidos como direitos negativos, que impunham apenas abstenções aos poderes políticos” (SAMENTO 2012 p. 59) o que faz sentido se analisando o modelo absolutista onde havia um excesso de interferência da monarquia na vida privada dos indivíduos.

Fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político social e cultural que sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de dominação política sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto e o próprio nome indica pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo inato e o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alceradores da existência de Direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentados num tempo longo, desde os fins da idade média até o século XVIII.

CANOTILHO, J.J., 2010 p. 48

Neste sentido, o constitucionalismo moderno vem com a ascensão de Constituições escritas se contrapondo ao modelo absolutista. De certa forma os Estados passaram a ter novas configurações, diferentes das adotadas no constitucionalismo antigo, neste modelo não se tolera uma interferência ostensiva por parte do governante, mas sim uma mínima interferência estatal, nos ensinamentos de Daniel Sarmiento (2012 p. 100) no período em análise “os Direitos de cunho fundamental eram concebidos como direitos negativos, que impunham apenas abstenções aos poderes políticos”.

Associado ao período do Constitucionalismo Moderno, instala-se o Estado Liberal conceito que pode ser facilmente explicado por John Locke, ele

entendia que as regras políticas deveriam estar alinhadas com as leis, sendo assim não seria coerente o governante interferir na vida privada do indivíduo a não ser para garantir Direitos.

Nestes moldes as constituições advindas deste período, denota uma mera abstenção de possíveis intervenções feitas pelo governante, ocasionou em momentos de extrema tensão no continente europeu a exemplo os regimes totalitários, o fato das Cartas Magnas deste período não efetivar Direitos e não promover justiça social afastava muito a realidade da população do que se pretendia com o Documento até então vigente.

Após as barbáries cometidas pelos regimes totalitários a exemplo o Nazismo na Segunda Guerra Mundial, se tornou a latente a necessidade de uma Constituição que de fato efetivasse Direitos e Garantias Fundamentais, para isso passa-se a construção de um Direito fundamentado na Dignidade Humana.

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição  
BARROSO, 2005, p. 05

Com evidência da não concretização do regime Constitucional até então vigente surge em meados do século XX jus filósofos começam a tecer pensamentos de superação do constitucionalismo moderno, com advento destes acontecimentos históricos de extrema relevância culminou no pensamento originado na Europa o chamado neoconstitucionalismo, agora passa-se a reconhecer a supremacia material e axiológica da constituição, no passo que o conteúdo é dotado de força normativa diferente das demais normas.

No contexto evidenciado nos parágrafos acima, ocorre uma transição do Estado Liberal para o Estado Social, pois, observa-se que a simples subordinação dos governantes as leis não eram capazes de conter possíveis abusos, sem contar a crescente desigualdade social provocada pelo modelo econômico liberal instalou-se uma crise que regozijava mudanças no paradigma constitucional.

O constitucionalismo contemporâneo tem definido seus traços característicos, nos últimos anos, sobretudo a partir do final da Segunda Guerra Mundial. São exemplos desse tipo de Constituições os textos fundamentais da Itália (1947) e Alemanha (1949) primeiro e de Portugal (1976) e Espanha (1978) depois. No entanto, desde então o constitucionalismo não tem permanecido como modelo estático, e sim que tem evoluído em muitos sentidos  
CARBONELI, 2003, p. 09

Neste sentido cabe esclarecer que não existe um conceito único de neoconstitucionalismo, visto que é uma criação contemporânea um fenômeno ainda em evolução, como bem explica Carbonel (2007p.100), não existe um único neoconstitucionalismo que corresponda a uma única concepção teórica e filosófica, mas sim diversas que se postas em análises comportam semelhanças.

Com advento dos regimes totalitários ocorridos na Europa trouxe uma necessidade urgente de revisitação nas bases teóricas do constitucionalismo moderno, situação que corrobora para o surgimento do neoconstitucionalismo, para Max Muller (2000 p.100) a mudança advinda deste período pode ser compreendida a partir do protagonismo judicial a perda da hegemonia da Lei como única fonte de Direito.

Neste sentido, o neoconstitucionalismo tem sua estrutura no pós-positivismo. Como já mencionado nos parágrafos anteriores o período do constitucionalismo moderno vem para atender os anseios mais urgentes da sociedade, que seria limitação da soberania, neste cenário se considera na lei um ponto de partida de legitimação de todo e qualquer ato, logo, a Lei posta pelo estado passa a ter uma configuração diferente antes vista pela sociedade, sobre este assunto o jurista diz o Jurista (ROCHA 2004 p.90) afirma, “colocação da Lei no patamar de um comando estratificado, abstrato e absolutamente coercitivo atendia certamente ao reclamo da sociedade da época, em repúdio aos desmandos e extravagâncias produzidos pelo absolutismo”

Com a chegada de um novo pensamento jusfilosófico o chamado pós-positivismo jurídico segundo diz Figueiroa (2005 p. 52) que o mesmo vem para impor limites valorativos ao aplicador da lei, como já dito anteriormente os regimes totalitários a exemplo do Nazismo e Fascismo mostrou o quão estavam distantes da ideia de ser justo, um pensamento de George Marmelstein (2020 p.57) que vale a pena ser ponderado é que, “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da Lei, o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos”.

Nesta diapasão, o pós -positivismo serve como base filosófica para o neoconstitucionalismo segundo Barroso “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo (BARROSO 2015 p.190)” assim sendo o pós-positivismo traz abertura de aproximação entre o Direito e a Moral, neste ponto o neoconstitucionalismo através de bases filosóficas rígidas se estabelece no cenário mundial sobre este assunto Barroso ainda faz uma importante ponderação que o pós-positivismo seria “confluência das duas grandes correntes de

pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo (BARROSO 2015 p.250) ”

Neste ditame, as constituições guardam a característica de rigidez, uma vez que para alterá-la é necessário um procedimento mais solene para tal, atrelado a isto está o fato das Constituições advindas deste período ocupam o ápice do ordenamento jurídico, neste sentido a sua força normativa se estende por todo ordenamento jurídico não sendo admitidas normas que contrariem a Lei Maior.

Na concepção de Comanducci o neoconstitucionalismo se diferencia por elevar os chamados Direitos Fundamentais, tornado o estado garantidor de tais Direitos, dando a ideia de uma Constituição invasora, nestes passos é perceptível a abrangência da jurisdição constitucional.

Um dos fatores que merecem ser evidenciados neste momento é que segundo Barroso (2012 p.120) o fato do reconhecer nestes documentos normatividade de princípios seria uma clara expressão do pós-positivismo como consequência do neoconstitucionalismo.

Como já bem ressaltado durante a dissertação deste texto, o modelo social liberal individualista trazia grandes desigualdades para a população, fator a qual evidencia grandes falhas no modelo constitucional até então vivenciado, neste sentido o termo utilizado por Gustavo Zagrebelski (2010 p.90) o “Estado de Direito Legislativo” fazia previsão de uma participação mais expansiva do legislativo, tanto que o mesmo é considerado o senhor do direito, neste ditame o direito e o que está na lei e justiça é o que lei determina” logo seria iminente um afastamento do direito da real justiça.

Seguindo os ensinamentos de Gustavo Zagrebelski (2010 p.90), o neoconstitucionalismo diferencia-se do modelo do constitucionalismo moderno, pelo fato da prevalência da Constituição, ao contrário do que se observa no modelo moderno uma sujeição total a lei, neste observa-se uma máxima sujeição a Constituição, e todo ordenamento jurídico regras e princípios são voltados para promover a justiça social, neste molde segundo Zagrebelski (2010 p.95) ao contrário do legislador ser o “protagonista” os juízes passam a ter um papel mais significativo no caminho de promover Direitos e Garantias Individuais.

## 1.2 PÓS POSITIVISMO E SUA INFLUÊNCIA NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Em um primeiro momento, seria interessante a título de esclarecimento, explicar o que seria o positivismo jurídico e os motivos que impulsionaram a sua superação para o pós- positivismo.

Conforme a definição de Luiz Roberto Barroso (2012 p.90), o Positivismo Jurídico seria uma escola doutrinária que buscava dar mais objetividade ao ramo do Direito, uma vez que venho para se contrapor ao jusnaturalismo, se baseando em juízo de fato não de valor.

Neste sentido, Norberto Bobbio traz características que são capazes de identificar o positivismo jurídico.

O modo de abordar o Direito como um fato e não como um valor, atendo-se, desse modo, na norma e na sua validade e não no seu valor; o Direito definido em razão de sua coação, de onde surge a teoria da coatividade das normas, em que as normas se fazem valer por meio da força; a ideia de que a fonte preeminente do Direito é a lei; teoria da norma jurídica, fundada na ideia imperativista de que a norma é um comando; na teoria do ordenamento jurídico, em que o Direito é compreendido como uma estrutura interligada e hierárquica de normas que juntas devem formar um ordenamento completo e coerente; o elemento da ciência jurídica, como uma ciência autônoma que deve realizar apenas juízos de fatos e não de valor, com uma interpretação mecanicista descritiva do Direito e, por fim, a teoria da obediência, que diz mais respeito ao positivismo ético do que ao positivismo jurídico.

BOBBIO, 2006 p. 150.

Neste ponto, pode-se afirmar que o positivismo jurídico se funda na rigidez do Direito, os juspositivistas acreditavam na conciliação dos métodos utilizados nas ciências exatas funcionárias se aplicado nas Ciências Humanas, contudo na descrição de Barroso jamais seria possível tal feito pois não é possível ter uma postura descritiva perante o Direito.

Entendiam que qualquer referência a valores era inadmissível no mundo jurídico, que o Direito deveria se fixar sempre no campo do dever ser e não no campo do ser, permanecendo a ciência jurídica na mesma linha das Ciências Naturais ou Exatas, ou seja, realizando um estudo descritivo do Direito sem pretensões de influir em seu conteúdo  
BOBBIO, 2006 p. 155

A exemplo disto, vimos diversos regimes autoritários se escorando unicamente na lei, desconsiderando qualquer propensa proteção aos cidadãos deslegitimando por sua vez a função precípua do Direito e da justiça promovendo desigualdades sociais.

Apesar da corrente positivista não ser monista, isto porque engloba na sua fonte diversas fontes para explicar a relação do Direito com o indivíduo, a

priori os pensadores que se contrapõem ao positivismo o faz alegando que o mesmo engessa o Direito, e não obstante todo sistema jurídico, tornado o ramo do Direito mero instrumento político, somando a isto considerava-se que fontes jurídicas em destaque a lei, apresentava pensamentos de um grupo específico não de uma pluralidade, Zagrebelsky (2010 p.150) defende que os ordenamentos jurídicos deveriam ser resultados de uma pluralidade de fontes, com fito de dar legitimidade aos grupos menores.

A título de compreensão, cumpre esclarecer que existiam duas formas de Positivismo Exegético e o Positivismo Normativista.

Cabe esclarecer que, escola de Exegese está contextualizada com o período histórico da Revolução Francesa, na obra chamada e *l'exégèse en droit civil* o autor traz cinco características que valem a pena ser mencionadas nesta pesquisa, neste ponto (Bobbio 1990 p.56) ensina, que a primeira característica seria a inversão das relações tradicionais entre Direito natural e positivo, no período já citado neste parágrafo um dos postulados da revolução francesa seria o racionalismo e o antropocentrismo, contrapondo-se a grande influência da Igreja Católica nos mais variados setores sociais, logo os firmamentos filosóficos advindos deste época buscam uma separação com o teocentrismo.

Seguindo esta linha de pensamento, contextualizando com o ramo do Direito, esta escola filosófica buscava um juiz menos intervencionista, a posição de que o mesmo seria apenas “boca da lei”, *bouche de la loi* outra característica deste movimento que merece destaque é o fato do protagonismo do Poder Legislativo nos ensinamentos de “a interpretação da lei fundada na intenção do legislador”. (BOBBIO 1999 p.70)

Em relação ao Positivismo Normativista, conforme o ensinamento do seguinte jurista seria, Streck (2008 p.100) “O positivismo normativista encara o direito apenas como um objeto da ideia, esvaziando-o de todos os valores, levando a uma forma lógica da norma, vista como proposições do dever ser” (Lênio Streck 2008, p.100)

Complementando com ensinamento Streck (2008 p.100) “[...] seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor (2008 p.100)’”.

Neste contexto, o pós-positivismo segundo Barroso (2012 p.120) seria a “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a

definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”. Para isto observa no pós-positivismo uma inserção de valores e ética no Direito, e a elucidação de uma teoria que fundamenta força normativa para os princípios, no pensamento de Zagrebelsky (2005 p.98) nesta nova linha de pensamento o Direito passa a ser um instrumento de resolução de conflito, e no avanço da sociedade não poderia existir um ordenamento jurídico adstrito unicamente a lei.”

Historiadores afirmam que o momento que de fato se tornou latente uma superação do Positivismo Jurídico, foi o período da segunda mundial.

Neste sentido Clarissa Tassinari faz a seguinte afirmação.

O período posterior à Segunda Guerra mundial foi considerado um marco para o Direito no mundo todo, isso porque, para que fossem superadas as atrocidades cometidas durante a existência dos regimes totalitários, era necessário que se rompesse com toda a estrutura legislativa que lhes atribuía legitimidade através do argumento da obediência a um formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado de criação das leis.

TASSINARI, 2013, p. 98

Nesta questão, urge necessidade um corrente jus filosófica que entendesse o paradigma Constitucional na época, neste sentido o Jurista Lênio Steck faz um comentário que merece destaque em relação ao Estado Constitucional De Direito.

Desse modo, dos problemas provocados pelo absentismo estatal passou-se à exigência da construção de um modelo de Estado (e de Constituição, porque impossível dissociar esta daquele) dotado de capacidade de impedir a revolução que poderia surgir da incapacidade do liberalismo em gerar uma sociedade que compatibilizar progresso com distribuição de renda e justiça social. Este é, pois, o cenário próprio para o aparecimento do Estado de feição intervencionista, onde o polo de tensão do poder se desloca em direção ao Executivo. Afinal, para realizar políticas públicas corretivas, era necessário um Estado forte e um direito apto a albergar os (necessários) atos promovedores de tais políticas (veja-se, por exemplo, o embate entre o Poder Executivo norte-americano e a Suprema Corte, por ocasião do New Deal). Muda a feição do Estado; altera-se a feição do direito (e das Constituições)

STRECK 2014, p. 24

Busca-se através da superação do positivismo jurídico que por sua vez está atrelado ao constitucionalismo moderno, trazer reparação das mazelas ocasionadas pelos grandes conflitos ocorridos no período em estudo, como já comentado no decorrer deste capítulo, com a ruptura do Positivismo Jurídico há uma reaproximação do Direito com a Moral, neste momento deve-se destacar o pensamento de Ronald Dworkin.

Em A justiça de toga, Dworkin propõe uma análise da relação entre direito e moral que complementa, em grande parte, a exposição por ele realizada em outras obras. Nessa ocasião, o jusfilósofo americano afirma que entre o direito e a moral não existe nem separação, nem

vinculação, muito menos complementariedade. Ele afirma ser o direito um ramo (branch) da moral havendo, entre direito e moral, uma interconexão. [...] Essa interconexão, nos termos propostos por Dworkin, trata o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Entendemos a teoria política desta forma: como parte da moral compreendida em termos gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais distintas

DWORKIN 2014, p.190

Cabe esclarecer que, sendo o pós-positivismo arcabouço filosófico para o neoconstitucionalismo, as fontes do Direito tornam-se mais amplas, uma vez que somente a lei seria considerada legítima para regulamentar ações, neste momento outras fontes passam a ser consideradas para tal finalidade a exemplo dos princípios que muitas vezes mesmo não estando explícitos no ordenamento jurídico, são tratados e respeitados como se assim fossem.

Sobre este assunto Lenio Streck traz importantes ponderações.

Essa problemática tem relação direta com a construção de uma nova teoria das fontes, uma vez que a Constituição será o locus da construção do direito dessa nova fase do Estado (Democrático de Direito); conseqüentemente, não mais há que se falar em qualquer possibilidade de normas jurídicas que contrariem a Constituição e que possam continuar válidas; mais do que isso, muda a noção de parametricidade, na medida em que a Constituição pode ser aplicada sem a interpositivo legislatoris, fonte de serôdias teorias que relativizam a validade/eficácia das normas

STRECK 2014, p. 24

Sobre a sistematização dos princípios e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro Luís Roberto Barroso tem importantes contribuições.

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete. Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica<sup>58</sup>, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento

BARROSO 2001, p. 20-21

Por fim, seria de grande valia destacar que as normas Jurídicas e suas

configurações de interpretações Hermenêuticas serão tratados nos capítulos seguintes deste trabalho.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL

De forma objetiva, podemos entender como Ativismo Judicial, como uma atitude do Poder Judiciário, com fim de garantir normas ora negligenciadas pelo Poder Público.

### 2.1 O ATIVISMO FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para melhor compreensão do tema, neste primeiro momento nos valeremos de um breve relato sobre o desenvolvimentismo do Estado a partir do Estado Social até chegar no modelo adotado pela constituição de 1988 Estado Democrático de Direito.

Com advento da Revolução Burguesa no século XVII, culminou no Estado Liberal, tal período é caracterizado pelo capitalismo desenfreado razão a qual o símbolo deste período seria *laissez-faire laissez* passar extrai-se deste período que o liberalismo econômico fomentou o empobrecimento das classes periféricas, segundo Ferreira (1998 p.180) “O liberalismo econômico levou a sociedade a uma forte concentração de riqueza e ao empobrecimento da classe operária, devido aos baixos salários e às péssimas condições de trabalho, fruto da exploração da classe operária pela classe burguesa”.

Neste descompasso a insatisfação popular se tornava cada vez mais latente, na medida que a classe operária fiava precária, era evidente o descaso com Estado para com corporatura Social, resultando em grandes eventos históricos com a convocação da Assembleia Constituinte responsável pela formulação da Carta Magna da França, Carta está responsável pela consagração de Direitos Sociais e a Revolução Russa em 1917.

Diante deste cenário a burguesia passa a defender um estado mais intervencionista, na intenção de superar a sensação de abstenção estatal causado pelo Estado liberal.

O Estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico).  
BOBBIO, 1988, pág.19

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes

agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios.

SUNDFELD 1998 p. 50

Neste sentido, partindo das primícias do Estado Social o estado deixa a posição inercia, e passa a interferir na vida do cidadão no sentido de garantir o mínimo de subsistência da vida.

Posto isto, observa-se ainda diversas insatisfações por parte do povo em relação ao estado social, o constitucionalista Paulo Bonavides (1999 p.150) ensina que os regimes fascistas que emergiram na Europa escancararam os anseios de maior participação popular, “O Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo (SILVA 2005 p.200)”

Na medida que o Estado Contemporâneo foi tomando forma, o chamado Estado Democrático de Direito, foi sendo instituído, cumpre salientar que o referido objeto de estudo, surge na intenção de evitar a propensão de regimes totalitários, limitavam a participação popular na vida pública, Ferreira (2005 p.200) “governo constitucional das maiorias que, sobre as bases de uma relativa liberdade e igualdade, pelo menos a igualdade civil (a igualdade diante da lei), proporciona ao povo o poder de representação e fiscalização dos negócios públicos”

Neste sentido ainda afirma.

Aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo.

SUNDFELD 1990 p. 55

Conclui-se então que, na busca da incorporação da democracia como elemento constitutivo do estado, nasce o Estado Democrático de Direito.

Passaremos agora a análise da aplicação do Estado democrático de Direito na atual constituição.

Constitutionalistas afirmam que a democracia então vigente no Brasil, não se resume somente em participação popular, mas um sistema comprometido em efetivar Direitos Fundamentais, baseando-se no Princípio da Dignidade Humana.

No atual cenário, a Carta Magna de 1988, ao consagrar o Estado Democrático de Direito, coloca como meta atingir a garantia de direitos de cunho social e fundamental, criando meios de exigir tais direitos caso não seja correspondido.

Superada esta questão, passamos agora a análise do ativismo judicial. Com base no que já foi exposto ao longo deste trabalho, observa-se que na vigência do Estado Liberal havia uma série de injustiças causada pela ausência de controle do Estado, a clara ineficiência dele em resolver pendências culminado em revoluções, a partir disso passa-se o que conhecemos como Estado Social, mas mesmo assim não seria satisfatório, pelos motivos já expostos.

Cumprir destacar que o Estado Social é aquele que satisfaz as necessidades básicas da sociedade – mínimo existencial – garantindo o indispensável para tutelar os interesses dos seres humanos mais vulneráveis, primado que visa a garantia da dignidade da pessoa humana. Não se confunde, todavia, com o Estado Assistencialista, o qual se caracteriza como aquele que assume todos os encargos para efetivar os direitos, ampliando demasiadamente o aparato estatal, tornando o Estado mais burocrático e ineficiente.

LUIZ 2000 p.302

Com advento destas revoluções, principalmente pós segunda guerra mundial, promoveu-se a constitucionalização de Direitos Fundamentais e Sociais, desta forma emerge o neoconstitucionalismo, que de certa forma reúne normas e princípios, possibilitando ao Direito interpretação mais abrangente.

Seguindo o ditame da Supremacia da Constituição, fica reservado ao Judiciário garantir a efetividade desses Direitos fundamentais e sociais, todavia no cenário que se tem excessiva omissão do Poder Legislativo a demanda pelas para que se efetive estes Direitos se torna grande.

Nesse passo, a atuação do Poder Judiciário deixa de se restringir à de mero aplicador da lei, mediante a subsunção do fato à norma (juiz politicamente neutralizado), mas passa à função de examinar o exercício da atividade administrativa e legislativa sob o campo da discricionariedade, quando esta importar em omissão quanto ao papel de efetivação dos resultados objetivados no texto constitucional responsável finalística do juiz.

TÉRCIO 2005 p. 405

É mister, antes de tudo, analisar o conceito de Ativismo Judicial, o jurista Luís Roberto Barroso considera como Ativismo Judicial.

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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas

BARROSO 2012, p. 30

Também esclarece o referido estudo.

A complexidade do ativismo judicial revela-se, particularmente, na forma como se manifestam as decisões ativistas. Essas decisões apresentam diferentes dimensões, e não apenas forma única de manifestação, o que significa dizer que o ativismo judicial consiste em práticas decisórias, em geral, multifacetadas e, portanto, insustentáveis de redução a critérios singulares de identificação. Há múltiplos indicadores do ativismo judicial como a interpretação expansiva dos textos constitucionais, a falta de deferência institucional aos outros poderes de governo, a criação judicial de normas gerais e abstratas, etc. Assumir esta perspectiva transforma a identificação do ativismo judicial em uma empreitada mais completa e segura.

CAMPOS p.200 2014

Compreendendo que a Constituição Federal promulgada em 1988, guarda em seu núcleo característica de uma Carta analítica, não mais sintética com fins de organizar o Estado, internaliza em seus anseios normas que regulamentam matéria de interesse coletivo e principalmente Direitos e Garantias Fundamentais, assim como demonstrado no parágrafo anterior existe omissão legislativa, restando ao judiciário pelo princípio da inafastabilidade - artigo 5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito- apreciar o caso e dizer o direito.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.  
JOSÉ, p. 207, item n. 05, 1987

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático  
RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO

Entretanto os juristas que tecem críticas ao Ativismo Judicial entendem que, o Poder Judiciário padece de representatividade popular e fere o Princípio Da Separação Dos Três Poderes, ao se manifestar/ decidir em matérias de cunho político, todavia tal atitude resta justificada, pois conforme se extrai da atual ordem constitucional, não se coaduna a ideia de um juiz *bouches de la loi* mero repetidor da letra fria da lei, mas que busque concretude às normas constitucionais através da Hermenêutica constitucional.

Neste sentido, observe o seguinte julgado.

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes.

MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000. No mesmo sentido: RE 583.578-AgR, Rel.

Outrossim, o que se observa na dicotomia da jurisdição Constitucional é o seguinte, existe uma Constituição com normas diretivas, que garante um rol de Direitos aos jurisdicionados, em contrapartida tem-se órgãos do poder outros poderes (executivo e legislativo) que não consegue efetivá-los. Desta forma recai sobre o Judiciário ação de garantir tais direitos a população.

Desta forma também diz José Luiz Bolzan.

Estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível. Este é o contraponto. Daí a necessária indagação: que é o papel do Direito e da dogmática jurídica neste contexto? Segundo Moraes, o Estado Democrático de Direito, teria (tem?) a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao Welfare State neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à realidade. O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assegura mento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de uma efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.  
MORAES 2010 p. 550

Segundo os constitucionalistas, é inegável que existe uma transferência de atribuição de poderes, visto a abrangência de legitimidade conferida pelo Constituinte Originário ao Supremo Tribunal Federal (STF), sobretudo se tratando do Controle de Constitucionalidade Concentrado.

Na expansão da corrente neoconstitucional, os textos das constituições passaram a aderir princípios e como consequência uma interpretação mais abrangente por parte do aplicador da lei.

Sobre este tema disserta Luís Roberto Barroso.

O marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX  
Como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais 1 0 e a reaproximação entre direito e ética; Como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional<sup>1 1</sup> e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.  
BARROSO 2015 p.200

Ainda afirma Pietro Sanches

A Constituição está mais presente em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos de menor potencial, em espaços extensos em favor da opção legislativa; o judiciário se faz mais presente em vez do legislador ordinário e por derradeiro a coexistência de uma diversidade de valores, às vezes contraditórios, em vez de uma ideológica homogênea  
SANCHÍS 2000, p.132

Posto isto, compreende-se com esta corrente que a norma constitucional vincula todos os entes públicos (Poder Legislativo, Poder Judiciário Executivo, órgãos da administração pública direta e indireta, e é lógico que se espera meios que se efetivem estes preceitos, neste rumo o fato de vigorar o Estado Democrático de Direito só reforça a necessidade de um sistema constitucional principiológico, desta forma assevera (FERRAZ 2007 p.120) “Neoconstitucionalismo o direito passou a ser analisado não apenas como ordem coativa proveniente da autoridade estatal, mas sim a partir de sua busca incessante de legitimação social, através da constitucionalização dos princípios e dos direitos fundamentais, até a positivação do direito natural”

Com todo exposto ao longo do escrito, resta evidenciado que o neoconstitucionalismo vem para aproximar o Direito da Moral, incorporando no texto constitucional, princípios positivados ou não de relevante valor ético não admitindo por sua vez omissões ou até mesmo abstenção dos legitimados para efetivá-lo, razão a qual impulsiona uma excessiva participação do Poder Judiciário na vida do cidadão.

## 2.2 LEGITIMIDADE DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ÂMBITO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCER O ATIVISMO JUDICIAL.

É mister salientar que o período de criação da Constituição Federal de 1988 é conhecido como o período de redemocratização, isto porque permanência no país o período histórico chamado ditadura militar, tempo este marcado por bastante arbitrariedade do Poder Executivo, logo a promulgação da atual Carta Magna trouxe consigo maior controle atos políticos e também uma maior e mais nítida distribuição de funções aos três poderes.

Posto isto, conforme designação do Constituinte Originário, cabe ao Supremo Tribunal Federal, o papel institucional de guardião da Constituição da República, logo se espera desta instituição a fiscalização dos atos praticados pelo Poder Legislativo e Poder Executivo, averiguando a constitucionalidade das ações.

Os argumentos que explicam o Judiciário como guardião da Constituição assentam, basicamente, no advento da criação teórica dos tribunais constitucionais pelas nações. A lavra teórica foi antes uma adequação de fundamento que o fruto de uma elaboração criativa que teve como parâmetro a Suprema Corte norte-americana. A exemplo do sistema parlamentarista, derivado da ambiência histórica inglesa, os Estados Unidos reconheceram na aversão à monarquia a motivação não apenas do presidencialismo, mas da fundação de uma Corte de Justiça responsável pela guarda da Constituição  
MARBURY V. MADISON –60; 1803

Conforme disposto pelo Constituinte Originário no artigo 102 CF, atribui

para este ente, caráter de Tribunal Constitucional, pois ele julga Ações de Constitucionalidade em controle concentrado, último grau de jurisdição, além de possuir competência originária para julgar foro privilegiado.

A consulta ao texto da Constituição Federal de 1988 faz reluzente o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, pela dicção do caput do art. 102 e resultado de uma escolha política - CF, art. 84, XVI - sepultando qualquer controvérsia sobrevivente. Ao Poder Executivo, incumbe o zelo pela guarda da Constituição, art. 23, I; o que corrobora o traço acessório do Executivo, que somente atua na instrumentação e defesa do guardião da constituição  
VOLTARE 2007 p. 174

Em conformidade com o que exposto acima, seria inevitável o STF não assumir “protagonismo” nas decisões deste país, entretanto afirmar que a partir deste protagonismo, o STF assumiria uma atitude ativista, seria equivocada, tendo em vista que ele apenas está seguindo a sua função típica de julgar ações constitucionais.

Destarte com todo exposto durante este capítulo, existe um princípio que organiza as funções do Estado, o Princípio da Separação dos três Poderes, atrelado a ele adere-se o sistema de freios e contrapesos, todavia destaca-se a mitigação do referido princípio frente às evoluções que ocorreram no Estado.

Por óbvio, o modelo clássico de separação de poderes, na esteira das propostas originárias de Montesquieu e Madison, alicerçou-se em um 41 paradigma liberal do direito, pelo qual ao judiciário caberia apenas revelar o direito. Com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária. Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado. Na verdade, como se verá, no fundo sempre houve latente a possibilidade de conexão maior do que se pensava entre a arena política e o canal judicial  
DE PAULA 2011, p. 273

Deste modo, com advento do neoconstitucionalismo, e os avanços no ramo Direito, como a supremacia da Constituição, é natural o poder judiciário adotar funções que antes não seria comum, entretanto é observado atualmente situações que o STF tenha atuado como legislador, desta forma usurpando funções típicas de outros poderes, e conforme defendem alguns doutrinadores tal posição geraria afronta ao Estado Constitucional de Direito.

Em contrapartida, doutrinadores como Dirley da Cunha Júnior (2015 p.200), expõe que, os três poderes possuem funções típicas e atípicas, por exemplo, o poder legislativo possui a função primária de legislar (criar leis), todavia de forma atípica exerce a função de julgar o Presidente da República, o judiciário legisla ao editar o seu regulamento interno, da mesma forma o poder executivo ao editar Medidas provisórias, demonstra-se a partir disto que a predominância das funções é o que prevalece, não sua exclusividade.

Exposto isto, cabe aqui explicar o Sistema de Controle de Constitucionalidade até então vigente no Brasil, extrai-se da atual doutrina dois meios de Controle de Constitucionalidade, Controle Político e jurisdicional, o primeiro citado subdividido em Controle Político Legislativo (CF artigos. 22,47, 49,58,60,62,64 a 65) Controle Político Executivo exercido pelo Presidente da República através do veto (CF artigo. 66 §1º), para fins de delimitação de tema, será aprofundado neste trabalho o Controle Jurisdicional com enfoque via concentrada.

É sabido que no Brasil temos um ordenamento jurídico, escalonado, onde a Constituição está no ápice desta pirâmide, ou seja, reconhece-se a partir disto a supremacia da Constituição.

Partindo deste princípio, adere-se o Controle de Constitucionalidade com finalidade precípua de retirar do ordenamento jurídico, toda norma em desacordo com a Lei Maior, “que a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico e também, a rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais (MORAES 2009 p.215)”

Nesta senda, acrescenta José Afonso da Silva.

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, constitui conduta inconstitucional.  
SILVA 2000 Pág.48

Neste trabalho como já mencionado, será direcionado a estudar, o Controle repressivo concentrado, controle este realizado pelo judiciário

Desta forma, foi através da Constituição Republicana de 1891, que houve uma breve aproximação da Jurisdição Constitucional brasileira com o Controle de Constitucionalidade Difuso, inspirado no modelo norte-americano.

Nesta carta, o Constituinte inovou na dinâmica organizacional, e conferia ao judiciário possibilidade de deixar de aplicar leis e normas que estivessem em desacordo com a Constituição, neste caso embora o Poder Legislativo detinha o poder de zelar da Constituição, caberia ao judiciário de forma específica como última instância Supremo Tribunal Federal, analisar inconstitucionalidades, “estava consolidado, entre nós, o controle difuso de constitucionalidade à moda do judicial review dos nortes americanos – um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação (BARBOSA 2000 p.100)

Na promulgação da Constituição de 1934, o constituinte manteve o

controle via incidental, e introduziu no ordenamento a competência de o Senado suspender atos normativos e leis já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir disto, na constituição de 1937, por ser uma Carta Magna outorgada, houve perceptíveis retrocessos em relação a este tema.

A Constituição de 1937 permitia que o Presidente da República submeter ao parlamento a lei declarada inconstitucional. Se pelo voto de 2/3 terços de cada uma das casas legislativas, fosse confirmada a validade da lei, torna-se insubsistente a decisão do Poder Judiciário que decretou a inconstitucionalidade art. 96... O presidente Getúlio Vargas editou Decreto-lei n. 1.564 “validando” textos de lei declarados inconstitucionais pelo supremo Tribunal Federal. Pôs em xeque o caráter incontestável das sentenças Judiciais.

BULUS, 2015 p.202

Com advento da Constituição de 1946, houve uma reintrodução do Sistema de Controle de Constitucionalidade, Dirley da Cunha (2018 p.200) “a constituição de 1946, foi modificada pela emenda constitucional n. 16 de 26 de novembro de 1965, que inaugurou oficialmente em nosso país a fiscalização abstrata de normas. Nisso, conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente Ações Diretas de inconstitucionalidades de lei ou ato normativo estadual ou Federal propostas pelo Procurador-Geral da República”

De forma crescente, a partir deste período o Constituinte Originário tem acrescido a jurisdição constitucional, todavia de forma grandiosa a Carta Magna de 1988 aderiu a este sistema um complexo e valioso Controle de Constitucionalidade, segundo Uadi Lammêgo Bulos (2018 p.90), este modelo introduzido no Brasil em 1988, é um dos mais avançados do mundo, principalmente em matéria de controle concentrado, legitimando membros para propositura desta ação.

Diante desta breve revisitação às constituições anteriores, percebe-se que com o passar do tempo, as funções atribuídas ao Judiciário, se tornavam cada vez mais expansiva e isto se torna latente na atual Constituição, com superação do Positivismo Jurídico, requer-se do Poder Judiciário a atuação como “Legislador Negativo”.

### 2.3 CASOS CONCRETOS QUE POSSIVELMENTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TENHA EXERCIDO O ATIVISMO JUDICIAL.

Em que pese o STF cumprir o papel de guardião da Constituição é fato incontestado, razão pela qual a jurisdição constitucional tutela Direitos disponíveis na Carta Magna frente a omissões dos outros poderes.

Passemos agora para análise de casos concretos, que imputam ao Supremo a prática do ativismo.

Iniciaremos com o caso “criminalização” da homofobia como racismo questão atendida pelo STF através de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) proposta pelo Partido Socialista em 19/12/2019, tal Ação foi julgada procedente com base no artigo 5º XLI da CF/ 88, neste caso o Supremo entendeu sim haver mora legislativa, e escorado no artigo 5º LXII conferiu interpretação conforme ao artigo 20 da Lei 7716/89, equiparando homofobia como racismo.

obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima”. Como fundamentos, aponta a ordem constitucional de criminalizar (mandado de criminalização) relativa ao racismo (art. 5º, XLII) e às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), bem como o princípio da proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88)

BRASIL Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, nº 26, voto Gilmar Mendes

Consoante a estes entendimentos diversos juristas, teceram críticas ao Supremo alegando que ele assumiria função típica do poder legislativo, entretanto como resta comprovado Ação Declaratória de Inconstitucionalidades por Omissão ADO nº 26, fato que vem se arrastando por diversos anos a violência contra este grupo de pessoa em específico, e a ausência de norma que criminalize esta atitude extremamente nociva a sociedade.

Ao proferir voto o ministro Gilmar Mendes, pondera que a não tipificação desta atitude enseja interferência do Poder Judiciário, o Constituinte Originário deixou mandamentos de criminalização obrigatória (5º, XLII, da CF/88) por parte do poder público, ou seja, é um ato vinculante, que por obvio vincula os poderes a coibir a prática, de forma inequívoca prática do racismo faz parte deste rol.

O dever jurídico de legislar sobre o tema decorreria, como afirmado, de normas constitucionais que expressamente determinam ao Parlamento a punição de atos de discriminação, de acordo com a imposição legiferante contida no art. 5º, XLI e XLII, da Carta Maior. A constatação de que se está diante de uma inação congressual apta a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade por omissão é, portanto, imprescindível ao deslinde desta demanda. É a partir desse reconhecimento que se abre a possibilidade de colmatação de tal lacuna pela via judicial, respeitados os limites jurisdicionais. Ainda que aqui se investigue a ação do legislador no campo de políticas criminais, percebe-se que a não tipificação dos crimes de homofobia e transfobia, além de

expor grupos minoritários a situações graves de violência social, suscita um desvio dos comandos constitucionais que firmam a reprovabilidade de condutas discriminatórias. Daí a configuração de uma justa causa legitimadora da intervenção do Poder Judiciário  
BRASIL Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, nº 26, voto Gilmar Mendes

Conclui-se a partir do exposto acima, que a inação do Poder Legislativo como ficou demonstrado nos autos, coloca uma minoria em situação de constante inconstitucionalidade, e apesar de ser uma decisão certa é dúbio afirmar ser uma ação ativista (i) no presente caso o STF foi chamado em sede de ADO a dizer o direito frente a lacuna legislativa e como já mencionado pelo Princípio da Inafastabilidade não poderia se omitir (ii) a interpretação dada ao caso foi que, enquanto perdurar a omissão, que seja regulamentado pela Lei 7.716/89.

Outro assunto de extrema importância ora também ensejador de ação perante o STF, é o Direito à Greve ao Servidor Público, é sabido que o Direito de Greve disposto no artigo 37 CF é uma norma de eficácia limitada, isto é, depende de futura regulamentação que exerça eficácia plena, neste caso padece de regulamentação de Greve para servidores públicos, motivo que enseja Mandado de Injunção.

Outrossim o Mandado de Injunção está prevista artigo 5º, Inciso LXXI da CF/88, segundo o qual: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” consoante o entendimento de Moraes (2010, p.173) “o Mandado de Injunção somente se refere à omissão de regulamentação de norma constitucional”

Neste passo coube mais uma vez ao STF dar vazão a vontade originária do Constituinte Pátrio, reconhecendo mora legislativa, aplicando a Lei 7.783/89.

Desta maneira, infere-se que a atuação expansiva do Poder Judiciário em especial do STF, se torna comprovada frente a inércia legiferante do poder típico para desempenhar tal papel, com todo arcabouço argumentativo apresentado ao longo deste capítulo, se torna claro que é inegável expansão do Poder Judiciário frente às omissões legislativas, todavia tal fator é esperado pelo fato do Supremo ser guardião da Constituição.

### **3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

#### **3.1 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO DIREITO PÁTRIO**

Em que pese ao estudo da Hermenêutica Constitucional, no primeiro momento nos valeremos de uma rápida conceituação, para fins de contextualização.

Juristas afirmam que a Hermenêutica constitucional, se refere a uma ciência filosófica com princípios e métodos próprios, responsável a dar interpretação a norma jurídica constitucional, (MENDES 2010 p.200) “Interpretação constitucional é a atividade que consiste em dar o sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas regras ou princípios –, tendo em vista a vontade de resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e alcance.”

a norma constitucional, muito frequentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado. Como consequência direta desse fenômeno, surge a possibilidade da chamada ‘atualização’ das normas constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transformar-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica, de forma a atender, dentro de certos limites oriundos da forma pela qual a norma está posta, às mudanças operadas na sociedade, mudanças tanto no sentido do desenvolvimento quanto no de existência de novas ideologias

BASTOS 2000 p. 54

Cumprido salientar que a expressão hermenêutica constitucional não se confunde com interpretação constitucional, nas palavras de Carlos Maximiano (2010 p.100), a interpretação e aplicação da hermenêutica, ou seja, a hermenêutica seria teoria científica da arte de interpretar, (SZYNWELSKI 2000 p.100) “a interpretação jurídica consiste em processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é premissa maior, os fatos representam a premissa menor e a sentença é a conclusão”

No ramo do Direito Constitucional, se extrai o Princípio da Supremacia da Constituição, conferindo a Constituição Federal caráter *sui generis* diante disto tem que se levar em conta um processo hermenêutico singular para que dela se extraia a real vontade do Constituinte Originário, e dê aos jurisdicionados garantia dos Direitos ali positivados.

Vê-se, para logo, que o nosso intento doutrinário é distinguir, sem separar. Isto é, sem negar que os modelos jurídicos sejam umbilicalmente unidos, formando um todo compacto e indissociável, pensamos que os de índole constitucional agregam, aos caracteres básicos de todo o conjunto, traços complementares que lhes são privativos. Daí justificam e até mesmo exigem, por merecimento intrínseco ou virtude própria, o recorte de moldes interpretativos ajustados à respectiva silhueta. Melhor falando, justificam a formulação de uma técnica especial de manejo dos já conhecidos métodos de interpretação jurídica, principalmente o histórico, o lógico-sistemático e o teleológico

NEVES 1982, p.11-12

Nestes passos, com heranças do *civil law* europeu valoriza-se de forma extraordinária o direito posto/ positivado, ou seja, a lei legislada, neste sentido a escola jusfilosófica positivista fundamenta razão de ser assim, restando a partir disto ao aplicador da norma dar a devida interpretação, este conceito se estreita quando estamos nos referindo às normas constitucionais.

Até pouco tempo atrás, a interpretação era compreendida pela doutrina como uma atividade que lidava com os significados possíveis das normas em abstrato; e a aplicação, como a função de concretização daqueles significados. Na dogmática contemporânea, todavia, já não se enfatiza a dualidade interpretação/aplicação. A compreensão atual é de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos – ou outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico – faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente. Daí a crescente utilização, pela doutrina, da terminologia enunciado normativo (texto em abstrato), norma jurídica (tese a ser aplicada no caso concreto, fruto da interação texto/realidade) e norma de decisão (regra concreta que decide a questão). A singularidade de tal questão é considerar a norma jurídica como o produto da interpretação, e não como seu objeto, este sendo o relato abstrato contido no texto normativo.  
BARROSO 2018. p. 310

A partir deste ponto de vista, entende-se por interpretação constitucional, atividade do aplicador, finalidade de tornar possível os preceitos dispostos pelo constituinte originário, por óbvio dentro dos limites impostos pelo Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a hermenêutica constitucional tem a precípua função de entender e sistematizar os princípios de interpretação da Constituição, colaborando para a sua perfeita aplicação e extraíndo tudo o que nela se contém. Desta forma, o hermeneuta, ao observar a histórias, as ideologias, as realidades políticas, sociais e econômicas do Estado e da sociedade, conseguirá discernir o real alcance do texto constitucional.  
FERREIRA 2000 p.100

Para tanto, doutrinadores estabelecem princípios gerais para o ramo da Hermenêutica Constitucional, de forma que oriente o intérprete.

Unicidade da Constituição, tal princípio preceitua que as normas positivadas na Constituição, não devem ser compreendidas de maneira isolada, mas sim como um todo, ou seja, considera-se na Carta Magna existem preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios, desta maneira afirma o jurista “segundo este princípio, caso haja uma aparente colisão entre duas normas constitucionais originárias, elas deverão ser compatibilizadas, interpretadas conjuntamente de modo a manter a unidade constitucional (VASCONCELOS 2016 p.150)”.

Relacionado a este assunto, tem-se o princípio da máxima efetividade da Constituição doutrinariamente entende-se como princípio orientativo, tendo em vista o fato de a Lei Maior ocupar maior grau de efetividade.

Considera-se a partir deste preceito, que normas e princípios de caráter constitucional, devem ser atribuídas à maior eficiência possível. Sobre este

assunto complementa "esta compreensão de Hesse importa que a Constituição deverá imprimir ordem e conformação à realidade política e social, determinando e ao mesmo tempo sendo determinada, condicionadas, mas independentes." (HESSE 2008 p.200)

Princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo  
MELLO 2004 p. 51

Com advento do neoconstitucionalismo, frente às crises que ocorreram na Europa, afere-se aos princípios como fonte de Direitos para solução de conflitos, abrindo a partir desta margem para o intérprete da lei abrangência para efetivá-los.

### 3.2 MÉTODOS HERMENÊUTICO

Com a devida análise dos princípios norteadores da Hermenêutica Constitucional, passaremos a partir deste tópico estudar os métodos hermenêuticos.

#### 3.1.1 Método Gramatical ou Interpretação Gramatical

Este método consiste, em dar interpretação literal ao sentido da norma escrita, neste sentido, explica Paulo Bonavides "assenta no princípio que reconhece por legislado somente o que se disse no texto da lei, de modo direto e expresso".

A interpretação literal não excede em mais essa atividade preliminar. Limita-se a fixar o sentido do texto legal, inquinado de obscuridade, mediante a indagação do significado literal das palavras, tomadas não só isoladamente, mas em sua recíproca conexão. Atende à forma exterior do texto; preocupa-se com as acepções várias dos vocábulos; graças ao manejo relativamente perfeito e ao conhecimento integral das leis e usos da linguagem, procura descobrir qual deve ou pode ser o sentido de uma frase, dispositivo ou norma  
ALBUQUERQUE, 1997 p. 150.

Em contrapartida, há uma parcela da doutrina que tecem críticas ao referido método, pois, a simples leitura da norma, não a torna suficientemente eficiente para ser aplicada, consoante ao entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Jr. "interpretação gramatical ou literal que pretende ser capaz de extrair do texto o seu significado literal é ilusória; deve ser um ponto de partida e nunca o fim do processo"

Relacionado ao método tópico-problemático, partindo do conceito de que a Constituição é um sistema de aberto de regras e princípios, isto é dado o

caráter da Carta Magna, de admitir em seu processo interpretativas extensões para que seja alcançada efetivação social dos dizeres ali postos.

Posto isto, hermeneutas compreendem que o pluralismo axiológico contido no texto normativo, enquanto objeto hermenêutico a Constituição pende para o lado problemático do que sistemático, caminhando no sentido de interpretá-la de forma dialogada, de maneira que trate qualquer interpretação válida até que seja superada por outra que se adegue à Carta Magna

### 3.1.2 Método Hermenêutico Concretizador

Este método diferencia-se dos demais pelo fato de que o intérprete à lei o texto ter uma pré-compreensão do que está posto, em outras palavras hermeneutas que fundamentam este método, procuram vincular a interpretação ao texto da Constituição, por óbvio buscando adaptar à realidade para quem está sendo interpretada.

Interpretar sempre foi, também, aplicar; aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize; e, afinal, o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela.  
CANOTILHO 1982, pág. 476

Em que pese o referido método, juristas e hermeneutas fazem apontamentos de reflexão criticando, devido a sua difícil aplicabilidade, conforme afirma “porque a pré-compreensão do intérprete, enquanto tal, distorce desde logo não somente a realidade, que ele deve captar através da norma, mas também o próprio sentido da norma constitucional (MARTINS 2010)”

Que afirma que o juiz, ao interpretar, não pode fixar seu entendimento fora da lei (no caso, a Constituição), porque ele também se sujeita a ela, em sua vida privada e em seus julgamentos. Assim, tal qual acontece na chamada discricionariedade administrativa, o juiz, ainda que trazendo seus preconceitos para o processo interpretativo, deverá extrair, ao final, uma interpretação que possa ser enquadrada nos limites impostos pela própria Constituição, sem afrontar seus princípios, fundamentos e objetivos.

RODOLFO 2007p. 39-40

Diante do exposto, desprende-se que a pré-compreensão trazida pelo juiz/intérprete em muito compromete a validade das decisões por ele proferidas.

### 3.2.3 Método Normativo – Estruturante

Para melhor entender este tópico, é necessário revisitar o conceito de interpretação dado pelo hermeneuta Hans- Georg Gadamer, pela dialética gadameriana interpretar é também aplicar e que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a norma no caso concreto.

Isto posto, o Método Normativo – estruturante, vale-se da potencialidade da norma de ser aplicada no meio social, nestes passos leva-se em consideração a força normativa da norma no campo social.

Neste ponto, é necessário evidenciar a importância da contribuição Friedrich Müller, para o devido entendimento deste método.

Partindo do ponto de vista de que a norma jurídica é como um modelo de ordenação estruturado, podemos concluir que a aplicação do Direito não pode limitar a procedimento meramente cognitivo, necessita-se ter concretização da norma para que haja solução do conflito “[...] concretizar significa produzir diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito”

## CONCLUSÃO

Esta monografia teve como escopo inicial o estudo do Ativismo Judicial sob o prisma da Hermenêutica Constitucional.

Desta maneira é necessário esclarecer qual a pertinência desta discussão? O que o impulsiona a realizar este trabalho? Confesso que durante toda a minha graduação me chamou atenção as decisões do Supremo Tribunal Federal e paralelamente a isto as discussões geradas no meio social, e as controvérsias geradas a partir disso.

Diante de tal questão, busca-se através deste trabalho entender a efetividade da norma constitucional, no Estado Democrático de Direito. Para tanto é necessário fazer uma breve contextualização. É cediço que a Constituição de 1988 marcou para que os historiadores chamam, como período de redemocratização no Brasil, visto a superação da Ditadura Militar, período marcado por muitas perdas em questão de Direito e Garantias Fundamentais, logo o Constituinte Originário cuidou para que tais fatos nunca mais fossem repetidos.

Posto isto, fica incumbido ao STF a importante função de “Guardião da Constituição”, assim os métodos de interpretação das normas constitucionais dado o seu caráter único, divergem dos adotados para interpretar normas infraconstitucionais, visto que o intérprete deve extrair a máxima efetividade possível do texto normativo.

Com devida análise do exposto acima, extrai-se que, para devida efetivação de Direitos e Garantias fundamentais, a Constituição Federal vincula todos os entes do poder público para fomentar políticas públicas, todavia, torna-se crescentes omissões advindas do Poder Legislativo, tornando assim necessária a busca de judicialização para tornar efetivo direito que apesar de ser previsto na Carta Magna, não tem uma Lei que dê regulamentação.

Conforme esmiuçado durante a pesquisa, a atividade Ativista seria demonstrada a partir de uma atitude abrangente por parte do poder judiciário conforme apontamento de Luiz Roberto Barroso “Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel ativo na vida institucional brasileira. [...] a centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário na totalidade — na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais têm gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa”

Desta forma, entende-se que o poder judiciário ao buscar concretude para as normas Constitucionais, por ações constitucionais, onde foram

devidamente provocados a isto, apenas está exercendo a judicatura, dever incumbido pelo Constituinte Originário, assim não há que se falar em possíveis ameaças aos Poderes e a harmonia consagrada na Constituição

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988 Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição) acessado em 03 de maio de 2022

CÓDIGO CIVL. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 03 de maio de 2022

GADAMER, Hans- Georg. Verdade e Método- Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica Vol. 1, tradução de Flávio Paulo Meurer Revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini,ed.Vozes, Petrópolis 1999.

BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7ª edição, ed. Saraiva, 2012.

CUNHA, Dirley Júnior. Manual de Direito Constitucional. 1ª edição, ed. Juspodvim.2021

CODIGO PENAL. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 de dezembro de 1940. Disponível em:// [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/2848compilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/2848compilado.html), acessado em 03 de maio de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 310

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 171

COELHO Luiz Fernando. Direito Constitucional e filosofia da Constituição. p. 302,2007

J.J. Gomes CANOTILHO. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pág. 476

MIOZZO Pablo Castro. Interpretação Jurídica e criação judicial do direito - De Savigny a Friedrich Müller. 1ª edição Ed. Juruá Editora 2012

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. 3. reimpr. Trad. por Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

COMANDUCCI, Paolo. Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho. Lima: Ara, 2010.

ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Trad. por Eudardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

GUASTINI, Riccardo. Otras distinciones. Trad. por de Diego Dei Vecchi et al. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. I. Trad. por Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. O conceito de direito. Trad. por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

Cf. José Murilo de Carvalho. Brasileiro: Cidadão?. In: Pontos e bordados: escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2005. p. 275-288

Cf. Gustavo Zagrebelsky. Il Diritto Mite. Op. cit., p. 15-19

Cf. Luis Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito. Op. Cit

Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. In: Daniel Sarmento; Flávio Galdino (Org.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao prof. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-60

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2015. 184 p

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.

CARBONELL, Miguel. Teoria del Nelconstitucionalismo: Ensayos escogidos. Madrid: Editoria

Trotta, 2007. DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e a eficiência administrativa. Revista Argumentum, Marília/ Sp, v. 19, n. 2, p. 305-318, ago. 2018.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). El Estado Modernos em Europa: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004. pp. 13-43.

GODOY, Miguel. Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe;  
HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 205-240.

HAMILTON, Alexander;

MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

SOUSA, Thiago Patrício de; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 8, nº 1, abr./2018, p. 767- 7

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II, p.271.

SCHMIDT, Lawrence K. Hermenêutica, p. 180.

DWORKIN, Ronald. Decisión. Conceptos fundamentales de filosofía, vol. I., pp. 476-490.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Manual de direito processual civil, p. 1133

CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direção. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 10, p. 118.

Cf. DWORKIN, Dworkin. Law's empire, p. 176.

CATTONI, Marcelo. Jurisdição e hermenêutica constitucional, p. 50.

FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais, p. 96.



