



MATHEUS OLIVEIRA AMARAL

**NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA ANALISE DO ATIVISMO
JUDICIAL**

SÃO LOURENÇO

2022

MATHEUS OLIVEIRA AMARAL

**NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA ANALISE DO ATIVISMO
JUDICIAL**

Trabalho de conclusão de curso – TCC apresentado pelo aluno Matheus Oliveira Amaral à banca examinadora do curso de Direito da Faculdade de São Lourenço–UNISEPE, como parte obrigatória para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Leandro Abdalla Ferrer

SÃO LOURENÇO

2022

341.2

A485n Amaral, Matheus Amaral

Neoconstitucionalismo: uma análise do ativismo judicial /
Matheus Oliveira Amaral. - - São Lourenço: Faculdade de São
Lourenço, 2022.

24 f.

Orientador: Leandro Abdalla Ferrer

Artigo científico (Graduação) UNISEPE / Faculdade de São
Lourenço / Bacharel em Direito.

1. Direito Constitucional. 2. Constitucionalismo. 3. Ativismo
judicial - STF. I. Ferrer, Leandro Abdalla, orient. II. Título.

Catlogação na fonte

Bibliotecária responsável: Fernanda Pereira de Castro - CRB-6/2175

NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL

Matheus Oliveira Amaral¹

Leandro Abdalla Ferrer²

RESUMO

O Neoconstitucionalismo e sua relação com o Ativismo Judicial são umbilicais, ocasião em que o primeiro impulsiona a implementação do segundo, ressaltando-se a relevância teórica e prática do tema aqui abordado. Este trabalho tem como objetivo geral a análise do aludido Neoconstitucionalismo relacionando-o com o Ativismo Judicial e como objetivos específicos a análise aprofundada da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4.733, bem como da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275, sob a ótica da teoria do balanceamento e ponderação dos princípios de Alexy, além da definição dos movimentos do Constitucionalismo e do Neoconstitucionalismo e sua trajetória histórica, partindo-se da premissa de que um poder constituído não pode invadir a competência a outro atribuída, se verificando, assim, a ocorrência de indevida ingerência do Judiciário, pelo Supremo Tribunal Federal, no Legislativo.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26. Mandado de Injunção (MI) 4.733. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275.

ABSTRACT

Neoconstitutionalism and its relationship with Judicial Activism are umbilical, when the first drives the implementation of the second, emphasizing the theoretical and practical relevance of the topic discussed here. This work has as general objective the analysis of the

¹Graduando em Direito pela Faculdade de São Lourenço/MG, 10º período.

² Orientador: Bacharel em Direito pela Faculdade de São Lourenço - São Lourenço/MG. Mestre em Direito pelo centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Elpídio Donizetti. Especialista em Direito Processual Aplicado pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Castelo Branco. Advogado. Coordenador do núcleo de prática jurídica na Faculdade de São Lourenço. Presidente da Comissão de Estágio e Assuntos Estudantis da 19ª Subseção da OAB/MG.

aforementioned Neoconstitutionalism relating it to Judicial Activism and as specific objectives the in-depth analysis of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) 26 and the Writ of Injunction (MI) 4,733, as well as the Action Direct of Unconstitutionality (ADI) 4,275, from the point of view of the balance and weighting theory of Alexy's principles, in addition to the definition of the movements of Constitutionalism and Neoconstitutionalism and their historical trajectory, starting from the premise that a constituted power cannot invade the competence assigned to another, thus verifying the occurrence of undue interference by the Judiciary, by the Federal Supreme Court, in the Legislative.

Keywords: Constitutionalism. Neoconstitutionalism. Judicialactivism. FederalCourtofJustice. DirectActionforUnconstitutionalitybyDefault(ADO)26. WritofInjunction(MI)4,733. DirectActionofUnconstitutionality(ADI) 4,275.

INTRODUÇÃO

O Neoconstitucionalismo, como assim é nomeado o modelo oriundo do Constitucionalismo que visa limitar o poder do Estado e promover o apreço a carga axiológica/valorativa da Constituição com vistas a concretizar, no plano prático, os Direitos Fundamentais, surge de uma nova forma de orientação da interpretação e aplicação do texto das constituições positivas a partir do século XXI, sendo a forma matriz que orienta boa parte das normas supremas na atualidade. No Brasil, mencionado movimento surge a partir de 05 de outubro de 1.988, com o advento formal da chamada “Constituição Cidadã”, ainda em vigor.

Neste sentido, este movimento traz a tona uma antiga noção de jurisdicionalização, qual seja, aquela baseada na discricionariedade do julgador, vez que o movimento em comento abre espaço para o decisionismo daquele que deve dizer o Direito ao caso concreto levado a sua apreciação, pois pode, a pretexto de buscar a força axiológica da Constituição, isto é, o valor que ela traz em seu bojo ou o espírito por trás de sua elaboração, emitir sua opinião sobre este, fugindo do que foi produzido durante o curso do processo e, ainda, culminar por invadir a competência atribuída aos demais poderes constituídos.

Desta feita, é que se discute principalmente na atualidade, a temática do Ativismo Judicial, que seria uma decorrência consequencial do Neoconstitucionalismo, que tem sua concepção em determinados momentos, sendo a princípio referente a uma perspectiva

processual e, a partir de 1895 com Franz Klein, que este ganha novos contornos, passando a ser percebido uma possível legislação ou um juiz ativista.

Com efeito, o Ativismo Judicial pode ser compreendido modernamente como a ingerência ou invasão, por parte do Poder Judiciário, da competência atribuída constitucionalmente aos demais poderes de um dado país, onde o Judiciário assume nítida postura invasiva com relação a estes, o que culmina por agir fora dos estritos limites impostos sistematicamente pelo sistema de freios e contrapesos trazido por Montesquieu.

Assim, é aqui que reside, portanto, o problema trazido à baila no presente trabalho: O Poder judiciário, quando invade a competência atribuída aos demais poderes, em especial ao Legislativo se torna ativista? Esse ativismo é prejudicial ou benéfico? E, em caso afirmativo, como solucionar mencionada questão?

Com esses importantes questionamentos, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar o tema do Ativismo Judicial em uma perspectiva de decorrência lógica do Neoconstitucionalismo, já que este “abre as portas” para a implementação prática daquele. Além disso, tem como objetivos específicos à análise pormenorizada da ADO 26 e do MI 4.733, bem como da ADI 4.275, além da definição dos movimentos em comento, sua trajetória histórica, como exemplos e uma postura ativista por parte da Suprema Corte Brasileira e do Ativismo Judicial em prática nestas.

Ademais, ressalta-se que o tema escolhido para ser estudado no presente trabalho tem sua relevância sob o ponto de vista acadêmico, vez que o estudo científico do Ativismo Judicial sob a ótica do Neoconstitucionalismo leva aos operadores do Direito, novos conhecimentos e esclarecimentos construtivos e enriquecedores, de igual forma, o aspecto prático, pois colabora para correções e aprimoramentos nas decisões judiciais e na concretização dos fins humanitários e sociais a que a Constituição Brasileira se destina.

Neste trabalho foram adotadas como metodologias de pesquisa científica os meios dedutivo qualitativo, através de pesquisa documental e bibliográfica, pois foram utilizadas outras pesquisas e obras que colaboraram com o resultado aqui obtido, bem como estudo de caso, na ADO 26, MI 4.733 e na ADI 4.275.

No primeiro capítulo foram traçados os conceitos principais, as noções gerais e a origem tanto do Constitucionalismo, quanto do Neoconstitucionalismo e a relação de dependência e ligação estrutural entre ambos.

No que se refere ao segundo capítulo, foi estabelecida a origem, o conceito, os contornos históricos e a ideia principal do Ativismo Judicial na atualidade, tratando-se de seu impacto na *práxis* jurídico-constitucional de um determinado país.

No tocante ao terceiro capítulo, tem-se, em um primeiro momento, a análise do Ativismo Judicial posto em prática nas Cortes superiores brasileiras, em específico no Supremo Tribunal Federal, sendo analisada a ideia geral e abrangente de como ele é perpetrado por este e de sua possibilidade de ser realizado, e, em um segundo momento, nos subtópicos do aludido capítulo, a análise da ADO 26, MI 4.733e da ADI 4.275, sob a teoria do balanceamento na ponderação do uso dos princípios no caso concreto, como exemplos de referido fenômeno no Brasil.

2. Origem do Constitucionalismo e do Neoconstitucionalismo

O Constitucionalismo é atualmente considerado como um movimento teórico que tem sua aparição entre o povo hebreu e objetiva limitar o poder do Estado quando da intervenção na vida privada do povo a ele pertencente, com vistas à proteção dos Direitos Fundamentais, prioritariamente o da liberdade.

A terminologia “constitucionalismo”, embora haja divergência histórica e doutrinária, pode ser vista em quatro formas distintas, conforme diz Tavares (2002, p.1):

... numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

O aludido movimento tem sua concepção histórica em quatro fases, quais sejam: o constitucionalismo antigo, medievo, moderno e o contemporâneo, também conhecido como pós-moderno.

O Constitucionalismo tem seu surgimento conhecido, ainda bastante tímida, entre o povo Hebreu e na Grécia Antiga. No primeiro caso, conforme Tavares (2002,p.3), se impunha a chamada “Lei do Senhor”, que, por ser uma regra cogente entre tal povo, limitava as ações destes e de uma ideia própria que se tinha talvez de Estado, por óbvio diferente da atual, sob o que dispunha referida lei. No que se refere ao segundo caso se viu de fato uma maior incidência do referido movimento na democracia Ateniense, no século V, onde se tinha uma

percepção de que a vontade popular deveria prevalecer sobre a do Estado no exercício da democracia direta (o povo exerce o poder de forma direta e não pelo intermédio de representantes), sendo nesta verificada a maior incidência do pensamento constitucionalista.

Posteriormente, já na Idade Média o Constitucionalismo assume um papel mais visível nas Constituições e sociedades mundiais, com a crescente de tal movimento e o desenvolvimento mais aprimorado de uma ideia de limitação do poder político. Tal situação se deu principalmente com a Carta Magna de 1215 de João sem Terra que continha disposições de grande relevância no que tange a limitação do poder do Estado e da perpetração dos Direitos Fundamentais, mesmo que ainda de forma inicial, conforme Lenza (2019, p.65).

Ressalta-se a necessidade de se observar o que ocorria na era medieval, ou seja, o contexto histórico pelo qual as sociedades viviam e manifestavam sua vontade política. Tratava-se de uma época em que o poder era concentrado nas bases estatais e provinha da vontade política e individual do monarca/soberano, onde o povo deveria servir a tais deliberações que provinham na realeza e em grande parte do clero, já que havia forte influência da Igreja Católica na tomada de decisões. Neste sentido, esclarece Rousseau sobre a limitação do poder soberano (2017,p.33-34):

... Assim, do mesmo modo que uma vontade particular não pode representar a vontade geral, a vontade geral, por sua vez, muda de natureza tendo um objeto particular e não pode, como geral, se pronunciar nem sobre um homem, nem sobre um fato.

- Disso se percebe que o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não ultrapassa nem pode ultrapassar os limites das convenções gerais e que todo homem pode dispor plenamente do que lhe foi deixado de seus bens e de sua liberdade mediante as convenções; de sorte que o Soberano jamais goza do direito de onerar um súdito mais do que um outro, porque então, tornando-se o assunto particular, seu poder não é mais competente.

Na Idade Moderna o Constitucionalismo tem seu ápice de destaque com o advento de diversos documentos de alta relevância na afirmação histórica dos Direitos Humanos mundo afora, conforme Lenza, (2019,p.65): “Na idade Moderna, destacam-se: “O Petition of Rights, de 1628; O Habeas Corpus Act, de 1679; O Bill of Rights, de 1689; e o Act of Settelement, de 1701”.

Dessa forma e buscando uma limitação ainda maior do poder estatal, movimentos liberais foram surgindo e dando, posteriormente, origem a aludidos documentos que, por consequência, fizeram com que o Constitucionalismo tivesse seu advento formal, tais como a Independência das 13 colônias, a Revolução Francesa e das Constituições escritas e rígidas, conforme nos diz Moraes (2007, p.1).

Por fim, o Constitucionalismo evolui gradativamente com o tempo, chegando-se a Idade Contemporânea, que é o atual momento histórico. Tal fase tem como marcos principais, dentre outros, o “totalitarismo constitucional”, assim chamado por Bulos (LENZA, 2019,p.67 apud BULOS, p.16-18) e pelos Direitos de segunda e terceira dimensão, conforme Lenza (2019,p.67-68), fazendo com que surgissem discussões sobre a efetividade do Constitucionalismo pátrio o que culminou no chamado “Neoconstitucionalismo”.

O Neoconstitucionalismo, também conhecido como pós-positivismo por alguns doutrinadores, tem-se como um movimento filosófico, teórico e até mesmo ideológico que tem seus desdobramentos históricos a partir do início do século XXI e se encontra no cerne do dinâmico e radical conflito entre o jusnaturalismo jurídico - próprio das concepções primárias e estruturais sobre Direito e Moral – e o juspositivismo clássico, capitaneado pela idéia pura do Direito de Kelsen, onde o Direito não deveria ser percebido de forma sistêmica ou multidisciplinar, mas, pelo contrário, em sua visão reduzida a uma normatividade e legalidade estrita, provendo tudo da ação legiferante do Estado, conforme Lenza (2019, p.69).

Assim, o constitucionalismo assume um papel diferenciado na *práxis* jurídico-constitucional, não mais passivo apenas visando à redução do poder do soberano/monarca nos períodos dos governos absolutistas - notadamente da França e na Inglaterra – , mas manifesta-se com uma verdadeira Constituição viva, na medida em que concretiza os Direitos Fundamentais e reaproxima o Direito a Moral, a justiça, à ética.

Neste sentido, Lenza (2019, p.70):

... Visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à idéia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Dessa forma, há uma mudança drástica de paradigma na perspectiva e na ótica do Constitucionalismo clássico para o pós-moderno, dada a necessidade de uma maior proteção aos Direitos Humanos no pós segunda guerra mundial, O aludido movimento nasce através de uma decorrência da evolução de outras matérias correlatas ao Constitucionalismo e à Constituição, como a do advento do Estado Constitucional de Direito. Nesse contexto, conforme explana Barroso sobre a evolução histórica dos Estados (2013, p. 265-266):

...O Estado de direito se consolida na Europa ao longo do século XIX, com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação dos Poderes e proteção dos direitos individuais. Na fase imediatamente anterior, prevalecia a configuração Pré-moderna do Estado, fundada em premissas teóricas e em fatores reais diversos.

Ainda sobre a evolução do Constitucionalismo a uma nova percepção, continua Barroso (2013, p. 265-266):

...O Estado pré-moderno, anterior à consagração da legalidade, caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanísticas de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação. Doutrina e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do Direito e, como consequência, também normativo. O Estado legislativo de direito, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade.
- O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida.

Desta feita, o Neoconstitucionalismo é uma espécie de linha divisória entre o tradicional positivismo legalista e o inato Direito Natural, perfazendo-se através da mudança da mentalidade jurídica posterior a segunda grande guerra, que culminou em barbaridades nunca outrora vistas do ponto de vista humanitário, como é notoriamente conhecido, o quase extermínio dos Judeus pelo Nazismo alemão, o Fascismo italiano, o Comunismo soviético e participação significativa do Japão nesse processo insano de busca desenfreada por poder.

Advém com isso uma necessidade de maior preservação e efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais inerentes a todo e qualquer ser humano, com vistas a evitar tragédias como as narradas. Além desse marco histórico, conquanto a necessidade de proteção e efetividade dos Direitos Fundamentais com o pós segunda guerra e o aparecimento do Estado Constitucional de Direito, tem-se o a própria redemocratização que, no Brasil, se manifestou no fim da Era Vargas e na Constituição de 1.946 que revoga a então Constituição polaca de viés polonês e fascista e, posteriormente, com a Constituição que efetivamente nos trouxe o Neoconstitucionalismo, que foi a de 1988. Constituição brilhante, com grande apreço a cidadania e aos Direitos e Garantias fundamentais e que visa uma maior aplicabilidade prática destes. (BARROSO, 2013)

A redemocratização foi mais uma grande marca do processo de construção dessa nova visão constitucional, destacando-se conforme Lenza (2019,p.73) a Constituição da Alemanha de 1949 e o Tribunal Constitucional Federal, além da Itália de 1947; A de Portugal de 1976; A da Espanha de 1978, além de, como já visto, a Constituição cidadã de 1988 no Brasil.

Isso considerado, a redemocratização ocupa especial destaque na concretização dos aludidos Direitos Fundamentais e na ideia neoconstitucionalista, vez que o mundo jurídico se viu em uma situação de tomada de decisão com o fim da segunda guerra mundial e a redemocratização: a de garantir uma efetiva, prática, duradoura e não utópica ou simbólica proteção aos Direitos Humanos mais naturais, intrínsecos possíveis e relevantes a todos os

homens, como o respeito à vida, a propriedade, liberdade, felicidade, segurança, autodeterminação dos povos, dentre outros. Não que esses direitos já não existissem ou tivessem alguma proteção, mas com a nova visão da Constituição esta ocupa um lugar de mais alta relevância, não apenas do ponto de vista normativo (Konrad Hesse), mas também axiológico, onde se busca o valor dos princípios constitucionais e a finalidade quando de sua previsão pelo constituinte originário, em sua mais alta incidência e uma reaproximação do Direito a outras ciências, afastadas pelo positivismo clássico, conforme nos diz Ascensão sobre o positivismo jurídico (2001, p.171):

... Esta escola repercutiu-se na Ciência do Direito com o chamado “positivismo jurídico”. Como facilmente se adivinha, o tema do Direito natural foi um dos mais atingidos. Este foi enfaticamente repudiado. Do dualismo que caracteriza outras épocas históricas: Direito positivo, como um direito com um fundamento ideal de validade- só restará o primeiro termo. Só esse é positivo, e nada mais interessa ao positivismo jurídico.

Pelo exposto, o Neoconstitucionalismo advindo, no Brasil, com a Constituição de 1988, é um marco na história jurídico-constitucional do mundo, dando embasamento para um pensamento ainda mais evoluído ou, de certa forma, revolucionário Constitucionalismo do futuro, trazido por José Roberto Dromi.

3. Ativismo Judicial

A temática “Ativismo Judicial” se refere, atualmente, a um fenômeno relacionado à concepção da ideia de separação dos poderes e as atividades/competências de cada um deles na teoria primária desenvolvida por Aristóteles e, posteriormente, por Montesquieu, em seu livro “o espírito das leis”. Aludida idéia nasce de um pressuposto simples: Um poder não deve intervir no outro ou se apropriar de sua competência privativa, com exceção dos casos em que poderá haver o controle externo ou as funções atípicas dos mesmos.

Neste contexto, o termo Ativismo Judicial nasce inicialmente no âmbito processual, conforme diz Bacha e Silva (2013, p. 148):“ O conceito ou ideia de ativismo judicial advém, primeiramente, da dogmática jurídico-processual. Em verdade, tal ideia advém das bases socializadoras dadas ao processo pela doutrina tudesca.”

Posteriormente, referido termo ganha uma nova perspectiva, onde continua Bacha e Silva (2013, p. 148):

...É, no entanto, com Franz Klein, aluno de Anton Menger e mentor intelectual da ordenança processual civil do Império Austro-Húngaro – ÖZPO de 1895, primeira legislação tipicamente socializadora que o termo “ativismo judicial” ou “juiz ativista” ganha um contexto de uso. Franz Klein defende uma maior participação do

juiz na condução do processo, de tal modo a eliminar ou diminuir no interior do processo as desigualdades fáticas presentes no liberalismo. Com efeito, o processo se tornaria um instrumento de pacificação social, com uma nítida função social.

Ressalta-se, que o primeiro momento do emprego do termo “Ativismo Judicial” se deu em 1.947, por Arthur Schlesinger Jr., em artigo sobre a Corte Suprema dos EUA (CAMPÊLO, p.19 apud MORAES 2014, p. 784), sendo certo que tomou enormidade de proporções e debates nos dias atuais, principalmente no Brasil, dadas algumas decisões polêmicas do judiciário brasileiro, em especial das cortes superiores.

Com isso, o aludido movimento foi ganhando uma aplicabilidade no seio teórico-dogmático dentre a comunidade jurídica, culminando-se em seu conceito atual, que pode, hoje, ser compreendido como uma possível ingerência do poder Judiciário, em suas decisões e julgamentos nos demais poderes- Executivo e Legislativo -, notadamente este último. Referida interferência seria, portanto, além dos limites com que lhe é possibilitado pelo sistema constitucional dos freios e contrapesos e dos mecanismos de controle jurisdicional da atividade administrativa e legislativa do Estado.

Com efeito, o mencionado movimento aduz, conforme Barroso, p.78:

... 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: 1) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; 2) 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; 3) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas"

Isso considerado, mencionado fenômeno ou “síndrome”, se assim se pode dizer, traz repercussões das mais variadas e incisivas possíveis no cotidiano jurídico atual, sendo um assunto muito debatido e propagado neste cenário, tendo em vistas decisões polêmicas da suprema corte brasileiras, em diversos julgados.

Desta feita, o Judiciário brasileiro tem, corriqueiramente, invadido a competência constitucional atribuída ao Poder Executivo e ao Legislativo. Tal invasão é objeto de polêmica e discussão, pois alguns doutrinadores, mais garantistas ou de cunho social, entendem que o ativismo não seria de todo prejudicial, mas garantiria, através de um papel mais efetivo e participativo da atividade jurisdicional típica do referido poder, uma concretização prática e substancial dos Direitos Humanos/Fundamentais que são trazidos pelo texto constitucional.

Nesta linha de pensamento, salienta Lenza, que parte do entendimento de Barroso, destacando o papel representativo da vontade popular desempenhado pelo Judiciário (2019,p.86):“...Dessa forma, em determinadas situações , as decisões judiciais não serão necessariamente contra a vontade da maioria e, assim, não serão contramajoritárias, já que, no caso, representativas, ou coincidentes, com a vontade da maioria”.

Ainda neste momento necessário se faz mencionar o papel iluminista desempenhado pelo aludido poder, no sentido de “empurrar a história na direção do progresso social”, superar bloqueios institucionais e, de fato, servindo as decisões judiciais como ponto não só de aplicação sistêmica do Direito, mas funcionando como efetivadoras dos Direitos das minorias, conforme aduz Lenza (2019,p.87).

Pelo até aqui trazido, percebe-se a clara manifestação da nova ideiação Constitucionalista na percepção de regras estruturais da separação dos poderes e Direitos/Garantias. É a clara demonstração do Neoconstitucionalismo, pelas vias do ativismo judicial.

Como decorrência, não mais há a interpretação meramente gramatical do texto legal ou constitucional, mas, pela base clara dos princípios, precisamente o da Dignidade Humana, que se têm feito uma nova forma de hermenêutica, partindo-se da possibilidade de o Judiciário, ele próprio, regular e efetivar, do ponto de vista prático, referidos Direitos.

Ocorre que, muito embora a premissa inicial de efetivação de Direitos caros ao Constituinte originário seja interessante e inovadora, não se pode esquecer que há divisões funcionais relativas aos poderes da República e, além disso, riscos com a adoção de tal prática, conforme nos diz Coelho (2007, p.184):

...parece condenar ao esquecimento a concepção kelsiana de legislador negativo, tantas têm sido as decisões das Cortes Constitucionais – e.g. as diversas espécies de sentenças normativas – por via das quais, a pretexto de otimizar e/ou realizar a Constituição, esses supertribunais assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante, como atestam a jurisprudência nacional e estrangeira, esta em maior expressão.

Pelo entendimento do autor acima e do que se vê no Brasil atual, há o risco de haver (ou já estar havendo) um Ativismo Judicial de forma a desestabilizar os poderes constituídos e harmônicos entre si (CF, art.2º) e, com o destacado Poder Judiciário, eventual “ditadura de toga”, a chamada por Lênio Streck “supremocracia”. Neste campo, aduz Streck (2019, p.189):

...Parte da doutrina vem tecendo (severas) críticas à exacerbação dos (pseudo) princípios, ou seja, a criação de princípios de acordo com o “sentire” ou a vontade de cada julgador, de modo arbitrário, em decisão “solipsista” (segundo a orientação pessoal de cada intérprete) e em violação à Constituição, o que pode levar à discricionariedade e a um inaceitável e antidemocrático *decisionismo*(julgamento discricionário e sem fundamentação, surgindo decisões contraditórias a fragilizar a

isonomia) – tendo sido essa problemática-constatação denominada “pamprinciopiolismo.

Ademais, é necessário trazer à baila desses acontecimentos (Ativismo Judicial) o fato de um dos maiores riscos advindos da aplicação dos princípios acima das regras e de um Neoconstitucionalismo ilimitado, que é a possibilidade de o Julgador aproveitar-se da autoridade que lhe é dada em suas decisões e dessa maneira aviltar a própria Constituição, mesmo que não intencionalmente.

Sobre os princípios e do chamado “espírito das leis”, já alertava Beccaria sobre o perigo de sua utilização desmedida, para dar azo à fundamentação de decisões judiciais, o que se amolda ao Ativismo Judicial de certa forma (2013, p.36):

...Não há coisa mais perigosa do que aquele axioma comum de que é preciso consultar o espírito da lei. É um dique rompido para a torrente das opiniões. Esta verdade, que parece paradoxal às mentes vulgares, mais impressionadas por uma pequena desordem atual do que pelas funestas e remotas conseqüências, que nascem de um falso princípio, arraigado numa nação, parece-me demonstrada. Nossos conhecimentos, todas as nossas idéias têm uma conexão recíproca; quanto mais complicadas se mostrem, mais numerosos são os caminhos que delas chegam e delas partem. Cada homem tem seu ponto de vista, e cada homem, em tempos diversos, tem um peculiar. O espírito da lei seria, pois, o resultado de uma boa ou má lógica do juiz, de uma boa ou má digestão; dependeria da violência de suas paixões, da fraqueza que o domina, das relações do juiz com o ofendido, e de todas aquelas pequenas forças que modificam as aparências dos objetos no ânimo oscilante do homem. Vemos por aqui mudar-se frequentemente a sorte de um cidadão na sua passagem por diversos tribunais e ser a vida dos infelizes vítimas de falsos raciocínios ou de ocasional fermentação dos humores do julgador, que considera interpretação genuína o vago resultado de toda aquela série de noções que se agitam na mente.

Assim, tem-se evidência um embate entre aqueles que julgam ser através de um Judiciário mais participativo e efetivo na concretização dos Direitos Humanos/Fundamentais que passam por omissão legislativa ou algum desrespeito e aqueles que entendem o real e concreto perigo de o aludido poder ganhar destaque, sendo a última instância do poder democrático, muito pela notória repercussão que as decisões dos tribunais superiores do Brasil, em específico, tomaram.

4. O Ativismo em Prática nas Cortes Superiores

O Ativismo Judicial tem grande incidência hoje, no Brasil, nas Cortes Superiores, notadamente na Corte suprema do país, que têm em diversas ocasiões proferido decisões polêmicas e que, segundo boa parte da comunidade jurídica, são de cunho eminentemente que foge das competências inerentes ao Poder Judiciário.

Desta feita, referido tema tem sido objeto de inúmeras discussões e debates entre o público leigo, – que verificam dado Ativismo, mesmo faltando conhecimento técnico, e os operadores do Direito, sendo, por oportuno, matéria de debruçamento nos estudos acadêmicos e científicos de alta relevância.

Partindo dessa noção, salienta-se o importante caso *Marbury vs. Madison*, sob o aspecto do papel institucional do órgão que perfaz o controle de constitucionalidade, muito bem elucidado por Repolês, que nos diz (2010, p.92):

... Para Marshall esse caso expõe um conflito, entre a organização do Judiciário delineada na Constituição e as atribuições dadas ao mesmo por uma lei ordinária federal. Nesse conflito a decisão deve ser em favor da Constituição, já que esta é a lei suprema do país, em que se delineiam todos os princípios que norteiam toda e qualquer lei ou ato expedido em sua vigência, em que se estabelece um sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos. A legislatura tem poderes limitados e definidos, não podendo ela alterar a Constituição por meios ordinários. Se ela assim o fizer, o Tribunal pode analisar, no caso concreto, tendo em vista o seu dever de ofício, que é o de defender a Constituição e fazer com que ela seja observada. Nessa perspectiva, e diante do caso concreto apresentado, o Tribunal deve considerar a outorga de competências dada pela Constituição como válida e a competência da lei de organização judiciária deve ser declarada absolutamente nula diante daquela.

Com isso, há a clara evidência do papel fundamental de uma corte suprema, qual seja, o de proteger e guardar a todo custo, mas dentro dos parâmetros legitimamente conferidos, a Carta Constitucional.

Neste sentido, continua Repolês, que nos diz (2010, p.93):

... Como afirmar a autoridade da Corte, assentando-se em um poder legítimo? Ele lança mão do argumento de a Corte ser a guardiã da Constituição, aquela que tem a atribuição de resguardar a integridade do direito na medida em que exerce uma função corriqueira de solução de conflitos de lei, ou seja, a validade social das decisões não é obtida pela criação de poderes extraordinários e de ritos consuetudinários. Ela é decorrente do exercício regular das funções constitucionais de julgamento do conflito de leis, na qual a Constituição, como lei suprema, terá sempre a prerrogativa.

Com efeito, cabe, pois, ao Judiciário a defesa e guarda da Constituição, sendo o Supremo Tribunal Federal seu legítimo e final guardião (CF. art.102).

Dadas tais considerações, percebe-se que a Corte suprema deve zelar pela Constituição e por sua efetivação, mas, ao fazê-lo, não pode sob tal pretexto fugir dos limites a ela e ao restante do poder jurisdicional impostas, sob pena de incorrer em uma faceta antidemocrática e inconstitucional do “temido” Ativismo Judicial, a saber: A supressão prática dos demais poderes, o aviltamento da separação das bases democráticas e, por fim, a inevitável “ditadura de toga”.

Necessário se faz refletir sobre os perigos de um Judiciário ilimitado em suas decisões. Expõe-se como um sério risco a ordem democrática, pois desestabiliza a organização do Estado e do poder gerando verdadeira confusão estrutural.

Expostas aludidas premissas, importante se faz explanar duas decisões judiciais proferidas pela suprema Corte brasileira em casos de grande notoriedade e repercussão, como o caso que criminalizou a homofobia, equiparando-a ao crime de Racismo, na ADO 26, e o caso envolvendo o Direito ao nome social de pessoas Trans, na ADI 4.275.

Ocorre que, antes de adentrar o tema da ADO 26 e da ADI 4.275, ações de controle concentrado de constitucionalidade, e de demonstrar a presença prático-jurídica do Ativismo Judicial nas mesmas, necessário se faz observar que os princípios, com grande destaque em razão do Neoconstitucionalismo, devem ser aplicados segundo a teoria divulgada por Alexy, qual seja, a teoria do balanceamento e da ponderação dos princípios, sempre quando houver colisão entre eles, onde, para este, há uma divisão bipartite no conceito de norma jurídica, sendo que esta se divide em princípios e regras. Os princípios, por Alexy, portanto, devem ser entendidos como "normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas", sendo mandamentos de otimização, enquanto as regras, de outra banda, de subsunção, conforme diz Silva (2002, p.3).

Neste sentido, mencionada teoria consiste, assim, segundo Cardoso (2016, p. 9-10):

...Com efeito, Alexy parte da técnica do sopesamento ou do balanceamento desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã, para defender que todos os princípios abstratamente possuem a mesma importância, devendo, na hipótese de colisão entre eles, serem analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para, ao final, decidir qual deve prevalecer.

- Neste cenário, Alexy defende que "o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação"²⁵⁹, a qual deve ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade.

Desta forma, o balanceamento e ponderação dos princípios, de Alexy, se perfazem na ideia de que, havendo dois ou mais princípios em aparente conflito, estes devem ser sopesados, em outras palavras "colocados na balança", vencendo aquele que, pela proporcionalidade, se demonstre mais adequado, necessário e proporcional ao caso em concreto que estiver em juízo interpretativo.

Isso considerado, a proporcionalidade é entendida, conforme Júdice:

...A máxima da proporcionalidade é verificada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade desse meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação. Assim, quando se estiver diante de uma colisão entre direitos fundamentais, primeiramente, para solucioná-la utiliza-se da adequação do meio, posteriormente, utiliza-se a necessidade desse meio, e em seguida, se ainda não solucionada a colisão, a ponderação.

Em razão disso, portanto, a ponderação ocupa a proporcionalidade em sentido estrito, sendo a última a ser analisada e só ocorrendo em casos extremos de hermenêutica. É aqui que reside relevante ponto da presente pesquisa, analisando, agora, aludidas ações constitucionais.

4.1. ADO 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733

Os Estados democráticos de Direito garantem a proteção aos Direitos e Garantias fundamentais, sendo estes as bases democráticas que devem nortear qualquer deles, em destaque os direitos de liberdade de primeira dimensão, especialmente a liberdade de escolha e intimidade.

Neste campo, se sustenta a Dignidade da Pessoa Humana, princípio ou valor basilar da Constituição brasileira, esculpido no art.1º, inciso III, da CF/88 e norte para os demais direitos. Referido valor estruturante pode ser conceituado, embora ajam divergências e dificuldade de conceituação, como, segundo Lenza (2019, p.1551): “... regra matriz dos direitos fundamentais. - e que pode ser bem definido como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos;”.

Diante disso, se funda o direito de todos serem tratados com o devido respeito, igualdade e jamais serem violados em sua integridade moral ou física. Assim, o constituinte originário foi enfático e pontual ao deixar evidenciado na CF/88 a inviolabilidade de referida integridade, aludindo que fará jus a indenização proporcional ao agravo, veja-se (CF, art.5º, V e X):

...V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

...X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Outrossim, garante o constituinte que ninguém pode ser privado ou violado em razão de suas convicções pessoais (CF, art.5º, VIII):“ ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”.

Percebe-se, então, uma clara preocupação do constituinte originário com os Direitos Humanos em seu rol exemplificativo de Direitos Fundamentais, não só no art.5º e seguintes, mas, em grande parte do corpo da carta política. É nesse esteio que se encontra, sistemática e

teologicamente, protegido o direito de liberdade sexual e de gênero, não restando dúvidas quanto a isso.

Nesta perspectiva é que se funda a liberdade de orientação ou opção sexual ou de gênero, que decorrem da busca da felicidade pessoal nos direitos da personalidade que, por derradeiro, é decorrente da Dignidade Humana, conforme nos diz Donizetti e Quintella (2018, p.89-90):

...Na atualidade, já é possível afirmar que integram o rol os direitos da personalidade o direito à identidade de gênero e o direito à orientação sexual. Isso significa que o a identidade de gênero e a orientação sexual devem ser considerados bens jurídicos a merecer a respectiva tutela do Direito, sobretudo ao não criar obstáculos ilegítimos ao exercício de tais direitos e ao permitir a reparação de lesão a tais bens.

Ademais, mencionado direito deve ser verificado na mesma esteira que os demais direitos inerentes a liberdade, como a consciência, crença, religião, opinião, ideologias, etc., sendo entendido da mesma forma que a liberdade de união heterossexual.

Neste sentido, a ADO 26 ajuizada pelo Partido Popular Socialista (hoje, cidadania) e o MI 4.733 impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros– ABGLT no Supremo Tribunal Federal, visam suprir omissão legislativa do Congresso Nacional na tipificação do tipo penal de homofobia e transfobia, com o intuito de fazer com que, por tal via, fossem positivados enquanto crimes tais condutas, conforme se infere da decisão que julgou procedente referida ADO pelo STF, conhecendo-a parcialmente (STF, 2019):

...O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, *caput*, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS

Dessa forma, reconheceu o STF que deverá, pois, se enquadrar temporariamente como crimes de homofobia e transfobia sob a forma do tipo penal de Racismo, até que o Legislativo federal redija legislação autônoma e específica, com vistas a suprir a omissão legislativa do art.5º, XLI e XLII, da CF/88.

Ocorre, que mencionada decisão foi objeto de questionamento e espanto por grande parte da comunidade jurídica, por violar, em tese, princípios basilares do Direito Penal, como a legalidade e a vedação da analogia *in malam partem*, que, significam, conforme nos diz Bitencourt (2008, p.11):

...O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui longo processo, com avanços e recuos, não passando, muitas vezes, de simples “fachada formal” de determinados Estados.

Ainda sobre a legalidade, continua Bitencourt (2008, p.11):

... Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Ora, pela análise do conceito definido pelo autor em questão, resta-se que a legalidade pressupõe a existência de lei penal, para que haja tipificado uma infração penal, seja crime ou contravenção penal, e sua referida pena, no preceito secundário, anterior à prática da conduta ensejadora da aplicação do Direito Penal, coadunando-se com o que dispõe o art.5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988 e o art.1º do Código Penal brasileiro, que aludem não haver crime e nem pena sem lei anterior que os defina.

Ademais, decorrente da legalidade se encontra a vedação da analogia que prejudica o réu, conhecida como *in malam partem*, conforme nos diz Greco (2013, p.96):

... O princípio da legalidade veda, também, o recurso à analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham prejudicar o agente, seja criando crimes seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes, etc. Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o interprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente (*nullum crimen null a poena sine lege stricta*).

Outrossim, não há a menor possibilidade jurídica, mesmo que em matéria de Direitos Fundamentais, ou de sua afirmação, de tipificar condutas como infrações penais sem previa e taxativa disposição legal, conforme se pode depreender do princípio referido da Legalidade e de seus decorrentes, como anterioridade e reserva legal.

Logo, há, no caso em comento, uma possível ingerência do Poder Judiciário pela via da Suprema Corte no Legislativo Federal que, segundo o art.22, I, da Constituição da República, é a quem é reservada a competência de legislar sobre Direito Penal, visto que estaria legislando pela via do recurso da analogia, fazendo com que as condutas da homofobia e da transfobia fossem, a partir de agora, enquadradas como crime de Racismo, algo que não tem tipificação expressa, como se exige o princípio outrora mencionado da Legalidade.

Dessa forma, é o entendimento de Cunha (2019):

...Dito tudo isso, não podemos ignorar a absoluta impropriedade de solução semelhante no MI 4733, como também a impossibilidade do pedido formulado na ADO 26.

- Em matéria penal vigoram rígidos princípios limitadores do direito de punir, que só pode ser exercitado sob as estritas diretrizes impostas pela Constituição Federal e por tratados internacionais de direitos humanos e que o Brasil é signatário.

Ademais, continua Cunha de modo, ressalta-se, bastante enfático (2019):

...No caso da ADO 26, no entanto, pede-se que o Supremo Tribunal Federal exerça função típica e privativa do Congresso Nacional, o que obviamente não se pode admitir sob pena – reitere-se – de verdadeira violação da ordem institucional. Não importam os argumentos lançados e a relevância do bem jurídico que se pretende ver tutelado. O Poder Legislativo não pode jamais ser suplantado em sua função precípua de legislar.

Com efeito, portanto, fica claro que, muito embora se trate de caros direitos de minorias, histórica e culturalmente menoscabadas pela sociedade não há qualquer possibilidade no sistema jurídico brasileiro de o Judiciário invadir a competência legislativa e culminar por “legislar” no lugar do poder constitucionalmente incumbido de tal competência, sob pena de, como se percebe, grave instabilidade e insegurança jurídica.

Além disso, tem-se a demonstração de outras formas de ingerência do Poder Judiciário pela via da Suprema Corte no Poder Legislativo, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.275.

4.2. ADI 4.275.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.275 foi ajuizada pelo Ministério Público Federal, através da Procuradoria Geral da República (PGR), e teve por objetivo implementar a possibilidade da alteração do nome social de pessoas transexuais no Registro Civil, independente de procedimento cirúrgico de transgenitalização, sendo este um dos principais pedidos de tal ação, conforme se infere do relatório do Ministro Relator Marco Aurélio Mello à época:

... Requer, liminarmente, seja conferida ao artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 interpretação conforme à Constituição Federal, reconhecendo-se aos transexuais, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, o direito à mudança de prenome e sexo no registro civil. Pede, caso o indivíduo não opte pela cirurgia, a fixação dos seguintes requisitos para a alteração do assentamento: (i) idade superior a 18 anos; (ii) convicção, há pelo menos 3 anos, de pertencer ao gênero oposto ao biológico; e (iii) baixa probabilidade, de acordo com pronunciamento de grupo de especialistas, de modificação da identidade de gênero. Pugna, ao fim, pela confirmação da tutela de urgência.

Neste sentido, se propôs referida ação Constitucional a efetivar os Direitos igualitários das pessoas transexuais, vez que a impossibilidade de alteração do Nome Social causaria, em grande parte, prejuízos às mesmas, já que se sentiriam do gênero oposto, mas teriam de serem conhecidas e nomeadas pelo nome registrado quando de seu nascimento, que leva em conta o sexo do ponto de vista biológico, constringendo-as por não ser esse o tratamento que gostariam de receber, conforme se verifica da petição inicial da PGR (MPF, 2009, p.13).

Por via de consequência, referida ADI foi julgada procedente pelo STF, que lhe deu interpretação conforme a Constituição, tendo sido vencidos, em parte, os ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski Gilmar Mendes e, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil (STF, 2018, p. 2-3).

Desta feita, é também nesse caso em concreto que se exemplifica a prática reiterada e perene do Ativismo Judicial por parte do Supremo Tribunal Federal nos tempos atuais, tendo em vista que caberia ao Legislativo Federal disciplinar tal matéria, alterando-se a lei 6.015/73 (lei de Registros Públicos) e não ao STF, vez que não lhe é atribuído dispor sobre matéria reservada a processo legislativo, conforme nos diz Rosário e Leal (2020, p.15):“...O Judiciário, ao atuar neste caso, deixa clara a inércia legislativa, manipulando a interpretação de uma lei que já não produz eficácia ante os novos engendramentos sociais.”

Ademais, conclui Rosário e Leal pela prática de Ativismo Judicial na ADI 4.275 (2020, p.16):“Ante o exposto, a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, a partir do marco teórico proposto, permite concluir que existiu, de fato, um perfil teórico ativista neste julgamento.”.

Fica claro, portanto, que o STF foi, de fato, ativista também no caso em comento, vez que invadiu a competência atribuída ao Poder Legislativo Federal para disciplinar a alteração e regulamentação necessária a alteração de prenome de pessoas transexuais, pois se trata de matéria que é inerente ao Direito Civil e este é de competência privativa de mencionado poder da União Federal, conforme art.22, inciso I, da CF/88.

Por fim, pontua-se que, muito embora se deva afirmar e proteger com veemência os Direitos das minorias e, em especial, no caso em tela, da comunidade LGBTQIA +, não se pode, com esse pretexto, o Supremo ingerir o Legislativo e fingir que este não existe quando

omisso, mas, pelo contrário, cumprir a Constituição Federal de que é (ou deveria ser) o guardião supremo, na forma do art.102, caput, da CF/88.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se concluir que o tema abordado no presente trabalho é de altíssima relevância tanto do ponto de vista teórico, quanto do prático, tendo em vista os contornos e dilemas do Ativismo Judicial sob a ótica do Neoconstitucionalismo ou em sua decorrência possuem, além das recentes decisões da Suprema Corte Brasileira que explanam mencionada questão, sendo que sua análise e estudo, nos conduzem a defesa máxima do texto constitucional de 1.988, garantindo-se a separação justa e institucional dos poderes da República, na forma do art.2º da Carta Política.

Ademais, o presente trabalho demonstrou com clareza a temática do Neoconstitucionalismo e sua decorrência: O Ativismo Judicial, tratando da ADO 26, do MI 4.733 e da ADI 4.275 que são exemplos notórios do referido Ativismo, restando-se como resultado obtido que, de fato, está havendo uma postura ativista por parte do Supremo Tribunal Federal, já que está corriqueiramente invadindo, de forma inconstitucional, a competência atribuída pela Constituição Federal aos demais poderes, em especial ao Poder Legislativo.

Finalmente, se verifica que, em que pese os avanços na concretização dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil, deve-se haver expressiva melhora sob um juízo prognóstico de futuro, devendo o STF concretizar a Constituição, mas sem coibir o sistema de freios e contrapesos e as competências delimitadas pelo próprio texto constitucional, pois não se pode violar este e concretizá-lo ao mesmo tempo.

REFERÊNCIAS

Alexy, Robert. "**Individuelle Rechte und kollektive Güter**", In: Alexy, Robert, Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995: 232-261.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral uma perspectiva luso-brasileira**. 2 ed. Ver. Atual. E ampliada. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal, volume 1, parte geral**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 Set. 2022.

BRASIL. Constituição (1940) **Código Penal**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 Set. 2022.

CAMPELO, Kleber Costa. **Neoconstitucionalismo e o Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Possibilidade de sucessão presidencial por réu em ação penal**. Orientador: Martsung Formiga Cavalcante e Rodovalho de Alencar. 2013. 25 f. TCC. (Graduação) – Curso de Direito, Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ, João Pessoa, 2013. Disponível em: publicacoes.unisepe.com.br. Acesso em: 28 Set. 2022.

CARDOSO, Diego Brito. **Colisão de Direitos Fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, [S.L.], v. 9, n. 1, p. 137-155, 5 out. 2016. Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. <http://dx.doi.org/10.21680/1982-310x.2016v9n1id10327>. Disponível em: <<<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/10327/7300>>>. Acesso em: 19 out. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Ações Constitucionais para criminalização de atos de preconceito e o princípio da reserva legal**. Meu Site Jurídico. Disponível em: <<<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/02/12/acoes-constitucionais-para-criminalizacao-de-atos-de-preconceito-e-o-principio-da-reserva-legal>>>. Acesso em: 05. Out. 2022.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 7º ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, volume 1, Parte Geral**. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JÚDICE, Monica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras: robertalexey e a sua teoria sobre os princípios e regras**. Consultor Jurídico, [s. l], p. 1-5, 02 mar. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras. Acesso em: 19 out. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MPF. ADI no 4.275/2009. Petição Inicial. Disponível em: <<https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/03/ADI-4275-1_Peticao-Inicial-MPF.pdf>> Acesso em: 05 Out. 2022.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Identidade do sujeito constitucional e controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2010.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do; LEAL, Manuela Macedo. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275: Uma análise sob a ótica do Ativismo Judicial e das questões de gênero**. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis/Sc, v. 26, n. 10, p. 25-45, Mai/ Ago, 2020. Disponível em: <<[file:///C:/Users/Internet/Downloads/5705-19950-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Internet/Downloads/5705-19950-1-PB%20(1).pdf)>>. Acesso em: 05 Out. 2022.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Trad. Edson Bini. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

SILVA, Diogo Bacha. **Ativismo no Controle de Constitucionalidade: A Transcendência dos Motivos Determinantes e a (I) Legítima Apropriação do Discurso de Justificação pelo Supremo Tribunal Federal**. 1º ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em:<<<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>> Acesso em: 19 out. 2022.

STF. ADO 26. Disponível

em:<<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&text=.pdf>>>>. Acesso em: 04 Out. 2022.

STF. ADI no 4.275. Disponível

em:<<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>>. Acesso em: 04 Out. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **.Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Novos Estudos Jurídicos**. Revista Nej - Eletrônica, [s. l], v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em: 28 Set. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.