

Artigo

O problema da efetivação dos Direitos Humanos em Bobbio: análise sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal frente à inércia legislativa no Brasil

The problem of the implementation of Human Rights in Bobbio: An analysis of the Brazilian Supreme Court's role in the face of legislative inertia

Anna Karoline Tavares Marsicano de Brito¹

¹Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba. ORCID: 0009-0004-5069-1660. E-mail: anna.marsicano@academico.ufpb.br.

Submetido em: 02/01/2026, revisado em: 05/01/2026 e aceito para publicação em: 07/01/2026.

RESUMO: A efetivação dos direitos humanos constitui um dos principais desafios das democracias contemporâneas, sobretudo diante da constatação de que o reconhecimento formal desses direitos não é suficiente para assegurar sua concretização material. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo analisar criticamente a atuação do Supremo Tribunal Federal frente às omissões legislativas na regulamentação de direitos humanos presentes no ordenamento jurídico brasileiro como normas de eficácia limitada. O problema consiste em verificar se os instrumentos decisórios utilizados pela Corte para suprir a inércia do Poder Legislativo respeitam os limites normativos impostos pelo próprio ordenamento jurídico. Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa descritiva, desenvolvida por meio dos procedimentos de revisão bibliográfica e documental, com fundamento na teoria normativa dos direitos humanos de Norberto Bobbio, aliada à análise de decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal relacionadas à omissão legislativa e à técnica das decisões aditivas. Os resultados indicam que a atuação do Tribunal tem funcionado como uma resposta institucional à inefetividade de direitos humanos já positivados, contribuindo para sua concretização diante da inércia legislativa. Conclui-se, contudo, que a efetivação jurisdicional dos direitos humanos deve observar limites normativos claros, sob pena de comprometer princípios constitucionais igualmente relevantes e a estabilidade da própria ordem jurídica que fundamenta essa atuação.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Omissão legislativa; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The enforcement of human rights is one of the main challenges facing contemporary democracies, especially given that formal recognition of these rights is not sufficient to ensure their material realization. In this sense, this article aims to critically analyze the actions of the Brazilian Supreme Federal Court in the face of legislative omissions in the regulation of human rights present in the Brazilian legal system as norms of limited effectiveness. The problem is to verify whether the decision-making instruments used by the Court to overcome the inertia of the Legislative Branch respect the normative limits imposed by the legal system itself. Methodologically, this is a descriptive study, developed through bibliographic and documentary review procedures, based on Norberto Bobbio's normative theory of human rights, combined with an analysis of paradigmatic decisions of the Federal Supreme Court related to legislative omission and the technique of additive decisions. The results indicate that the Court's actions have functioned as an institutional response to the ineffectiveness of already established human rights, contributing to their realization in the face of legislative inertia. It is concluded, however, that the judicial enforcement of human rights must observe clear normative limits, otherwise it risks compromising equally relevant constitutional principles and the stability of the very legal order that underpins this action.

Keywords: Human Rights; Legislative Omission; Brazilian Supreme Court.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A busca pela efetivação dos direitos humanos, especialmente no contexto das democracias contemporâneas, tem se consolidado como um dos maiores desafios da teoria dos direitos humanos na atualidade. Embora tais direitos estejam positivados em instrumentos normativos internacionais e nacionais, garantindo formalmente a dignidade humana, sua concretização material enfrenta obstáculos significativos, decorrentes das crises institucionais, políticas e sociais que fragilizam os mecanismos de sua implementação.

No contexto brasileiro, essa dificuldade se manifesta de forma particular na ausência de regulamentação pelo Poder Legislativo de direitos de eficácia limitada, cuja aplicação depende de comandos adicionais para se tornarem plenamente operacionais. Em razão dessa inércia, os órgãos jurisdicionais, sobretudo na figura do Supremo Tribunal Federal, têm assumido um

papel cada vez mais proeminente na regulamentação e efetivação desses direitos, ampliando sua esfera de atuação por meio de decisões aditivas, que criam e ampliam o alcance das normas jurídicas.

A análise dessa dinâmica se justifica tanto empiricamente, considerando o impacto concreto das decisões aditivas do STF na efetivação dos direitos humanos no Brasil, quanto teoricamente, pela necessidade de compreender e problematizar o novo paradigma jurídico criado por essa atuação, evitando análises superficiais que negligenciam os limites normativos e a lógica estrutural do ordenamento.

Com base nisso, o presente artigo guia-se pelo seguinte problema: As decisões criativas do Supremo Tribunal Federal para suprir lacunas legislativas e efetivar os direitos humanos violam suas competências constitucionais ou comprometem a estabilidade do ordenamento jurídico? O objetivo principal da discussão, portanto, consiste em analisar os limites do sistema jurídico

diante da necessidade de assegurar a efetivação dos direitos humanos, considerando o equilíbrio entre a materialização desses direitos e o respeito à ordem legal vigente.

Quando ao recorte metodológico, trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa e descritiva, de caráter gnosiológico, que combina abordagem teórica e análise empírica. Nesse sentido, foi adotado o método indutivo, desenvolvido através das técnicas de revisão bibliográfica e pesquisa documental, com foco na teoria normativa dos direitos humanos de Norberto Bobbio, e análise de decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal relacionadas à omissão legislativa e à técnica das decisões aditivas.

Para a consecução da proposta, o artigo está organizado da seguinte forma: na primeira seção, discutiu-se os fundamentos teóricos que orientam a análise da efetivação dos direitos humanos à luz da teoria de Norberto Bobbio, problematizando a distinção entre o reconhecimento formal e a concretização material desses direitos. Em seguida, na segunda seção, examinou-se casos paradigmáticos da jurisprudência do STF, evidenciando sua atuação mais incisiva em demandas relacionadas à omissão legislativa e à efetivação dos direitos humanos. Por fim, foram expostas as considerações finais, com reflexões sobre os limites e implicações da atuação jurisdicional para a concretização dos direitos humanos.

2 CONCEPÇÕES BASILARES EM TORNO DOS DIREITOS HUMANOS À LUZ DA TEORIA DE NORBERTO BOBBIO

Ao refletir sobre o que constituem os direitos humanos na contemporaneidade, somos levados a compreendê-los, costumeiramente e em uma análise superficial, como um conjunto de princípios e normas fundamentais de caráter internacional, com perspectiva universal, aplicáveis a todos os seres humanos pelo simples fato de serem humanos. Essa universalidade, por sua vez, decorre das características comuns e elementares (a “natureza humana”), que justificam, de forma generalizada, a existência de garantias e direitos essenciais a qualquer indivíduo, sejam eles individuais ou sociais.

Tal compreensão dos direitos humanos resulta de um contexto histórico marcado pelo pós-guerra, período em que diversos países, em maior ou menor grau, enfrentaram os efeitos de uma crise política, jurídica e, em termos filosóficos, humanitária. A partir da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, a concepção dos direitos humanos como categoria jurídica passou por transformações significativas, especialmente no contexto ocidental. Na literalidade desse instrumento normativo, a Declaração expressa uma pretensa sinalização das nações signatárias quanto ao compromisso com a dignidade humana, a liberdade e a igualdade como fundamentos universais da convivência entre os povos, inaugurando o que seria uma nova forma de estruturar o mundo após os horrores vivenciados nas grandes guerras mundiais.

Esse entendimento, no entanto, apesar de possuir certa coerência formal do ponto de vista jurídico e ocidental, acaba por camuflar camadas mais profundas e complexas sobre a compreensão dos direitos humanos, a sua fundamentação normativa e as implicações da busca

pela sua efetivação, aspectos que são imprescindíveis de compreender para analisar criticamente o atual panorama da busca pela efetivação ou da violação dos direitos humanos no contexto das democracias liberais.

Remontando uma clássica - e, em certa medida, supostamente superada - divisão teórica sobre a concepção e a fundamentação dos direitos humanos, a análise aqui proposta retoma o binarismo que historicamente permeia a Teoria dos Direitos Humanos. De um lado, os direitos humanos são concebidos como expressões de uma ordem transcendente, dotados de universalidade e validade que extrapolam os limites do ordenamento jurídico interno. De outro, são compreendidos como construções jurídicas positivadas, cuja validade e eficácia estão condicionadas à ordem normativa vigente, isto é, que devem referir-se apenas ao direito para garantir a sua validade (Feitosa, 2013).

O risco de enveredar irrestritamente por uma dessas perspectivas é o analisar os direitos humanos, seja no plano internacional ou interno, de modo superficial, encarando-o como um elemento *suis generis* do direito, sacralizado ao extremo ou desprovido de elementos prescritivos que não os distinguem dos demais direitos. O fato é que todo o direito deve ser analisado de forma contextualizada, considerando as inúmeras relações sociais e de poder que interferem na sua construção e aplicação. Não seria diferente com os direitos humanos que, embora carregados de uma conotação moral positiva, ainda assim são frutos jurídicos de decisões politicamente situadas (Feitosa, 2013).

Considerando a abordagem e compreensão dos direitos humanos no pensamento de Bobbio, é possível perceber que o autor, ao se afastar de uma ótica estritamente analítica e prescritiva que em outros momentos adotou, aproxima-se de uma compreensão diacrônica dos direitos humanos, isto é, encara essa construção normativa como um processo evolutivo que se deu ao longo do tempo (Champeil-Desplats, 2013).

De acordo com o Bobbio (2004), o delineamento dos direitos humanos, nos moldes em que os compreendemos atualmente, foi marcado por diferentes fases, conforme o contexto histórico. O primeiro momento desse processo corresponde à sua positivação - quando os direitos deixaram de ser apenas aspirações ou idealizações subjetivas para se converterem em normas jurídicas, especialmente no âmbito das constituições liberais. Em seguida, observa-se uma fase de expansão progressiva, na qual os direitos positivados passaram a abranger novas garantias fundamentais, incluindo os direitos políticos e sociais. Posteriormente, instaura-se a fase da pretensa universalização, marcada pelo reconhecimento de que cabe ao sistema internacional a tutela dos direitos humanos. Por fim, destaca-se o momento de especificação, no qual as exigências materiais das relações humanas passam a ser protegidas sob a égide desses direitos de modo especializado.

Sob a ótica diacrônica defendida por Bobbio, decorre uma questão fundamental para a compreensão dos direitos humanos: a impossibilidade de um fundamento absoluto que justifique sua natureza teórica e jurídica. Ao afirmar que, para se delinear o que são os direitos humanos e compreender seu processo evolutivo, é necessário adotar

uma perspectiva contextual, o autor pressupõe que não há um único fundamento que os valide de forma universal e definitiva, afinal, os direitos humanos não são categorias estáticas.

Nesse sentido, qualquer tentativa de fundamentar a legitimidade dos direitos humanos com base em uma suposta “natureza humana”, una e generalizável a qualquer contexto histórico e geográfico, revela-se insuficiente para sustentar os elementos que, de fato, conferem validade a esses direitos. Essa impossibilidade conceitual decorre do fato de que não existe uma natureza humana pré-definida, sendo possível identificar, ao longo da história, múltiplas acepções desse conceito - o que gera, conseqüentemente, diferentes compreensões sobre a fundamentação e a legitimidade dos direitos humanos (Bobbio, 2004).

Além disso, é necessário considerar que o conteúdo de cada direito pode ser reinterpretado de maneira distinta, ainda que dentro de um mesmo contexto histórico, a depender das relações sociais que se constroem em torno dele, o que reforça o caráter mutável e não absoluto daquilo que constitui e fundamenta os direitos humanos.

Esse caráter relativo, no entanto, não implica na inexistência de fatores e elementos que legitimem os direitos humanos. Pelo contrário, evidencia que tais fatores e elementos são voláteis e resultam de uma racionalidade construída com base em preferências contextuais, que não podem ser universalmente aferidas, mesmo em relação a direitos aparentemente generalizáveis, como o direito à vida, exemplificativamente. Longe de ser um conceito linear, o direito à vida suscita múltiplas interpretações que variam conforme o contexto analisado, uma vez que a forma como determinada sociedade compreende esse direito e a própria é tão relativa quanto as concepções fundamentais que compõem a estrutura de sua concepção cultural, a depender também do período analisado (Baccelli, 2013).

Considerando tais pressupostos, é possível afirmar que a falaciosa concepção ocidental sobre a universalidade e homogeneidade dos direitos humanos, entendidos como um conjunto de normas derivadas de uma Declaração Universal que reconhece direitos e garantias tidos como fundamentais para toda a humanidade, ignora que sua formulação, do ponto de vista material, é relativa e contextualizada. Além disso, essa concepção oculta o fato de a elaboração dos seus instrumentos normativos basilares terem resultado de acordos e concessões firmados por um grupo restrito de Estados, sem abarcar a totalidade dos países, tampouco à idealizada noção de “humanidade” como um todo.

Embora seja necessário reconhecer a importância de um marco normativo internacional para o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos por distintos sujeitos globais, o uso retórico da concepção ocidental de universalidade e homogeneidade dos direitos humanos, tal como formulada na Declaração Universal de 1948, também revela tentativas, simbólicas ou não, de imposição de uma determinada visão de mundo (Marsillac, 2021). Essas tentativas, ainda que revestidas de um discurso humanitário, podem servir como instrumento de dominação cultural, política e ideológica, ao desconsiderar

as múltiplas realidades sociais, históricas e culturais que moldam diferentes compreensões sobre dignidade, justiça e direitos em distintas partes do mundo. Não custa lembrar, exemplificativamente, que no período em que o referido instrumento normativo foi elaborado e promulgado, exaltando a igualdade entre os povos, parte considerável do mundo ocidental e ocidentalizada ainda estava sob a égide de regimes neocolonialistas.

Não é por acaso que os próprios Estados que participaram da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos e que ratificaram o compromisso de seguir suas normativas, erguendo a bandeira da defesa dos direitos humanos, figuram, recorrentemente, em conflitos geopolíticos com outros Estados soberanos. Inclusive, em nome da universalidade dos direitos humanos, da pacificação ou de um suposto “resgate civilizatório”, tais potências envolvem-se em invasões, “guerras humanitárias”, ações repressivas travestidas de missões de paz, usurpação de territórios e exploração de riquezas internas, entre outras práticas que moldam o cenário internacional desde o século passado, mesmo após o período de paz idealizado ao término da Segunda Guerra Mundial e a promulgação dos referidos instrumentos legais.

A compreensão dessas perspectivas revela que, embora o conteúdo normativo dos direitos humanos seja comumente associado a garantias idealizadas e valores moralmente positivos como liberdade, dignidade, igualdade e justiça, o processo de sua construção, fundamentação e regulamentação está longe de ser neutro ou pacífico. Trata-se, na verdade, de um verdadeiro campo de disputas simbólicas e materiais, atravessado por relações de poder, interesses econômicos, políticos e culturais. O direito, nesse sentido, não pode ser encarado como uma instância neutra e exclusivamente autorreferente, embora falaciosamente continue sendo apresentado como um mecanismo imparcial e desinteressado para lidar com os fenômenos sociais e garantir concepções idealizadas de justiça (Feitosa, 2013).

Diante dessas discussões, retomando a compreensão de Bobbio acerca dos elementos fundamentais que constituem os direitos humanos, é possível afirmar que a principal questão a ser enfrentada atualmente, no campo da teoria dos direitos humanos, não reside mais na busca por uma definição única, metafísica ou essencialista desses direitos - tarefa que, segundo o autor, revela-se infrutífera diante da pluralidade de contextos históricos, culturais e políticos. O verdadeiro desafio contemporâneo, portanto, está menos em saber o que são os direitos humanos e mais em compreender como protegê-los e efetivá-los de maneira concreta, afinal os direitos proclamados nas declarações internacionais e ordenamentos internos são sistematicamente desrespeitados em larga escala, evidenciando que apenas o seu reconhecimento formal não é garantia da sua materialização (Bobbio, 2004).

Ainda que Bobbio não tenha vivenciado a atual conjuntura sociojurídica em torno dos direitos humanos, suas observações sobre a chamada “crise na era dos direitos” permanecem notavelmente pertinentes e encontram ressonância, guardadas as devidas proporções e

particularidades, no cenário contemporâneo. Apesar de seu brilhantismo incontestável, essa espécie de futurologia precisa não decorre de qualquer dom premonitório ou capacidade mística, mas sim da leitura aguda e crítica que o autor realizou sobre a realidade de seu tempo, marcada por contradições profundas entre a proclamação formal dos direitos e a ausência de mecanismos efetivos para sua realização e pela percepção do contínuo processo de desgaste e declínio do que poderia ter se consolidado como uma nova ordem mundial pautada na promoção e no asseguramento desses direitos.

É importante destacar que a denominada crise na era dos direitos não se limita a um fenômeno meramente jurídico. Considerando que a constituição e o asseguramento de direitos atravessam diversas dimensões da vida social, essa crise revela-se, na verdade, como sintoma de outras instabilidades estruturais mais amplas. Entre elas, destacam-se a crise do sistema capitalista, o acirramento das desigualdades sociais, a precarização do trabalho e a excessiva privatização de bens e serviços essenciais, a instabilidade e fragilidade das democracias neoliberais, entre outros fenômenos que comprometem a efetivação concreta dos direitos, especialmente na realidade de pessoas já vulnerabilizadas socioeconomicamente.

Nesse cenário, o que se identifica é que à medida e que novas dinâmicas sociais se estruturam e produzem demandas emergentes, incide no plano jurídico e político uma busca incessante por regulamentar um número cada vez maior de direitos. Ao longo dos anos, inclusive, tem-se intensificado o surgimento de novos direitos humanos que constituem desdobramentos de outros já positivados, sendo que voltados a aspectos mais específicos e complexos da vida humana. É o caso, por exemplo, do direito à intimidade, enquanto ramificação do direito à liberdade; do direito à saúde, como expressão concreta do direito à vida; ou ainda dos direitos direcionados a grupos historicamente marginalizados, como pessoas negras, mulheres, crianças e indivíduos LGBTQIA+, cujas reivindicações se inscrevem na lógica ampliada do direito à igualdade.

O reconhecimento desses direitos humanos, especialmente quando positivados, seja no âmbito normativo internacional ou interno, não deve ser rechaçado. É evidente que sua regulamentação normativa é fundamental e, conforme o próprio Bobbio (2004) aponta, é por meio do processo de positivação que os direitos deixam de ser pretensões e adquirem um caráter formal quanto à sua titularidade e à possibilidade de serem juridicamente exigidos, sobretudo em contextos de inobservância ou iminente violação.

No entanto, é necessário ponderar em que medida a noção de asseguramento e efetivação dos direitos humanos está condicionada à sua mera formalização normativa, uma vez que a positivação, embora indispensável, não é suficiente para garantir sua efetivação material. Trata-se, portanto, de uma crise estrutural e sistêmica, em que o direito tende a se reduzir a meras pretensões formais, afastando-se cada vez mais de sua efetiva concretização. O que se observa, nesse contexto, é que “a visão liberal-individualista tenta, insistentemente, limitar as reivindicações dos direitos ao terreno das garantias puramente formais, sem efetividade, e a serem

imoladas eternamente no ‘altar’ da vida real” (Feitosa, 2016, p. 31).

Nesse mesmo sentido, as discussões de Bobbio (2004) sobre os elementos que caracterizam os direitos humanos sob uma perspectiva histórica revelam que esses direitos se encontram em contínuo processo de construção. No entanto, essa noção de desenvolvimento não se limita ao reconhecimento de novos direitos. Trata-se, sobretudo, de um processo que envolve as lutas pela efetivação daqueles direitos que já foram formalmente reconhecidos, especialmente os que foram incorporados aos ordenamentos jurídicos internos por meio das disposições constitucionais.

Em outras palavras, o verdadeiro desafio contemporâneo não está apenas na proclamação de novos direitos, mas na garantia de que os direitos já positivados sejam efetivamente concretizados. Isso porque, diante da já consolidada compreensão sobre a importância normativa dos direitos humanos, raramente se encontram obstáculos significativos para sua formalização. No entanto, essa facilidade de reconhecimento formal não se traduz, necessariamente, em igual disposição ou capacidade para efetivá-los (Bobbio, 2004).

Diante dessa urgência teórica, cumpre analisar quais meios e instrumentos são necessários para atingir essa finalidade de concretização dos direitos humanos. Embora essas discussões sejam aplicáveis ao plano internacional, na discussão deste artigo optou-se por direcionar o olhar para o plano interno, considerando o papel que as instituições nacionais exercem na efetivação desses direitos que, embora revestidos de nomenclatura distinta (direitos fundamentais), são expressão normativa dos direitos humanos no âmbito constitucional.

3 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS: CAMINHOS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em um contexto de crise das democracias neoliberais, os direitos humanos são frequentemente relegados ao plano da abjeção política, abrindo espaço para que órgãos jurídicos, especialmente Cortes Constitucionais, ampliem sua esfera de atuação em nome da proteção desses direitos, ainda que, por vezes, essa nova configuração institucional implique o desvirtuamento interno da própria ordem legal que se pretende garantir.

Com o advento da modernidade, superou-se a lógica pré-moderna em que o direito ocupava posição subordinada ao poder político, que agia livre de vínculos jurídicos. A partir desse novo contexto, o direito passou a exercer a função de limitar e regulamentar o exercício do poder, consolidando-se como elemento essencial para o funcionamento de regimes democráticos. Com o advento do constitucionalismo contemporâneo, no entanto, essa relação sofreu novas inflexões: o direito deixou de atuar apenas como um freio ao poder estatal, passando também a desempenhar o papel de garantidor do equilíbrio entre a efetivação dos direitos humanos/fundamentais e a preservação da soberania popular (Sousa Filho, 2016).

Nesse novo cenário, como bem explica Barroso (2016, p. 298), a concepção jurídica tradicional na qual “o

juiz é um intérprete neutro, que aplica um direito preexistente, por meio da subsunção do fato à norma, tributária do formalismo jurídico, já não corresponde à compreensão corrente” do direito. Essa transformação paradigmática não se restringe à realidade brasileira, ela reflete uma tendência neoconstitucionalista que vem se consolidando em diversos países que atribuem às Cortes a função de resguardar a Constituição, especialmente após o cenário da Segunda Guerra Mundial, em um contexto social, político e jurídico que passou a atribuir à Constituição uma força normativa e não apenas política, reconhecendo-a como elemento essencial da organização sociojurídica dos países.

Analisando especificamente o contexto brasileiro, afere-se que grande parte desse protagonismo da atividade jurisdicional na busca pela efetivação de direitos humanos decorre da crise política vivenciada no país, marcada por constantes tensões entre os polos de poder e pela dificuldade dos atores políticos em promover um debate público qualificado e enfrentar, de forma madura e eficaz, temas latentes na sociedade. Em muitos casos, as leis deixam de acompanhar as transformações sociais ou são deliberadamente omissas, abrindo espaço para a atuação supletiva do judiciário em questões eminentemente políticas, além de que políticas públicas robustas não são elaboradas e executadas para materializar os direitos já previstos no ordenamento jurídico.

Pela perspectiva de Bobbio (2009), o constitucionalismo contemporâneo pode ser um meio para balizar a relação entre os direitos humanos, a manutenção da democracia e, conseqüentemente, a efetivação do Estado de Direito. No cenário nacional, a atual Constituição Federal brasileira atribuiu ao Poder Judiciário, especialmente na figura do Supremo Tribunal Federal, a competência para analisar e decidir sobre a pertinência constitucional das leis que compõem o ordenamento jurídico, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, reforçando seu papel como guardião da Constituição. A sua função, portanto, não se restringe à revisão de decisões judiciais proferidas por juízes e tribunais interiores, mas sim à garantia mais ampla de que o sistema jurídico está em acordo com os preceitos constitucionais (Araujo, 2021).

Considerando tais prerrogativas, é necessário destacar que a inconstitucionalidade de uma lei não ocorre apenas nas hipóteses em que normas ou atos administrativos infringem diretamente o texto constitucional, abrangendo também a possibilidade de que a inconstitucionalidade se fundamente na omissão do legislador em regulamentar normas essenciais para garantir a plena eficácia dos dispositivos constitucionais, como nos casos dos julgamentos de mandados de injeção (Artigo 5º, inciso LXXI, CF) ou de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (Artigo 103, §2º, CF).

Embora os dispositivos mencionados confirmem ao Tribunal máximo a prerrogativa de fiscalizar, julgar e dar ciência ao poder competente para que supra sua função regulamentadora de direitos, o que se observa, ao longo dos últimos anos, é que, diante da crise institucional que tensiona os poderes e resulta na inefetividade dos instrumentos normativos, o próprio Judiciário tem atuado

de forma incisiva na regulamentação e asseguramento de direitos que continuam sendo ignorados pelo poder político, mesmo após ser formalmente cientificado de sua omissão.

Nesse sentido, é possível observar que a Corte brasileira vem adotando técnicas interpretativas abrangentes, como é o caso do proferimento das decisões aditivas, situações em que o próprio Tribunal edita comandos positivos para suprir a omissão legislativa, ultrapassando a prerrogativa de apenas cientificar o Poder Legislativo sobre a necessidade de preencher a lacuna normativa resultante de sua inércia.

As decisões aditivas, consolidadas na experiência jurídica italiana, visam adequar dispositivos considerados inconstitucionais por omissão parcial ao texto constitucional, especialmente quando a omissão implica violação de direitos humanos fundamentais, ainda mais quando se trata do direito à igualdade. Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que determinado direito é conferido a um grupo de pessoas, mas não é estendido a outro grupo que também se enquadra como legítimo beneficiário da mesma proteção normativa (Barroso; Mello, 2019).

Em decorrência dessa atuação comissiva, tribunais constitucionais, ao serem instados a atuar em casos para os quais não há uma solução previamente delineada no ordenamento jurídico, exercem um papel criativo por meio de técnicas decisórias no âmbito do controle de constitucionalidade, bem como no julgamento de outros instrumentos processuais voltados à tutela de direitos humanos internalizados no ordenamento interno como direitos fundamentais, como os remédios constitucionais. Nesse cenário, ao mesmo tempo em que o Judiciário se consolida como ente essencial à proteção de direitos, também se intensificam as críticas à sua atuação, diante da possibilidade de que a concentração de tantas prerrogativas possa resultar em ingerências indevidas, arbitrariedades e deslocamentos nos polos de poder institucional.

Um caso recente e emblemático que demonstra esse cenário foi a decisão proferida na ADO nº 26, julgada pelo Supremo brasileira em 2019, que versa sobre a inconstitucionalidade do legislador pela omissão em editar uma lei que criminalize condutas homotransfóbicas. A ação foi proposta pelo antigo Partido Popular Socialista, atual Cidadania, e julgada paralelamente ao Mandado de Injeção nº 4.733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), que também pugnava pelo reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em tipificar tais condutas, ignorando a necessidade de efetivação do direito humano à igualdade e à não-discriminação.

Na referida ação, a Corte reconheceu a inércia do Legislativo como um ato inconstitucional, em razão da inobservância do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, que preceitua que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, bem como por violar o princípio da igualdade previsto no *caput* do artigo 5º (Brasil, 1988). Com a decisão, o Congresso Nacional foi cientificado acerca da mora em legislar sobre o tema, especialmente em virtude da lentidão e da não apreciação de projetos de lei já

protocolados na Câmara ou no Senado há décadas, mas que jamais avançaram para o debate ou a votação.

Além de cientificar o Congresso Nacional sobre a necessidade de editar uma tipificação penal para tais condutas, estabelecendo prazo razoável para o cumprimento dessa obrigação, a Corte decidiu que, até a superveniente edição de uma legislação nesse sentido, deveria ser aplicada analogicamente a Lei nº 7.716/1989 nos casos de violência baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero da vítima, tratando penalmente essa forma de violência como uma das modalidades de manifestação do crime de racismo.

Esse não é um caso isolado de atuação criativa da Corte em demandas relacionadas à efetivação de direitos humanos. Outro exemplo emblemático que, embora não tenha versado diretamente sobre a omissão legislativa, mas que também evidenciou o papel criativo da atividade jurisdicional, foi o julgamento da ADPF nº 54, de 2012. A ação tratou da possibilidade de antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico e acabou, na prática, estabelecendo pela via interpretativa uma excludente de ilicitude para o crime de aborto. O objetivo da decisão foi assegurar o respeito à dignidade humana da gestante, que não poderia ser criminalizada por optar pela interrupção de uma gestação cujo desfecho, do ponto de vista médico, seria a retirada de um feto natimorto.

Ao preencher os espaços deixados pelo Poder Legislativo, a atuação jurisdicional da Corte pode ser encarada como um mecanismo não apenas de reconhecimento, mas também de efetivação de direitos já preceituados no ordenamento jurídico, os quais, dado seu caráter de eficácia limitada, exigem novas decisões para serem materializados. Considerando esses aspectos, é possível compreender essa nova postura como um instrumento potencialmente transformador que, adotado em prol da efetivação de direitos humanos, pode tornar-se uma forma de combate à não materialização de garantias jurídicas já reconhecidas no plano formal.

Apesar das potencialidades do protagonismo jurisdicional na busca pela efetivação dos direitos humanos, é necessário ponderar os pesos e contrapesos que essa atuação implica, especialmente diante das limitações impostas pelo próprio ordenamento jurídico. Tais limites visam preservar a harmonia entre os Poderes e assegurar as prerrogativas constitucionais de cada um, conforme os princípios que estruturam o Estado de Direito. Além disso, instrumentos como o princípio da legalidade funcionam como balizas fundamentais para conter eventuais excessos e assegurar que a atuação judicial não se confunda com a criação arbitrária do direito.

Para realizar a análise crítica de ponderação e delimitação dos limites legais dessa atuação, é possível recorrer à própria concepção de Bobbio (2021) sobre a relevância do positivismo para garantir a organização estatal sem arbitrariedades. Embora as aceções sobre o positivismo sejam recebidas com ressalvas por parte de teóricos de outras tradições jurídicas, é necessário considerar que o positivismo jurídico - ou neopositivismo, para adequar-se melhor à proposta teórica do autor - oferece as bases teóricas e técnicas que legitimam um ordenamento jurídico comprometido com a estabilização

dos múltiplos poderes que compõem o Estado Democrático de Direito.

A premissa fundamental do positivismo jurídico consiste na ideia de que a atividade jurisdicional deve estar estritamente fundamentada no império da lei, ou seja, orientada pelo conteúdo normativo positivado, com o propósito de impedir que as ações estatais ultrapassem os limites estabelecidos pela legislação, evitando práticas autoritárias e eventuais usurpações de poder. Nesse contexto, o positivismo jurídico estabelece limites inclusive às práticas hermenêuticas, de modo que a interpretação deva ser, prioritariamente, de natureza textual e, mesmo quando se admitir uma interpretação extratextual - como a decorrente dos costumes -, esta jamais poderá assumir um caráter antitextual, isto é, nunca poderá contrariar ou subverter aquilo que está expressamente disposto na norma jurídica (Bobbio, 2021).

Desse modo, as decisões integrativas decorrentes de interpretações extratextuais, principalmente quando realizadas mediante a técnica da analogia, não se encontram desprovidas de limites. Embora o raciocínio analógico seja expressamente reconhecido pelo ordenamento jurídico e desempenhe papel fundamental na adequação e atualização das normas frente às novas dinâmicas sociais, sua utilização deve observar restrições normativas, não sendo admitido em hipóteses expressamente vedadas pelo próprio direito (Bobbio, 2021).

Aplicando tais perspectivas à análise da atuação da Corte brasileira no âmbito do controle de constitucionalidade verifica-se que, à medida que o Tribunal amplia sua postura ativa no suprimento de lacunas normativas por meio de decisões aditivas, também pode incorrer na violação potencial de outros preceitos constitucionais. Nesse contexto, instaura-se uma espécie de paradoxo da proteção dos direitos, uma vez que se torna tênue o limite entre a atuação destinada à efetivação dos comandos constitucionais e a possibilidade de transgressão dos próprios preceitos normativos que o Tribunal busca resguardar.

No caso da ADO nº 26, por exemplo, observa-se que, por meio de decisões aditivas, embora o preceito constitucional de garantir proteção a todos, sem qualquer distinção ou discriminação, seja fundamental para a efetivação da Constituição nas relações sociais, a decisão de equiparar a homotransfobia ao crime de racismo resultou, na prática, na criação de um novo tipo penal. Tal medida, contudo, não foi submetida ao devido processo legislativo e implica possível violação ao princípio da legalidade penal, consagrado no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, segundo o *qual nullum crimen, nulla poena sine lege*, ou seja, "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Do mesmo modo, é possível evocar o julgamento de um Habeas Corpus impetrado no STF em 2016, que acabou se convertendo em jurisprudência ao consolidar, ainda que de forma temporária, o entendimento sobre a possibilidade de prisão após condenação em segunda instância, ou seja, antes do esgotamento de todos os recursos, como forma de enfrentar a morosidade do sistema judicial.

Embora, em 2019, a corte tenha revisto esse posicionamento ao julgar a ADC nº 43, reafirmando a impossibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado e, assim, resguardando os princípios da ampla defesa e da presunção de inocência, a decisão anterior evidencia que o papel criativo do Tribunal, em certos momentos, avança sobre competências próprias do legislador e pode contrariar preceitos fundamentais da ordem constitucional interna, como o direito do réu à presunção de inocência e à prisão apenas após a condenação definitiva.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que a Corte atua com o ímpeto de assegurar a concretização dos direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica interna, acaba também contrariando outros, com peso e relevância igualmente significativos. Do ponto de vista hermenêutico, portanto, embora o Tribunal paute sua atuação de forma contextualizada, considerando as especificidades de cada caso e a necessidade de adequação às demandas que lhe são apresentadas, a ausência de freios adequados a esse papel criativo pode concentrar em suas mãos um poder excessivo, com potencial para incidir em arbitrariedades, à medida que se diluem os limites que deveriam balizar sua atuação.

Dessa forma, embora o protagonismo judicial possa representar uma via legítima de promoção e efetivação de direitos fundamentais em contextos de omissão legislativa e crise institucional, é necessário cautela ao atribuir ao Poder Judiciário uma função heroica de salvaguarda absoluta da ordem constitucional e da efetivação dos direitos humanos. O risco de que, na tentativa de proteger certos direitos, se acabem subvertendo garantias igualmente fundamentais, impõe a necessidade de um constante exercício de autolimitação institucional.

Uma possível saída jurídica para essa indeterminação de fronteiras pode ser extraída da própria experiência italiana com as decisões aditivas de sua Corte Constitucional. Diferentemente do cenário brasileiro, marcado ausência de regulamentação, o ordenamento jurídico italiano estabelece condições específicas para a prolação dessas decisões, como a vedação de sua aplicação em matérias reservadas à discricionariedade do legislador, especialmente no âmbito penal, e a exigência de que sejam proferidas exclusivamente em benefício das partes. Elas constituem limitações normativas expressas, que delimitam de forma precisa o alcance e as hipóteses de admissibilidade dessa técnica decisória, garantindo o controle de sua própria atuação e a validade das decisões criativas.

Diante de todas essas discussões, faz-se também necessária a desconstrução da visão romantizada acerca do direito e de seus operadores. O direito é uma técnica de controle social, que segue regras próprias e visa a estabilização das condutas, e seus aplicadores devem ser compreendidos como executores dessa técnica, e não como salvadores das mazelas da sociedade. Isso não significa, contudo, que juízes, tribunais e demais integrantes do Poder Judiciário não devam atuar visando à concretização de direitos e garantias sociais, mas impõe-se estabelecer os

limites dessa atuação, bem como o custo que se paga para que determinada conduta se materialize.

Além disso, conforme compreende Bobbio (2004), a conquista e efetivação dos direitos é fruto de lutas sociais contínuas, que ultrapassam o âmbito estritamente jurídico. Desse modo, não será apenas por meio de decisões judiciais que os direitos humanos serão integralmente efetivados, seja na ordem interna ou internacional; é indispensável também o engajamento de outras áreas, com destaque para a política e a economia, para que esses direitos ganhem materialidade e sejam de fato incorporados na vida das pessoas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida ao longo deste artigo evidenciou que o desafio da efetivação dos direitos humanos, mais do que uma questão normativa, constitui um problema estrutural e teórico de profunda complexidade. Conforme demonstrado, embora os direitos humanos estejam formalmente positivados tanto no plano internacional quanto interno, sua concretização enfrenta barreiras impostas por contextos institucionais marcados por crises institucionais, instabilidades políticas e disputas sobre os limites da atuação jurisdicional.

Diante dos problemas para ultrapassar a mera formalização dos direitos humanos, avançando para a sua materialização, efetivando-os no plano concreto, a atual atuação supletiva do Supremo Tribunal Federal em demandas que versam sobre o asseguramento desses direitos pode se apresentar como uma possibilidade viável de resposta institucional às omissões legislativas e às resistências políticas que inviabilizam a concretização de garantias já positivadas no ordenamento jurídico.

No entanto, ainda que essa atuação possa produzir efeitos relevantes na efetivação dos direitos, ela deve ser encarada com ponderação, considerando que não basta atuar em nome da defesa dos direitos humanos para legitimar toda e qualquer postura frente ao contexto normativo. O ordenamento jurídico nas democracias liberais que, embora defasadas do ponto de vista institucional, guiam-se na teoria pela manutenção do Estado Democrático de Direito, deve atuar como balizador tanto da atuação política quanto da atuação jurídica dos entes que compõem o Estado. Isso significa que a atuação criativa do STF, quando desprovida de autolimitação e respaldo normativo adequado, corre o risco de instaurar um novo tipo de arbitrariedade, ainda que travestida de um discurso garantista.

Em síntese, portanto, conclui-se que a atuação do Tribunal, especialmente mediante decisões aditivas, embora impulsionada por demandas sociais e jurídicas legítimas, do ponto de vista da efetivação dos direitos humanos, precisa ser reconduzida aos marcos constitucionais e teóricos que preservam a estabilidade do sistema jurídico. O desafio, portanto, é estabelecer um equilíbrio tênue: assegurar a efetividade dos direitos humanos e a materialização das promessas formais, sem, contudo, comprometer os princípios que conferem legitimidade e racionalidade à ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. Os efeitos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão: a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a ADO n.º 26/DF. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 21, n. 86, p. 131–155, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.21056/aec.v21i83.1490>. Acesso em: 20 abr. 2025.

BACCELLI, Luca. Norberto Bobbio: a era dos direitos sem fundamento. *In*: TOSI, Giuseppe (org.). **Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013. v. 2.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais – técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 295–334, 2019. Disponível em: <https://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1049>. Acesso em: 2 maio 2025.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2024.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 1 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 1 maio 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Mandado de Injunção 4.733**. Relator: Min. Edson

Fachin. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 1 maio 2025.

CHAMPEIL-DESPLATS, Veronique. Norberto Bobbio e os direitos humanos: democracia e sentido da história. *In*: TOSI, Giuseppe (org.). **Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013. v. 2.

FEITOSA, Enoque. Bobbio e a crítica de Marx aos direitos humanos: o que e quais são os direitos humanos? Elementos para uma refutação da concepção individualista dos direitos humanos. *In*: TOSI, Giuseppe (org.). **Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013. v. 2.

FEITOSA, Enoque. Cidadania, constituição e desenvolvimento: a tensão, no direito, entre promessas formais e as demandas por concretização. **Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 45, p. 24-39, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.4619983.v1>. Acesso em: 24 jul. 2025.

MARSILLAC, Narbal. Direitos humanos e retóricas canibais. **Revista Internacional Consinter de Direito**, [S. l.], n. 7, p. 357-373, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.00015.05>. Acesso em: 24 jul. 2025.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Pontes de transição entre direito e política: sentenças aditivas na experiência recente do STF. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 74–111, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/publicum.2016.23764>. Acesso em: 20 abr. 2025.