

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
Curso de Mestrado

THIAGO ANDRÉ SILVA GONÇALVES

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO: ENTRE A
DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

CAMPO GRANDE

2023

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
Curso de Mestrado

THIAGO ANDRÉ SILVA GONÇALVES

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO: ENTRE A
DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Área de concentração: Direitos Humanos. Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável

Orientadora: Professora Doutora Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas
Coorientadora: Professora Doutora Elisaide Trevisam.

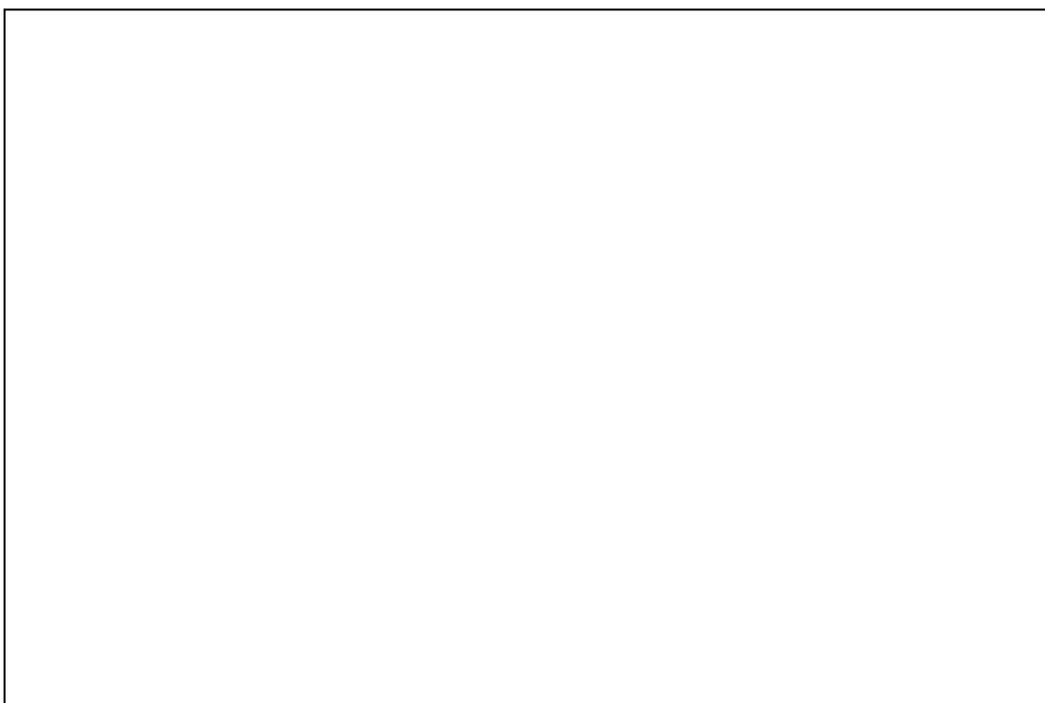
CAMPO GRANDE

2023

Eu, Thiago André Silva Gonçalves, autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo ou pesquisa, desde que citada a fonte.

Assinatura: _____

Data: ____/____/____



Bibliotecário(a) Responsável:

DEDICATÓRIA

A Caroline Vianna Longhi, mulher da minha vida. Aos meus irmãos e a minha cunhada. A minha mamãe, Aparecida de Fátima Silva Rossi (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e ao povo sul-mato-grossense.

Agradeço à minha orientadora Professora Doutora Lídia Maria Ribas, por iniciar esta caminhada ao meu lado e me conceder a oportunidade de cursar o tão sonhado “mestrado na UFMS”.

Agradeço também a minha coorientadora, Professora Doutora Elisaide Trevisam.

Sem a sua presença, esta dissertação não seria possível. Sou eternamente grato. Conte sempre comigo! Professora, obrigada por toda paciência e proatividade.

Embora em outro contexto, a senhora me lembra Geraldo Vandré: “Quem sabe faz a hora... Não espera acontecer”.

Obrigado!

Agradeço aos membros da banca. Grato por todas as contribuições no desenvolvimento desta pesquisa.

Agradeço ao Professor Doutor Vladimir Oliveira da Silveira por me apresentar as obras de Arthur Kaufmann, Andrea Semprini, Ulrich Beck e principalmente Edgar Morin.

A ideia de “conhecimento, ignorância e mistério” produziu meu “método de saberes invisíveis”. O pensamento complexo introduz o mistério!

Em resumo, os textos indicados em suas aulas abriram as minhas “portas da percepção” (Aldous Huxley). Para além do Direito.

Ao Professor Doutor Antônio Hilario Aguilera Urquiza e toda sua generosidade e sabedoria. Obrigado por me apresentar ao pensamento de Aguirre-Pabón. Até hoje, quando tenho contato com qualquer escrito de Kant, me lembro do artigo que o senhor nos apresentou.

A todos os docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Agradeço por contribuíram para o meu crescimento intelectual.

Por fim, agradeço a minha amada: Caroline Vianna Longhi.

Minha eterna paixão! Minha eterna interlocutora.

Meu entusiasmo criador! Minha letra, minha infindável música de amor!

Ao seu lado, me sinto completo!

Como na canção “Só pra te mostrar” - e aqui, no cume do meu pensamento, vejo seus lindos olhos -: “não creio em nada do que eu conheci, antes de te conhecer”.

Te amo!

EPÍGRAFE

“O constitucionalismo vivo é um sujeito feliz, porque acontece que a Constituição sempre significa exatamente o que ele pensa que deveria significar” – Antonin Scalia.

“Palavras não são más. Palavras não boas. Palavras são iguais, sendo diferente” – Titãs.

“Quando formos todos culpados, será a democracia” (Personagem Jean-Baptiste Clamence, em “A queda” de Albert Camus).

“Salvador falava todas as línguas e nenhuma. Ou melhor, tinha inventado uma língua própria usando os pedaços das línguas com que tinha entrado em contato (...) Nem por outro lado poderia chamar língua ao falar de Salvador, porque em todas as línguas humanas há regras e cada termo significa *ad placitum* uma coisa, segundo uma lei que não muda, porque o homem não pode chamar ao cão uma vez cão e outra de gato (...)” (Personagem Adso de Melk, em “O nome da Rosa” de Umberto Eco)

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo analisar as diferenças entre ativismo e judicialização e suas relações com a democracia e os direitos fundamentais. A problemática norteadora da pesquisa pode ser definida por meio de dois questionamentos pilares: (i) existem diferenças entre a prática do ativismo judicial e da judicialização? e (ii) como estas posturas influenciam a democracia, o constitucionalismo e os direitos fundamentais? De forma acessória, surgem outras indagações: cumprir os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, por meio do processo de judicialização, significa desaguar no ativismo judicial? Para isto, foi preciso compreender o redimensionamento da jurisdição constitucional após a Segunda Guerra Mundial e qual o seu papel na efetivação dos direitos humanos. Em contrapartida, analisa-se como o processo do ativismo judicial causa fissuras no sistema representativo, na medida em que se adota uma postura voluntarista diante da legislação, desrespeitando os limites semânticos do texto normativo. Conclui-se que nos países periféricos, como é o caso do Brasil, é preciso haver uma jurisdição constitucional que não caia no decisionismo, mas ao mesmo tempo implemente direitos. Para atingir um resultado satisfatório, utilizou-se da metodologia bibliográfica e documental, partindo-se do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Ativismo. Judicialização. Democracia. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This research aims to analyze the differences between activism and judicialization of policies and their relationship with democracy and fundamental rights. The guiding problem of the research can be defined through two pillar questions: (i) are there differences between the practice of judicial activism and judicialization? and (ii) how do these postures influence democracy and fundamental rights? Incidentally, other questions arise: fulfilling the fundamental rights expressed in the Federal Constitution, through the process of judicialization, does it mean flowing into judicial activism? For this, it was necessary to understand the resizing of the constitutional jurisdiction after the Second World War and what its role in the realization of human rights. On the other hand, it studies how the process of judicial activism causes fissures in the representative system, insofar as it adopts a voluntarist attitude towards the legislation, disrespecting the semantic limits of the normative text. It is concluded that in peripheral countries, as is the case of Brazil, there must be a constitutional jurisdiction that does not fall into decisionism, but at the same time implements rights. In order to achieve a satisfactory result, bibliographical and documentary methodology was used, starting from the hypothetical-deductive method.

Keywords: Activism. Judicialization. Democracy. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. DA RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
2.1. EXPOSIÇÕES INICIAIS	15
2.2. A (IN) EXISTÊNCIA DE TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO.....	16
2.3. A RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	18
2.4. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL/ATIVISMO JUDICIAL EM TEMPOS DE ACOMETIMENTOS.....	27
3. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO.....	33
3.1. ATIVISMO JUDICIAL: UM PROBLEMA DA TEORIA DO DIREITO	33
3.2. SINCRETISMO TEÓRICO: NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL A BRASILEIRA	38
3.3. JUDICIALIZAÇÃO: FENÔMENO MULTIFACETADO, HISTÓRICO E CONTINGENCIAL.....	50
4 O REFLEXO DAS POSTURAS JUDICIÁRIAS NA DEMOCRACIA E NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	66
4.1. ATIVISMO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA ..	66
4.2. JUDICIALIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	678
4.3. DA DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO A PARTIR DE JULGAMENTOS	72
4.3.1 Da (im)possibilidade do chamado “homeschooling” e da obrigatoriedade de filmagens nas operações policiais.....	73
4.3.2. Criminalização da homofobia e da transfobia (ADO 26 e MI 4733).....	78
4.3.2.1 Mora legislativa, mandamentos de criminalização e proteção insuficiente.....	81
4.3.2.2 Interpretação conforme a Constituição e a expansão do conceito de raça.....	92
4.3.2.3 Ativismo Judicial e a criminalização da homofobia e transfobia.....	96
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS.....	102

1. INTRODUÇÃO

Atribui-se ao ex-ministro do governo Itamar Franco, Walter Barelli, a frase “uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa”. Há outras teorias sobre a etimologia desta frase. De todo modo, tal enunciado, chegou ao imaginário social e é amplamente reproduzida pela sociedade.

Pretende-se transplantar a clarividência da expressão popular para o objeto de estudo da presente pesquisa: ativismo é uma coisa e a judicialização é outra? A resposta que se pretende investigar recai na expressão popular: “uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa?”.

À vista disso e a partir da crítica hermenêutica do direito (CHD), o objetivo principal desta pesquisa é estudar as diferenças entre ativismo e a judicialização, e de que forma estas posturas impactam na formatação da democracia e nos direitos fundamentais.

Por consequência, surgem objetivos secundários, analisando o fato de que em países periféricos, como é o caso do Brasil, é preciso ter uma jurisdição constitucional, que não caia em decisionismo, mas ao mesmo tempo, concretize direitos fundamentais.

A problemática norteadora da pesquisa pode ser definida por meio de dois questionamentos pilares: (i) existem diferenças entre a prática do ativismo judicial e da judicialização? e (ii) como estas posturas influenciam a democracia e os direitos fundamentais?

Já nesta introdução, julga-se necessário tecer algumas explicações sobre a crítica hermenêutica do direito (CHD), visto que o referencial teórico desta dissertação se movimenta e pretende ser guiado, com bases nas contribuições da CHD.

Em linhas gerais, a CHD procura romper com a hermenêutica jurídica tradicional, que em boa parte esta solidificada nos pilares filosóficos da metafísica clássica e filosofia da consciência. Por meio da fenomenologia hermenêutica, Lenio Streck (2021, p.19), no livro *Hermenêutica Jurídica em Crise*, realiza uma fusão, pela qual o horizonte do sentido é dado pela “compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido”.

Já em “Verdade e Consenso”, Lenio percorreu os caminhos para a resposta constitucionalmente adequada à Constituição. Aliado as essas ideias, o jusfilósofo gaúcho também retrabalha inúmeras ideias de Ronald Dworkin, na medida em que afirma ser possível distinguir boas e más decisões, visto que “juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam”, conferindo uma

“blindagem contra a discricionariedade (pode-se chamar isso de segurança jurídica – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão da legitimidade” (2012, p. 352).

Por fim, em “Jurisdição Constitucional”, Lenio procurou demonstrar como a justiça constitucional se movimenta em seu novo modo de agir, evitando-se solipsismos e voluntarismo, mas sem deixar de buscar a efetivação da democracia constitucional e dos direitos fundamentais. Clarissa Tassinari (2013, p. 109), sintetizou a CHD de forma precisa:

(i) em um primeiro momento, Lenio Streck, sob orientação de Luiz Alberto Warat, rompeu, por um viés crítico, com certo dogmatismo na profusão do ensino jurídico no Brasil;

(ii) em um segundo momento, em contato com as obras do filósofo Ernildo Stein, se filia à filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, evidenciando a inter-relação entre Direito e Filosofia, cunhando a famosa expressão “filosofia no direito” e, por fim,

(iii) na tentativa de criar uma teoria da decisão judicial, filiando-se as ideias de Ronald Dworkin, defende a tese do direito fundamental à resposta adequada constitucionalmente.

Demarcado o embasamento teórico, explica-se também, a fim de que o leitor possa encontrar uma coerência organizacional na leitura deste texto e em razão da quantidade de conceitos que serão abordados, ao final de cada capítulo, será apresentado uma breve conclusão do que fora abordado, respondendo às perguntas inicialmente propostas.

Desta forma, após a leitura de cada capítulo, será possível encontrar as reflexões realizadas, facilitando a compreensão para seguir ao próximo tópico.

Efetivado uma breve explicação do referencial teórico, bem como a estrutura organizacional do trabalho, passa-se a abreviada explicação do que será tratado em cada um dos capítulos.

No primeiro capítulo, pontua-se qual a relação entre democracia e constitucionalismo, na medida em que a pesquisa irá analisar o papel da jurisdição constitucional, por meio do processo de judicialização, na efetivação de direitos fundamentais.

Ainda neste capítulo, busca-se estudar se há tensão política entre constitucionalismo e democracia, especialmente em países como o Brasil, onde há um redimensionamento na influência que cada um destes processos exerceu na configuração do Estado Democrático de Direito.

Avalia-se que a tensão entre democracia e constitucionalismo só existe se for advogado a defesa do ativismo judicial, na medida em que pessoas não eleitas (juízes), ultrapassando os limites semânticos do texto normativo, impõem sua visão de mundo sobre a ótica (política) já estabelecida pelo legislador (eleito pelo povo).

A judicialização, por sua vez, reduz possíveis atritos que há entre constitucionalismo e democracia, na medida em que a jurisdição constitucional, na perspectiva de constituições dirigentes (como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988), possui um papel básico na concretização de direitos fundamentais.

Por fim, realiza-se uma última reflexão sobre o tema, ainda no primeiro capítulo. A partir da defesa da jurisdição constitucional desenvolvida por Dieter Grimm, procura-se observar como há um crescimento de forte reação ao Poder Judiciário, seja por conta da judicialização, seja por conta do ativismo judicial.

Aumenta-se as críticas à jurisdição constitucional; porém, grande parte delas são produzidas no contexto de países democráticos. Neste recorte temático e utilizando-se das contribuições de Dieter Grimm, avalia-se como o Brasil transpassou, nos últimos anos, processos de investidas imperiais contra o Supremo Tribunal Federal, nos quais, boa parte das “justificativas” teriam sido em razão da Suprema Corte ser “ativista”.

No segundo capítulo, a partir do recorte epistemológico da crítica hermenêutica do direito (Lenio Streck), examina-se a distinção entre ativismo judicial e judicialização.

Pontua-se, inicialmente, que o ativismo é um problema da teoria do direito e com base na perspectiva teórica adotada, este fenômeno pode ser conceituado nas situações em que juízes ultrapassam os limites semânticos do texto, para empregar seus valores na aplicação da norma.

O ativismo judicial, no plano da interpretação-aplicação do direito, se manifesta na medida em que o magistrado não se submete à linguagem pública já construída na positivação (democrática) das normas.

Avançando sobre o tema, e estudando a recepção do ativismo no Brasil, pesquisa-se como o fenômeno do “neoconstitucionalismo” influenciou no agir proativo dos magistrados, criando verdadeiro imaginário da doutrina de que princípios “abrem as interpretações”.

O fenômeno do neoconstitucionalismo aliou a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase justamente no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy, proporcionando um ambiente teórico para que juízes legislassem no caso concreto, com base em suas convicções pessoais de justiça.

A partir deste sincretismo teórico, o ativismo judicial brasileiro assume feições e características próprias. Em contrapartida, distingue-se o ativismo da judicialização, na medida em que este segundo fenômeno foi um acontecimento histórico, no qual houve um redimensionamento de assuntos que pertenciam à esfera política, para a esfera judicial.

Isto ocorreu por inúmeros fatores, em especial, com o surgimento das Constituições dirigentes, o nascimento dos tribunais constitucionais, crise da democracia e o redimensionamento da questão do acesso à justiça.

Avalia-se ainda, como o processo de judicialização foi crescendo na legislação nacional, com aprovação de inúmeras leis que permitem um controle maior de atos políticos, como por exemplo as leis que regulam a ação popular (Lei nº 4.717/1965) e a ação civil pública (Lei nº 7.347/1985).

Do ponto de vista normativo, a judicialização atinge seu ápice com a promulgação da Constituição da República Federativa, de 1988; pois há uma consagração extensa de direitos, além da criação de remédios constitucionais (v.g, mandado de injunção), que reforçam a necessidade de revisão da teoria dos três poderes.

Em conclusão a este segundo capítulo, compreende-se, com base na perspectiva da hermenêutica crítica do direito, que a judicialização da política é um fenômeno inevitável, não sendo um problema exclusivamente jurídico. Já o ativismo judicial é um problema da teoria do direito e sua análise, bem como sua conceituação, dependendo do modo como se visualiza o ato de interpretar. Porém, como será estudado adiante, o ativismo nasce como um problema da teoria do direito, transformando-se em um problema de legitimidade democrática (teoria do estado e/ou da política).

Delimitado os conceitos de ativismo e judicialização, estuda-se no terceiro e último capítulo, a influência que cada um destes fenômenos possui na configuração da democracia e na concretização de direitos fundamentais.

Partindo do conceito de ativismo, desenvolvido no segundo capítulo, e da (in)existência da tensão entre democracia e constitucionalismo, no primeiro capítulo; o modo de interpretar proativo possui relação com a democracia, na medida em que há uma ingerência na produção pública das leis e nas condições de possibilidades para aplicação do texto normativo.

Deste modo, no desenho institucional do Estado Democrático de Direito, o ativismo judicial não é apenas um problema hermenêutico, mas também um problema político, já que a norma, produzida anteriormente por representantes do povo, é afastada do caso concreto, para que juízes apliquem suas convicções pessoais sobre fenômenos sociais.

Ainda no terceiro capítulo, analisa-se que a judicialização, fixada na ideia substancialista de jurisdição constitucional, é condição de possibilidade para efetivar direitos fundamentais. Este fenômeno faz parte de um processo histórico, ocorrendo a consagração de direitos fundamentais nas Cartas Políticas, de modo que a jurisdição constitucional assume

certo protagonismo na efetivação destes direitos.

Em continuidade, avalia-se alguns julgados, aplicando-os aos conceitos e às ideias formatadas no segundo capítulo; bem como, utilizando o “método” desenvolvido por Lenio Streck e aperfeiçoado por Isabela Ferreira Neves, que parte de três perguntas fundamentais para não confundir a judicialização da política com o ativismo judicial em casos envolvendo direitos sociais.

As três perguntas fundamentais formuladas pela Crítica Hermenêutica do Direito para resolver questões envolvendo direitos sociais são: i) há direito fundamental com exigibilidade?; ii) o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, isto é, concedido às demais pessoas?; iii) para atender aquele direito, a alocação de recursos fere a igualdade e a isonomia?

Com essas três perguntas, somando a distinção conceitual já realizada, se revela o aparato teórico e normativo que constituiu a distinção entre ativismo e judicialização.

Para alcançar um resultado satisfatório, a presente pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo aplicando a metodologia bibliográfica e documental.

2. DA RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. EXPOSIÇÕES INICIAIS

Neste primeiro capítulo, como objetivo primário, pretende-se avaliar de que forma as práticas do ativismo e da judicialização podem influenciar na (suposta) tensão entre democracia e constitucionalismo. Como objetivo secundário, busca-se avaliar como os direitos fundamentais se relacionam com a vontade popular e a jurisdição constitucional.

Norberto Bobbio (2000, p. 01), ao iniciar a introdução de seu livro “Dicionário de Política”, clarificou que a linguagem política é notoriamente ambígua e “esta variedade depende, tanto do fato de muitos termos terem passado por longa série de mutações históricas”, sendo que a “maior parte dos termos é derivada da linguagem comum e conserva a fluidez e a incerteza dos confins”.

Democracia, constitucionalismo e direitos fundamentais, surgiram inseridos dentro de disputas políticas e, conforme o alerta de Norberto Bobbio, o qual evoca-se para iniciar este capítulo, não é tarefa fácil definir os três conceitos acima, pois são significados em constante mutação, já que assumem acepções diversas, a depender do contexto social que se escreve.

De todo modo, conforme os dizeres de Jacinto Miranda Coutinho (2005, p. 35): “[...] não há direito sem uma dogmática onde as palavras tenham um sentido aceito pela maioria, ainda que elas escorreguem e, de tanto em tanto, mereçam – e tenham – uma alteração de curso”.

Desta maneira, embora sejam conceitos amplos, é preciso fixar parâmetros (dogmáticos), para alcançar o objeto de estudo que se propõe avaliar.

A dúvida que se almeja responder neste primeiro capítulo pode ser assim formulada: é possível dizer que há conflito entre constitucionalismo e democracia? Em que medida eles se relacionam com os fenômenos do ativismo e/ou da judicialização?

Assim, sob esse recorte temático, necessita-se trabalhar alguns conceitos do que vem a ser democracia, constitucionalismo e direitos fundamentais, sua inter-relação, bem como a relação que há com o objeto desta pesquisa.

De início, já é possível afirmar, em relação aos direitos fundamentais, que estes assumem sua importância, pois como se verá logo abaixo, uma democracia que se pretende existir em afronta aos direitos constitucionais, não se compatibiliza com a Constituição Federal de 1988.

É comum reservar grandes esforços para as referências históricas. Contudo, entende-se que é possível manter certo pragmatismo (no sentido vulgar da palavra, não em seu sentido filosófico), sem perder o rigor científico.

Sendo assim, não serão reservadas longas páginas para tratar os conceitos de democracia, constitucionalismo e direitos fundamentais. A presente pesquisa não pretende ser um glossário destas ideias, mas utilizar-se de conceitos já abordados por inúmeros autores, e compreender de que modo eles se relacionam com o assunto principal desenvolvido nesta pesquisa.

Porém, antes de aproximar-se das definições em si, incumbe discorrer um pouco mais sobre a tensão entre constitucionalismo e democracia, já que estas duas vertentes se relacionam com o ativismo ou a judicialização.

2.2. A (IN) EXISTÊNCIA DE TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Tradicionalmente, afirma-se que o constitucionalismo se opõe à democracia, na medida que ele possuiu o poder de excluir do sistema jurídico normas aprovadas pela maioria. A partir deste raciocínio, construiu-se extenso debate sobre o conflito entre estes dois fundamentos.

Pedro Salazar Urgate (2006, p. 186), em sua obra “La democracia constitucional”, despende grande esforço teórico para avaliar a tensão entre constitucionalismo e democracia, resumindo a questão da seguinte forma:

Detrás de esta tensión general se encuentra el problema que nos ha acompañado desde el inicio de nuestro recorri-do: ¿hasta qué punto es posible limitar, no solamente desde el punto de vista procedimental (cómo decidir) sino también desde el punto de vista material (qué cosa se decide o no se decide), la soberanía popular sin desnaturalizarla? O, desde el punto de vista del ideal constitucional, ¿cuánta libertad positiva pueden soportar los límites que impone la constitución rígida?¹

Vera Karam e Miguel Godoy (2010, p. 159), descrevem que no ano de 1999, Frank Milchman e Jürgen Habermas, realizaram um debate – a época, Frank Milchman estava lançando seu novo livro, intitulado “Brennan and democracy” – sobre a tensão existente entre democracia e constitucionalismo.

¹ “Por detrás desta tensão geral está o problema que nos acompanha desde o início do nosso percurso: até que ponto é possível limitar, não só do ponto de vista processual (como decidir) mas também do ponto de vista material? (o que é decidido ou não), a soberania popular sem desvirtuá-la? Ou, do ponto de vista do ideal constitucional, quanta liberdade positiva pode ser sustentada pelos limites impostos pela constituição rígida?” (Tradução nossa).

Na ocasião, Michelman (1986 MICLHEMAN apud CHUEIRI; GODOY. 2010, p. 159) afirmou:

(...) o paradoxo da democracia constitucional assume várias formas. A democracia aparece como autogoverno do povo – as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política. O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição – *law of lawmaking*, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária (que ela deve limitar).

Para o autor, conciliar democracia e constitucionalismo é uma empreitada tão complexa quanto custosa. O assunto vem sendo debatido por séculos, principalmente na ciência política e no direito constitucional.

Contudo, qualquer posição teórica deve estar situada no momento histórico em que é produzida, bem como na realidade social e institucional de cada país.

Posições extremistas e reducionistas de compreender a democracia apenas como “regra da maioria”, as quais Ronald Dworkin (1999, p. 5) denomina de “interpretação estatística”, podem ocasionar – e esse tema será novamente abordado nos capítulos seguintes – afirmações absurdas de que qualquer constitucionalismo seria antidemocrático, na medida em que “subtrai da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários” (STRECK, 2012, p. 75).

Raoni Macedo Bielschowsky (2013, p. 55) esclarece que: “Dworkin em sua obra, “Is democracy possible here” para designar esse entendimento de democracia se utiliza dos termos “majoritarian concept of democracy”, ou ainda, “procedural democracy”. Este poderia ser traduzido diretamente para o português por “democracia procedimental”, sendo desse modo um termo bastante preciso para descrever esse entendimento.

Neste sentido, e este alerta será realizado em inúmeras passagens desta pesquisa, não se pode importar teorias estrangeiras, sem realizar a devida contextualização dos autores que as escreve e, principalmente, sem esquecer, que ao falar em democracia ou em constitucionalismo em terras nacionais, é impossível fugir do que estabelece a Constituição Federal de 1988, para efetivar direitos fundamentais.

A título de ilustração, no debate americano há extensa produção intelectual e política para investigar se revisão judicial é compatível com a soberania popular. Não se pode esquecer que esta contenda parte de um sistema onde o controle de constitucionalidade foi criado judicialmente, pois, a despeito das divergências historiográficas, não estava previsto na

Constituição dos Estados Unidos, embora estivesse se consolidando alguma tradição sobre esta prática.

Ou seja, as concepções filosóficas e as experiências históricas de cada país, não podem ser ignoradas ao transplantar qualquer teoria para analisar o cenário brasileiro. Conforme apontamento de Continetino (2016, p. 117):

São acirrados os embates historiográficos em torno da história do judicial review. O que teria levado a sociedade a consentir numa prática judicial por meio da qual os juízes se recusam a aplicar a lei editada pelo legislador com o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição, quando os próprios *founding fathers* não a expressamente instituíram no texto constitucional? Como admitir que um país herdeiro da cultura jurídica inglesa, que primava pelo princípio da supremacia parlamentar, veio a sediar uma prática institucional na qual juízes não democraticamente eleitos deixavam de aplicar leis editadas pelos representantes do povo? O aspecto crucial, nessa discussão, consiste em não se restringir à narrativa de conceber *Marbury* como marco histórico do início do judicial review, tampouco regozijar-se com o gênio de John Marshall pela suposta autoria dessa prática.

Em face do recorte temático desta pesquisa (ativismo judicial e judicialização), e partindo da perspectiva trabalhada por Ronald Dworkin (1999) em “Constitutionalism and Democracy”, para a construção de uma sociedade democrática, é pressuposto básico, que as garantias constitucionais que protegem direitos devem ser opostas à vontade das maiorias.

Passe-se agora aos conceitos propriamente ditos e, posteriormente, sua inter-relação.

2.3. A RELAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A ideia do “constitucionalismo” remete “aos movimentos de limitação do poder – que tiveram por objetivo superar e prevenir o absolutismo – decorrentes das três grandes Revoluções Liberais” (JUNIOR, 2021, p. 692).

J.J Gomes Canotilho (2011, p. 52) compreende o fenômeno do constitucionalismo como uma “teoria normativa da política”, na qual ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim um claro juízo de valor. É no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou teoria do liberalismo.

Este fenômeno advém das revoluções liberais (inglesa, francesa e americana), nas quais limitaram ou afastaram os poderes do monarca, criando a “doutrina dos Direitos

Fundamentais e pela separação dos poderes, segundo receita expressa do art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789” (JUNIOR, 2021, p. 693).

Pieroth e Schlink (2012, p. 02) alertam para o fato de que os direitos fundamentais provêm de disputas políticas. Posteriormente, acabaram sendo exequíveis, caso contrário, toda e qualquer discussão que envolvesse o tema, desembocaria para contenda política.

Deste modo, ao lado da origem democrática do poder político, a maior conquista do “Estado Constitucional moderno foi ter dado forma jurídica (verrechtlicht) ao exercício do poder político. Na relação do indivíduo para com o Estado, os critérios do direito são vigentes por intermédio dos direitos fundamentais” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 02).

Para Canotilho (2011, p. 127), os direitos fundamentais foram a “incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador originário”.

Jorge Miranda (2017, p. 11), por sua vez, atesta que os direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição”

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2022, p. 14) esclarecem que, após o acontecimento das revoluções liberais, já nos Estados Unidos, houve o início do controle jurisdicional de constitucionalidade (*Marbury vs. Madison*), sendo um importante passo na direção da consolidação jurídica dos direitos fundamentais.

Isso constituiu um importantíssimo passo na construção do constitucionalismo e da própria dogmática dos direitos fundamentais. Declarando-se competente para fiscalizar o respeito aos direitos fundamentais com o poder de afastar leis votadas pela maioria dos representantes do povo, o Judiciário deixou claro que o legislador ordinário não tem o poder de definir (e restringir) conforme seu arbítrio. Dessa forma, os juízes norte-americanos tornaram-se garantidores da supremacia constitucional e, necessariamente, dos direitos fundamentais contidos no texto constitucional, tendo a incumbência de declarar a inconstitucionalidade de toda norma estatal que atentasse contra tais direitos.

Observa-se assim, que no próprio seio do constitucionalismo, os direitos fundamentais seriam os instrumentos para limitações de poderes, e conforme a experiência americana (diferentemente da experiência francesa), foi muito fincado na liberdade.

Todavia, para não se distanciar da pergunta formulada no início deste tópico, verifica-se que de certo modo é possível dizer que há uma relação entre constitucionalismo e direitos fundamentais, sendo o primeiro a teoria política da limitação e o segundo a estrutura jurídica conferida aos valores que foram posteriormente positivados em forma de “direitos fundamentais”.

Passe-se para o conceito de democracia.

Raoni Macedo Bielschowsky (2013, p. 55) explica que atualmente, seja no âmbito da ciência política, direito constitucional ou da filosofia política, há basicamente duas linhas (procedimentalista e substancialista) epistemológicas do que significa democracia na contemporaneidade. Estas duas linhas, além de refletir sobre o conceito de democracia, também refletem sobre a forma de agir da jurisdição constitucional, sendo resumida por Barroso (2015, p. 34) da seguinte forma:

Substancialistas e procedimentalistas têm visões diferentes acerca do papel da Constituição e da jurisdição constitucional. No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade. Os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle de resultado das deliberações políticas que supostamente os contravenham. Já os procedimentalistas não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo.

A primeira delas, se caracteriza por seu alicerce formal, em que a existência da democracia é suficiente observar a certos procedimentos de avaliação da vontade da maioria, podendo ser denominada de “democracia formal-majoritária (democracia procedimental) (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 55).

Esta primeira visão está ligada à “lógica eminentemente deontológica da estrutura democrática, em muito atrelada a um positivismo jurídico puro” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 55); pois, encarando o direito como coerção, o uso da força só será legítimo se o procedimento para o alcançar for por meio da vontade popular.

Nesta visão há apenas uma estrutura formal de organização; fincada, principalmente, no valor da liberdade, sendo que a “democracia não passa de um mecanismo – uma via ou método – de promoção da autodeterminação dos indivíduos”. (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 60).

Hans Kelsen² (2000, p. 145), dentre os inúmeros defensores deste modelo fundante de democracia, vai dizer que a democracia deve ser entendida enquanto sistema ou processo, ou seja, uma forma de governo.

Em prosseguimento a esta afirmação, Kelsen (2000, p. 146), tece críticas a uma visão “substancial” de democracia, escrevendo, inclusive, que visão contrária poderia caminhar para um regime autocrático:

Portanto, não há melhor maneira de impedir o avanço da democracia, de preparar o caminho para a autocracia e dissuadir o povo de seu desejo de participação no governo do que depreciar a definição de democracia enquanto processo através do argumento

² Anna Pintore vai afirmar que a democracia em Kelsen, “es una democracia sin derechos”. Para análise da visão kelseniana da democracia, verificar: UGARTE. Pedro Salazar. La democracia constitucional: una radiografía teórica. México: Una. 2006, p. 140-177.

de que a mesma é "formalista", levar o povo a acreditar que seu desejo será satisfeito se o governo agir em seu interesse e que, instaurado um governo para o povo, se terá alcançado a tão almejada democracia. A doutrina política que fornece a ideologia apropriada a tal tendência enfatiza a questão de que a essência da democracia é um governo voltado para o interesse da massa popular, e que a participação desta no governo é de importância secundária. Se um governo é para o povo, isto é, se age em seu interesse, concretiza a vontade popular, conseqüentemente é também um governo do povo (...). A objeção de que, nesse caso, o interesse que o governo busca atender pode não corresponder àquilo que o próprio povo vê como seu interesse é rejeitada pelo argumento de que o povo pode estar equivocado quanto a seu «verdadeiro interesse e que se o governo atende ao verdadeiro interesse do povo representa também a verdadeira vontade do mesmo e deve, portanto, ser considerado uma «verdadeira» democracia - em oposição a uma democracia meramente formal, ou falsa. Em tal democracia "verdadeira", o povo pode ser «representado» por uma elite, uma vanguarda ou mesmo por um líder carismático.

Kelsen (2000, p. 147) proclama ainda, que esta ideia de democracia, consiste no que ele denomina de “a doutrina soviética da democracia”, já que para ele o regime democrático deve seguir os “interesses do povo”, é altamente subjetiva, demonstrando além de conter incoerências teóricas, mas também, contrassensos políticos.

Em síntese, essa visão formal da vontade majoritária tem um certo descompromisso “com um fim moral específico e o entendimento da democracia enquanto um apanhado de procedimentos capazes de validar os atos estatais por meio” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 79).

Em uma frase: a jurisdição constitucional é neutra em relação a substância; sua função é resguardar o processo para formação da vontade geral. Em contrapartida, há uma concepção que se funda em argumentos teológicos, denominada de “democracia substantiva”³, de modo que os procedimentos são essenciais, mas não são suficientes para atingir o bem comum (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 55).

Abaixo pretende-se discorrer sobre a ideia de democracia e averiguar como ela se compatibiliza com o constitucionalismo e os direitos fundamentais. Os defensores da democracia procedimental advogam que cabe a este regime garantir a forma, para a exteriorização da vontade do povo.

Friedrich Müller (2003, p. 57) defende que a ideia fundamental de democracia passa pela ideia que se tem do próprio “povo”. A partir deste conceito, Müller (2003, p. 77), defende que o povo deve ser o destinatário central das conquistas civilizatórias do Estado, competindo-lhe, juridicamente, “a qualidade de ser humano, de dignidade da pessoa humana, de personalidade jurídica”, sendo possível desassociar a ideia de democracia, desta vertente calcada nos direitos fundamentais.

³ Este assunto será novamente abordado no último capítulo, já que o modo de encarar a democracia, também influencia o modo que se enxerga a jurisdição constitucional.

Com este conceito desenvolvido por Müller, onde há uma inter-relação entre democracia, povo e dignidade da pessoa, já é possível constatar que a pretensa objeção entre democracia e constitucionalismo/direitos fundamentais, não encontra morada na normatividade da Constituição Federal, pois a própria dignidade da pessoa é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1, inciso III).

A partir desta apreciação, Vanessa Cristina Gavião (2013, p. 241) afirma que a ideia de democracia não está em disparidade com o constitucionalismo, na medida em que este, enquanto protetor dos direitos fundamentais, é essencial para a efetivação de uma validade democrática.

Embora sejam de escolas jurídicas diversas⁴, o conceito apresentado por Friedrich Müller, em certos aspectos, se assemelha com a ideia de democracia desenvolvida por Ronald Dworkin (1999, p. 02).

Para Dworkin (1999, p. 02), a análise das normas constitucionais deve ser feita sobre dois prismas: (i) normas possibilitadoras e (ii) normas limitadoras. Na primeira, a ideia democrática está calcada principalmente em seu conceito tradicional, ou seja, governo da maioria, abordado anteriormente na ideia procedimental.

Porém, em análise à segunda categoria de normas, verifica-se a existência de normas que limitam ou restringem os poderes dos representantes.

Com base nesta leitura de Ronald Dworkin (1999, p. 6) – reforçada por outros teóricos, como o próprio Lenio Streck – é possível sustentar também que o constitucionalismo, entendido como técnica de limitação do poder, está no bojo do Estado Democrático de Direito.

Cita-se como exemplo as cláusulas pétreas (art. 60, §4) na Constituição Federal de 1988, que restringem (constitucionalismo) o poder político da maioria (democracia), por meio dos direitos e garantias individuais (direitos fundamentais).

Ou seja, é imprescindível seguir a compreensão comunitária de democracia e não apenas o entendimento majoritário (DWORKIN, 1995, p. 5-6). Como bem pontua Vanessa Cristina Gavião (2013, p. 241), o próprio regime nazista se mostrou como um “governo da vontade da maioria e, caso adotássemos a convicção da democracia meramente em seu aspecto majoritário, admitir-se-ia a afirmação de que o nazismo se constituiu como democracia”.

⁴ Neste sentido, conferir: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 e DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2010.

Joseph Goebbels, ministro de propaganda do regime nazista, afirmava que “sempre será uma das melhores piadas da democracia o fato de que ela dá aos seus inimigos mortais os meios para destruir a si própria” (1939 apud KIRSHNER, 2014, p. 23).

Nesta ótica, convém ressaltar, em face do que se afirmou do regime nazista, que Karl Loewenstein no ano de 1937, já exiliado nos Estados Unidos, desenvolveu no artigo intitulado “Militant Democracy na Fundamental Rights”⁵, trazendo a ideia de que a própria democracia deve criar mecanismos para retirar grupos autoritários da disputa política. Estabeleceu assim, o que ficou conhecido como “democracia militante”. Constata-se, novamente, a relação entre democracia, constitucionalismo e direitos fundamentais.

Em trabalho pioneiro no Brasil⁶, João Gabriel Madeira Pontes (2020, p. 04), a partir do conceito iniciado em Karl Loewenstein, e trazendo ao debate outras contribuições, afirma que o poder constituinte originário pareceu adotar a ideia de democracia militante, nos termos do artigo 17 da Constituição Federal, quando normatizou que é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana.

De todo modo e, retomando a questão desta pesquisa, constata-se que na própria configuração jurídica dos partidos políticos, instituição fundamental para o funcionamento da democracia brasileira, a Constituição deixou claro, que a vontade popular não é ilimitada, já que a associação de pessoas ligadas com fins ideológicos para disputar cargos políticos, deve resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesta medida e evoluindo no tema pretendido, Ronald Dworkin (1995, p. 13) afirma que o constitucionalismo e a democracia não são opostos, mas condicionados entre si, ou seja, um necessita do outro para poder sobreviver e, com isso, o “constitucionalismo não ameaça à liberdade positiva, porque ele é essencial para criar uma comunidade democrática – para constituir ‘o povo’ – e não pode haver nenhuma liberdade comunitária, coletiva, sem isso”.

⁵ The American Political Science Review Vol. 31, No. 3 (Jun,1937), pp. 417-432. American Political Science Association.

⁶ Em verdade, em terras brasileiras, a ideia de “democracia militante” ganhou notoriedade no debate jurídico no ano de 2018, quando João Gabriel, em artigo escrito em parceria com Daniel Sarmiento, trabalharam a ideia acima descrita acima, traçando um paralelo com o então candidato à Presidência da República, Jair Messias Bolsonaro. Na ocasião, concluíram que: “A teoria da democracia militante é sólida e tem amparo na Constituição de 1988. A sua aplicação para o reconhecimento da inelegibilidade de candidatos fascistas à Presidência da República decorre da sua própria lógica. Contudo, essa aplicação, no presente contexto, oferece riscos que não podem ser negligenciados, ligados à segurança jurídica e à possibilidade de tirania judicial. O caráter hediondo das ideias de Bolsonaro e os gravíssimos perigos que a sua eleição representa para a continuidade da democracia e para os direitos humanos não devem nos impedir de reconhecer tais dificuldades. É, porém, difícil manter a tranquilidade diante do risco da barbárie. E o abismo nos espreita” (2018). Conferir em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018>.

No limiar do Estado Democrático de Direito é preciso garantir o fundamento da igualdade e da dignidade, e por consequência, a liberdade entre os cidadãos.

Sendo assim, a democracia substancial (ou constitucional) não renega o valor da maioria, mas esta maioria não pode tolher direitos fundamentais, desconfigurando o arranjo democrático.

Diante desta realidade, os direitos fundamentais, utilizando a técnica de limitação de poder do constitucionalismo, consistem em freio para a própria vontade da maioria. Não sem razão, José Luiz Quadros Magalhães descreve a questão:

O ‘casamento’ entre constituição e democracia significa, na prática, que existem limites expressos ou não às mudanças democráticas. Em outras palavras, existem assuntos, princípios, temas que não poderão ser deliberados. Há um limite à vontade da maioria. Existe um núcleo duro, permanente, intocável por qualquer maioria. A lógica que sustenta esses mecanismos se sustenta na necessidade de proteger a maioria, e cada um, contra maiorias que podem se tornar autoritárias, ou que podem desconsiderar direitos de minorias (que poderão se transformar em maiorias). **Assim, o constitucionalismo significa mudança com limites, transformação com segurança. Esses limites se tornaram os direitos fundamentais. O núcleo duro de qualquer constituição democrática (...) são os direitos fundamentais.** (MAGALHÃES, 2012, p. 152). (Grifos nosso).

Raoni Macedo Bielschowsky (2013, p. 102), de forma perspicaz, indaga o que há de semelhante na história da democracia e a história constitucional, respondendo que ambas têm como baliza primordial a ambiguidade de ser o emprego de limitar o poder por um lado e legitimá-lo pelo outro, ou seja, a democracia busca a legitimidade no todo “(na união dos cidadãos), de modo que ao obedecer à ordem jurídico-estatal o indivíduo esteja obedecendo a si mesmo. Enquanto a Constituição (direitos fundamentais) encontra seu local de legitimidade no respeito a cada”.

O referido autor conclui afirmando que a democracia constitucional é aquela que alcança o culminante balanceamento entre a equidade política, que estabelece as vontades das maiorias, e a noção de justiça, “para tanto, a Constituição insiste que a equidade deve render-se aos direitos fundamentais. Portanto, a democracia constitucional é um regime formal e materialmente moldado e estabelecido a partir de um compromisso teleológico com a dignidade da pessoa humana” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 102).

Assim, a democracia, em especial na segunda metade do século XX, só pode ser “compreendida dentro de uma ordem constitucional baseada no valor da dignidade da pessoa humana que pretenda a defesa dos direitos fundamentais do cidadão. De tal modo, Constituição e democracia participam de um diálogo contínuo em “uma alma única”, sendo indissociáveis” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 86).

Conforme trecho transcrito acima, de Luiz Roberto Barroso, a ideia de democracia substancial, exerce influência na concepção que se tem de jurisdição constitucional, já que esta passa a ter um papel contramajoritário, pois com base na Constituição (que abarca extensivamente a proteção de direitos fundamentais) é possível a declaração a inconstitucionalidade de atos dos poderes públicos.

Porém, Dirley da Cunha Júnior (2016, p. 57), não sem razão, explica que:

Não obstante contramajoritária em relação aos atos do parlamento, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que sua autoridade lhe é confiada e assegurada pela vontade suprema do povo, para controlar não só a lisura do processo político em defesa das minorias, como também o respeito pelos valores substantivos consagrados no Estado Democrático. Portanto, quando se manifesta contrária à maioria parlamentar, a jurisdição constitucional visa a atender a vontade soberana do povo.

Nesta linha de raciocínio, como bem pontua Lenio Streck (2011, p. 77), o direito não deve ser encarado como “ordenador” (fase liberal); também não é (apenas) promovedor, “como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um plus normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade”.

E conclui que é justamente nesta relação que aumenta o “polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia” (STRECK, 2011, p. 78).

Passando para o tema central desta pesquisa (ativismo e judicialização), Meliza Marinelli Franco (2018, p. 06), analisando a obra de Dworkin, escreve que para o autor, a defesa do constitucionalismo não tem como alternativa “o ativismo judicial, não é a discricionariedade nem a liberdade dos juízes em decidirem com base em suas convicções de moral particular”, já que juízes devem decidir por meio de uma interpretação “construtivista, e uma interpretação que se ajuste à prática constitucional”.

Construindo esta linha de raciocínio, o ativismo judicial, enquanto fenômeno distinto da judicialização, como será avaliado, desrespeita a democracia, pois não há mais as regras do jogo estabelecidas, mas a vontade manifesta do julgador.

Defende-se a tese de que a prática ativista faz renascer a tensão entre democracia e constitucionalismo, pois o juiz subtrai um papel que pertence aos representantes do povo, para atribuir ao caso, sua visão do que vem a ser mais benéfico para a sociedade. E mais: em muitos casos, sob o suposto manto de proteção aos direitos fundamentais, impõe sua visão de mundo ao caso.

A judicialização, por sua vez, acaba por prestigiar o constitucionalismo (e a própria democracia), no sentido de ser condição de possibilidade para o próprio “constituir” da Constituição, sendo uma prática legítima para efetivar direitos fundamentais, pois a forma política é mantida.

Sendo assim, a judicialização distensionava possíveis conflitos que pode ocorrer entre a vontade do povo e os limites que esse mesmo povo possui, já que se movimenta dentro das regras (democraticamente) fixadas e calcada na defesa de direitos fundamentais.

A partir da crítica hermenêutica do direito (CHD), Lenio Streck (2012, p. 76) afirma que:

Daí que, desde logo, considero necessário deixar claro que a contraposição entre democracia e constitucionalismo é um perigoso reducionismo (...) Na verdade a tensão irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais. (Grifos nossos).

Evidentemente que embates podem existir e isso faz parte do próprio sistema.

Não obstante, como se verá nos capítulos seguintes, houve um redimensionamento da jurisdição constitucional a partir da consagração de direitos fundamentais no pós Segunda Guerra Mundial.

Alguns autores, sob o viés da jurisdição substancial⁷, sendo seu principal precursor Luiz Roberto Barroso (2017), defendem que cabe ao judiciário “empurrar a história” ou ser o guardião “iluminista da sociedade”.

A apetecida tensão entre constitucionalismo e democracia, em muitas ocasiões, é fomentada justamente por autores que defendem uma ideia substancialista de jurisdição, mas que, ao final, se revelam mero voluntarismo com pretensa normatividade.

O modelo de democracia ou jurisdição substancialista “não se coaduna com ativismos judiciais (e/ou decisionismo) que venham a colocar em xeque a relação ‘constitucionalismo e democracia’” (STRECK, 2012, p. 87).

Em outros termos, para a corrente substancialista, que de certo modo, diminuiu a suposta tensão que proclama haver entre constitucionalismo e democracia, não se filia à filosofia da consciência ou aos ativismos judiciais, ou como bem pontuou Lenio Streck (2012,

⁷ O debate entre substancialista e procedimentalista envolve autores de inúmeros vertentes e países. Este assunto será trabalho no terceiro capítulo.

p. 89) “O modelo substancialista – que em parte, aqui subscrevo, ressaltando sempre o problema dos ativismos judiciais, entendidos como decicionismo praticar a partir da discricionariiedade judícia - trabalhar na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir do agir político estatal”.

Entende-se assim, que há uma má compreensão da suposta tensão entre constitucionalismo e democracia, que devem ser resolvidas e formatadas na visão da democracia e na jurisdição substancial (enquanto concretizadora de direitos fundamentais).

Destaca-se que na Constituição brasileira, encontra-se os normatizados dispositivos que atestam que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (democracia representativa).

Este mesmo Estado tem como um de seus objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (direitos fundamentais de várias matrizes) competindo ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (jurisdição constitucional). Sendo assim, neste primeiro capítulo procurou-se demarcar algumas considerações que permeiam a temática do constitucionalismo, democracia e direitos fundamentais.

2.4. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL/ATIVISMO JUDICIAL EM TEMPOS DE ACOMETIMENTOS.

Neste último item, após ter percorrido sobre as relações entre democracia, direitos fundamentais e jurisdição constitucional, procura-se realizar algumas reflexões hodiernas sobre o papel da jurisdição constitucional e a questão do ativismo judicial em tempos de crise democrática.

Não há pretensão de aprofundar-se detidamente no assunto, mas como há certa relação com o objeto da pesquisa, julgou-se importante trazer temas que dialogam com o momento atualmente vivido.

Reservada a ação de “criar ou buscar algo novo”, pode-se afirmar que a vida não se perde em dicotomias estabelecidas previamente. A reflexão e o pensar, mesmo que com incongruências (teóricas, empíricas ou de qualquer outra ordem do conhecimento) são antecedentes. O astrônomo Carl Sagan (2013, p. 370), ao final do livro “O mundo assombrado pelos Demônios”, afirmou que: “se não podemos pensar por nós mesmos, se não estamos dispostos a questionar a autoridade, somos apenas massa de manobra (...)”. Em termos poéticos,

no livro “Uma Aprendizagem ou O Livro dos Prazeres”, Lóri, a personagem emblemática criada por Clarice Lispector, assim disse a Ulisses:

Não entendo. Isso é tão vasto que ultrapassa qualquer entender. Entender é sempre limitado. Mas não entender pode não ter fronteiras. Sinto que sou muito mais completa quando não entendo. Não entender, do modo como falo, é um dom. Não entender, mas não como um simples de espírito. O bom é ser inteligente e não entender. É uma benção estranha, como ter loucura sem ser doída. É um desinteresse manso, é uma doçura de burrice. Só que de vez em quando vem à inquietação: quero entender um pouco. Não demais: mas pelo menos entender que não entendo.

Este é o propósito. Deste modo, indaga-se: como a pesquisa científica (em especial a norte americana) vem enxergando o aumento exponencial da jurisdição constitucional? Em contrapartida, como o poder político de vários países vem encarando este fenômeno da jurisdição constitucional/ativismo judicial?

Dieter Grimm, ex-membro do Tribunal Constitucional Alemão, no último capítulo de seu mais recente livro, (ainda sem tradução para o português), denominado “Verfassungsgerichtsbarkeit” (Jurisdição Constitucional), propõe uma análise e uma defesa da jurisdição constitucional, em resposta aquilo que ele denominou de “Schnelle radikale Kritik der Verfassungsgerichtsbarkeit” (críticos quase radicais da jurisdição constitucional).

Nos últimos anos, a jurisdição constitucional vem sofrendo pressão de regimes políticos populistas⁸ (GRIMM, 2021), mas também no campo científico, inúmeros autores (em sua maioria estão ligadas a linha mais radical do “procedimentalismo”), chegam a propor o fim daquilo que se sedimentou como *judicial review*.

De acordo com Grimm (2021, p. 358), esse movimento advém, especialmente, mas não tão-somente, dos Estados Unidos, onde as reservas sobre a revisão judicial têm uma longa tradição, conforme visto nas passagens em que se mencionou o caso *Marbury v. Madison*.

Contudo, a tradicional desconfiança de autores americanos à jurisdição constitucional se intensificou de forma radical, ou conforme afirma Grimm (2021, p. 358), não se valem somente em crítica o ativismo ou a necessidade de autocontenção judicial.

A ideia é a abolição da *judicial review*, mas aparentemente não é movida por populismo, mas por uma necessidade – segundo esses autores – de rumo da democracia ocidental (GRIMM, 2021, p. 358).

A partir desta constatação, Grimm (2021, p. 357 a 398) analisa os principais autores que propõem uma revisão radical da jurisdição constitucional, sendo eles: Mark Tushnet, Larry Kramer e Jeremy Waldron. Todos eles rejeitam a jurisdição constitucional ou pelo menos a sua

⁸ Este assunto será tratado mais à frente.

supremacia, pois caberia ao próprio povo (*the people themselves*) esclarecer questões constitucionais e não a um grupo de juízes.

Dieter Grimm, também apresenta autores que embora não defendam o fim da jurisdição constitucional, mas procuram, de certa forma, limitá-la consideravelmente, como o constitucionalista canadense Ran Hirschl. Grimm (2021, p. 368) exhibe os argumentos de todos os autores mencionados, e esclarece que no mundo da pesquisa, encerrada a fase de euforia com a jurisdição constitucional, inicia-se uma revisão de conceitos historicamente sedimentados.

Contudo, é importante pontuar que o viés destes autores, é motivado pela “teoria da democracia” (GRIMM, 2021, p. 397). Trazendo as recentes reflexões de Dieter Grimm para o contexto brasileiro, concorda-se que as ideias destes autores influenciam o debate sobre a jurisdição. Cita-se como exemplo Mark Tushnet, que nos últimos anos vem proferindo palestras no Brasil (TRE/BA. 2019), concedendo entrevistas (ESTADO DA ARTE. 2023) e sendo objeto de debate em artigos (CONJUR. 2020).

Em paralelo, o poder político de inúmeros países vem propondo inúmeras reformas judiciais, que reduzem drasticamente o papel das Supremas Cortes, especialmente na questão do controle de constitucionalidade. Neste sentido, referir-se-á, ao caso da Polônia (ELPAIS.2023), Hungria (DW.2022) e atualmente o Estado de Israel (CONJUR. 2023), que vem enfrentando protestos por parte da população local⁹.

Evidentemente que não se propõe analisar as peculiaridades de cada um destes países, mas finca-se como ponto de partida o caso de Israel, para posteriormente trazer a questão ao contexto nacional.

De acordo com Yaniv Roznai (JOTA. 2023), há inúmeros fatores que devem ser avaliados no enfrentamento entre o primeiro-ministro Benjamin Netanyahu e sua tentativa de promover uma “reforma”, que atenuaria substancialmente o poder da Suprema Corte Israelense.

Em recente entrevista ao site “Jota”, ao ser questionado se o Tribunal Constitucional de Israel tem o poder de rever emendas constitucionais, Yaniv Roznai (2023) respondeu da seguinte forma:

A Suprema Corte tem sido bastante ativista no sentido de expandir sua autoridade e poder nas últimas décadas, o que mudou o equilíbrio entre os poderes do governo e tornou o Tribunal extremamente forte. Nos últimos anos, a Corte chegou a afirmar que tem a autoridade para revisar as Leis Fundamentais em si mesmas, e expandiu a doutrina da razoabilidade na revisão administrativa para revisar qualquer decisão de qualquer agência administrativa, ministro ou governo, independentemente de ser “razoável” ou não. (Grifos nosso).

⁹ O fato de haver protesto, em favor da Suprema Corte, por isso só, já é um fenômeno curioso, merecendo estudo isolado.

Na sequência, o jornalista formula a seguinte questão e recebe consequente resposta (JOTA, 2023):

O que o senhor quis dizer quando se referiu a ativismo? A pergunta é importante porque é uma palavra que, pelo menos nos últimos anos, tornou-se plurissignificativa.

Eu acredito que aqueles que argumentam que a Suprema Corte de Israel é ativista diriam que ela vem expandindo suas autoridades e intervindo mais na jurisdição dos Poderes políticos. Esta é uma definição justa de ativismo judicial. Contudo, se olharmos para a taxa de intervenção do Tribunal na legislação, ela não parece ser extremamente ativista. Desde 1992, quando a Lei Fundamental de direitos humanos foi promulgada, o Knesset (Parlamento) aprovou mais de 4000 leis, das quais o Tribunal invalidou apenas 22 delas ou disposições delas. No entanto, a questão é que a autoridade da Corte vem, de fato, se expandindo e ela tem adquirido mais poder em relação aos outros Poderes do Estado. (Grifos nossos)

Compreende-se, assim, nas palavras de quem vive no local e estuda a questão, que o ativismo judicial é um dos argumentos utilizados para a reforma judicial em Israel, conforme ponderou o referido professor.

No Brasil, em especial na gestão do último Governo Federal, houve inúmeros embates entre o ex-presidente da República e ministros do Supremo Tribunal Federal. Dispensa-se narrar todos os casos, por ser fato notório e amplamente divulgado pela mídia.

Parte dos embates, teve como justificativa a questão do ativismo judicial. Apenas para ilustrar, ao indiciar¹⁰ ao Supremo Tribunal Federal (STF) o então Advogado Geral da União e atualmente ministro da Corte Suprema, André Mendonça, o ex-presidente da República, assim se manifestou:

Fiz um compromisso durante a campanha, que iria indicar um terrivelmente evangélico para o Supremo Tribunal Federal. E assim o fiz. Indicamos e temos um pastor que também é um ser humano, pode errar, mas tenho certeza: as pautas conservadoras estarão com ele. **O ativismo judicial, acredito, não será aprovado porque esse pastor tem o poder de pedir vista no processo. O freio que colocamos lá dentro.**¹¹ (Grifos nosso)

O que se anseia elencando todos esses fatos, é trazer a reflexão de que o fenômeno do ativismo e/ou da judicialização, deve ser avaliado com outros contornos, em face, não apenas da nova produção acadêmica que emerge nos Estados Unidos, mas também no contexto político de inúmeros países, como é o caso do Brasil.

¹⁰ Sobre as inúmeras propostas que foram levantadas para aumentar o número de ministro no STF, conferir: GONÇALVES, Thiago André Silva. **Mais cadeiras no STF: um ativista no Supremo para chamar de seu.** CONJUR. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-20/thiago-goncalves-ativista-stf-chamar>. Acesso em: 13 fev 2023.

¹¹ **Bolsonaro diz que Mendonça é “freio” contra “ativismo” do Supremo.** 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/bolsonaro-diz-que-mendonca-e-freio-contra-ativismo-do-supremo>. Acesso em 13 fev 2023.

Não se pode discordar de Dieter Grimm, mas a questão não se encerra na produção intelectual do assunto. Há elementos políticos que envolvem a contenda, e negá-los, seria compreender apenas uma parcela da realidade.

Georges Abboud (2022), em seu mais recente livro, trata justamente da problemática de se enxergar no Supremo Tribunal Federal o inimigo ficcional, sob a justificativa de ser contra o ativismo ou a judicialização.

No Brasil, conforme visto, a questão assume, ainda, outras adjacências, em face de inúmeros acontecimentos, em especial, aqueles que ocorreram no dia 8 de janeiro de 2023, quando a Praça dos Três Poderes, especialmente a sede do Supremo Tribunal Federal, foi atacada¹². Daí a importância, de se distinguir o que é ativismo e o que é judicialização, sob pena dos termos se perderem no terreno minado da política.

Identificando o que é ativismo, é possível criar mecanismos institucionais de defesa¹³ para evitar este tipo de postura. Porém, ao confundi-lo com judicialização, direitos fundamentais podem deixar de ser aplicados, sob o argumento de estarem aplicando “a letra fria da lei”¹⁴.

Norberto Bobbio (1996, p. 92), na obra “Os intelectuais e o poder”, sustentou que “o intelectual é aquele que pode dar-se ao luxo de exercer a própria paciência e o próprio engenho para desfazê-los” (1996, p. 84). Já o político se vê na penumbra, na qual as “ideologias são sempre nebulosas formadas por uma miríade de ideias das quais não é fácil definir a forma e a substância. Podem inspirar, quem sabe guiar, a ação, mas jamais a determinam completamente” (BOBBIO, ano, p. 84).

Na impossibilidade de se “determinar completamente”, Norberto Bobbio reconheceu que intelectuais não só existem, como detêm um peso e exercem uma influência sobre a atividade política, “com a qual é preciso ajustar as contas, ainda que se considere que essa influência seja, como muitos creem e dizem, maléfica”.

¹² GONÇALVES, Thiago André Silva. **O quarto da rainha e os ataques a Praça dos Três Poderes**. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/380670/o-quarto-da-rainha-e-os-ataques-a-praca-dos-tres-poderes>. Acesso em 13 fev 2023.

¹³ Neste sentido verificar: GONÇALVES, Thiago André Silva. Ministério Público, sistema de justiça multiportas e acoplamento estrutural: autocontenção do ativismo judicial. In: GORCZEWSKI, Clovis; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Constitucionalismo contemporâneo & Políticas públicas: novos desafios III**. Porto Alegre: Free Press, 2022. SILVA, Cecília Almeida; MOURA, Francisco. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. Belo Horizonte: Juruá Editora. 2020 e RIBEIRO, Ana Célia de Sousa. **Ativismo judicial do STF e reações do Poder Legislativo: meios de contenção do poder e instrumentos de diálogos institucionais**. São Paulo: Dialética. 2022

¹⁴ Neste sentido, conferir: STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista**. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí- (SC), v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010. DOI: 10.14210/nej.v15n1.p158-173. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 10 abr. 2018.

No cenário em que se forjou, onde o Supremo Tribunal Federal é visto como “inimigo ficcional” (nas palavras de Georges Abboud) e o ativismo judicial passou a ser utilizado como recurso retórico para escaladas imperiosas, o problema surge quando as ideias e o debate acadêmico transpassam a simulação de ser pautado em Mark Tushnet, mas ao retirar “a máscara que cobre o seu rosto” (Pitty), o arquétipo é de Carl Schmitt!

Perante o exposto e com base nos conceitos abordados, é possível apresentar as seguintes conclusões deste capítulo:

a) – é preciso desmistificar o conflito entre democracia e constitucionalismo, na medida em que, no liminar do Estado Democrático de Direito, há uma “cooriginalidade” (para utilizar uma expressão de Habermas), entre estas ideias, ou seja, há uma dependência mútua;

b) – a partir desta inter-relação, o conceito de democracia não pode ser encarado apenas como “vontade da maioria”, já que os direitos fundamentais são pressupostos, garantia e instrumento do princípio democrático. Por este motivo, utiliza-se a ideia de “democracia substancial ou constitucional”. A democracia constitucional não renega a ideia procedimental, mas a abarca na “dimensão do substancial”.

c) – a prática ativista renasce a tensão entre constitucionalismo e democracia, na medida em que, sob o manto do controle judicial, suplanta-se os limites hermenêuticos do texto, intervindo na atividade legislativa e, por consequência, na democracia;

d) – defender a tese da democracia e da jurisdição constitucional, não significa fazer autorizações em direção a ativismos e/ou decisionismos, “pois a existência de um contramajoritarismo é condição de possibilidade para a efetivação dos direitos substantivos previstos na Constituição” (STRECK, 2011, p. 411) e não na concepção de “justeza” do juiz; e

e) – hodiernamente, há vasta literatura requerendo uma revisão radical da jurisdição constitucional. Ocorre que, além da produção intelectual, existe um movimento político crescente, que vem se insurgindo contra o papel da jurisdição. Parte das críticas, advém justamente de alegar que Tribunais Superiores utilizam-se da prática ativista para suplantar a vontade do povo, representados por meio da política. Embora o argumento não seja equivocados, é preciso avaliar em que contexto tais afirmações são ditas. Uma coisa é advogar teses ortodoxas sobre “fim da jurisdição constitucional” em ambientes consolidados democraticamente. Outra questão, é se intitular ser contra o ativismo judicial, quando na verdade o que se busca é o rompimento do pacto democrático.

3. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO

Neste capítulo será abordada a distinção entre ativismo judicial e judicialização, tendo como marco teórico a crítica hermenêutica do Direito. No que tange ao ativismo, será estudado ainda, o fenômeno do neoconstitucionalismo e como este movimento influenciou o agir proativo por parte de magistrados, na medida em que uniu diversas correntes teóricas estrangeiras que apostam numa interpretação para além do texto constitucional.

A indagação que se propõe responder pode ser assim sintetizada: há diferença entre ativismo judicial e judicialização? A confusão entre estes conceitos pode ocasionar más compreensões sobre a jurisdição constitucional e a democracia?

3.1. ATIVISMO JUDICIAL: UM PROBLEMA DA TEORIA DO DIREITO

O ativismo judicial sempre foi objeto de intenso debate. No Brasil, a questão assume novos contornos (assunto que será abordado no próximo tópico), de modo que é preciso situar a contenda na perspectiva nacional, compreendendo o que se entende por ativismo na doutrina e na prática judicial brasileira.

Julio Grostein (2019), em estudo descritivo e comparativo entre o ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, informa que no debate americano, a ideia de controle de constitucionalidade abarca a problemática do ativismo. Nesta conexão, alguns juristas americanos associam de forma direta a prática ativista com a ideia de controle de constitucionalidade.

No Brasil, a expressão não está ligada necessariamente a esta ideia, devido a longa tradição brasileira acerca do controle de constitucionalidade, inclusive devidamente positivado na Constituição Federal e em diversas leis infraconstitucionais. Desse modo, quanto ao direito brasileiro, o ativismo pode se manifestar por intermédio do controle de constitucionalidade propriamente dito, mas não há uma relação de causa e efeito.

Em verdade, existindo decisão judicial é possível ocorrer prática ativista. Grostein (2019) também demonstra que, no Brasil, há pouco rigor técnico na definição (dogmática) do que vem a ser ativismo judicial, porém, o autor identifica a possibilidade de três posturas dentro da doutrina nacional, sendo elas:

- (i) aberturas dos alcances “impostos ao Judiciário pelo próprio ordenamento jurídico, sobretudo quando a função jurisdicional ultrapassa suas balizas para invadir a função legislativa” (2019, p. 53),
- (ii) “julgamento com base em proposições valorativas ou ideológicas do julgador” (2019, p. 53) e
- (iii) “criação judicial do direito” (2019, 54).

O referido autor acrescenta ainda, que cada uma destas definições supracitadas, a depender do país em que serão analisadas, guardam algumas peculiaridades.

Todavia, na perspectiva teórica abordada nesta pesquisa, ou seja, sob o parâmetro da crítica hermenêutica do direito, quaisquer das categorizações descritas acima podem ser comprimidas, em maior ou menor grau, à vontade do juiz em detrimento da legalidade.

A ideia de interpretação como “ato de vontade” (do magistrado), possui raízes filosóficas neokantianas¹⁵, e na lógica da teoria do direito, está anexa ao positivismo normativista de Hans Kelsen.

Esclarece Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2016, p. 39) que, a partir da edição de 1960 da Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen ampliou o conceito de interpretação autêntica, compreendida como a realizada pelo indivíduo responsável pela aplicação da norma.

Neste sentido, é importante transcrever a própria passagem de Hans Kelsen (1994, p. 369), alegando que a interpretação da norma realizada pelo órgão judiciário não é somente aquela realizada pela atividade cognoscitiva, “como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.

Hans Kelsen (1994, p. 245), no Capítulo VIII, acaba por criar – em razão dos standards filosóficos a qual estava filiado – uma espécie de metalinguagem, realizando uma cisão entre a interpretação da ciência jurídica (ato de conhecimento) e do órgão aplicador da norma (ato de vontade).

Desta divisão kelseniana, Clarissa Tassinari (2013, p. 58) assevera que a “preocupação com o ativismo judicial é justamente que o autor não toma por prioridade em sua teoria pura (...) isto é, em sendo o ativismo judicial uma questão hermenêutica jurídica, Kelsen adota uma postura “fatalista”. Ao não se preocupar com a aplicação do direito, o positivismo normativista de Kelsen se filia a:

¹⁵ Para um panorama da filosofia kantiana, conferir: ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni. **Filosofia: idade moderna**. Vol. II. São Paulo: Paulus. 2017, p. 759-829.

(...) **ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da “moldura da norma”**. É nesse sentido que posso afirmar que, no que tange à interpretação do Direito, Kelsen amplia os problemas semânticos da interpretação, acabando por ser picado fatalmente pelo “agulhão semântico” de que fala Ronald Dworkin (...) Com efeito, não é sem razão que a interpretação judicial é tratada como um apêndice em sua Teoria Pura do Direito, no oitavo capítulo, é apenas apresentado o interesse para auxiliar a diferenciação entre a interpretação que o cientista do Direito realiza e aquela que os órgãos jurídicos proferem em suas decisões. Daí as conclusões de todos conhecidas: a interpretação dos órgãos jurídicos (dos tribunais, por exemplo) é um problema de vontade (interpretação como ato de vontade), **no qual o intérprete sempre possui um espaço que poderá preencher no momento da aplicação da norma (é a chamada “moldura da norma”, que, no limite, pode até ser ultrapassada)**; mas a interpretação que o cientista do Direito realiza é um ato de conhecimento que pergunta — logicamente — pela validade dos enunciados jurídicos. (STRECK., 2022, p. 122). (Grifos nossos).

Por tudo isso, o debate profícuo, para a hermenêutica crítica do direito, quando se fala em ativismo, consiste em investigar o seguinte: interpretar é um ato de vontade do intérprete (juiz) ou a implicação de compreender as “constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição da melhor (ou correto) sentido para interpretação?” (TASSINARI, 2013, p. 56).

Em continuidade, na perspectiva epistemológica da crítica hermenêutica do direito, a postura ativista, relaciona-se a dois conceitos refletidos por Lenio Streck (2021), sendo eles: solipsismo e voluntarismo.

O solipsismo consiste numa postura filosófica, na qual o conhecimento é adquirido por meio da consciência do indivíduo (filosofia da consciência), onde “o sujeito que se basta a si próprio” (STRECK, 2021, p. 411), de modo que a subjetividade é o meio que possibilita a informação, ignorando o contexto histórico-social. A vontade ostenta a postura de “ser-o-tudo”.

Transplantando esse modo de pensar para o Direito, Lenio Streck afirma que:

No plano da interpretação-aplicação do Direito esse fenômeno se dá de forma explícita, quando o juiz não aceita ser constrangido pela linguagem pública, no interior da qual o Direito se constrói democraticamente (claro, se estivermos falando no âmbito do Estado Democrático de Direito). É nesse sentido que surge a tese que o juiz pode decidir conforme seu livre convencimento ou consciência (STRECK, 2021, p. 412).

O voluntarismo, de seu turno, está diretamente relacionado ao solipsismo, uma vez que o Direito, será aquilo que os juízes dizem que é, reduzindo o fenômeno da norma – produzida democraticamente – para um ato de poder (STRECK, 2013).

O ativismo judicial, como o próprio nome sugere, ocorre quando o magistrado ultrapassa os limites semânticos e “ativa” suas convicções pessoais (solipsismo), reduzindo o Direito em um ato de poder (voluntarismo).

Desta forma, falar em ativismo judicial, é falar em “(...) teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem

do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito” (TASSINARI, 2013, p. 56).

Georges Abboud (2022, p. 75) explica que o ativismo judicial pode ser avaliado do ponto de vista micro e macro. No primeiro caso, há suspensão da legalidade como ato decisório e no segundo caso, advém o “agigantamento” do poder judiciário em face dos outros poderes, sem qualquer respaldo.

Abboud (2022, p. 75-76) conclui que, por meio da discricionariedade judicial, o ativismo se legitima, uma vez que há a “utilização das convicções pessoais do julgador, em detrimento das fontes normativas”. O ativismo judicial é uma atitude dos juízes nos exercícios de suas funções.

Embora a expressão assuma características diferentes a depender do país em que se analisa a questão, é plausível afirmar que o ativismo é o julgamento por convicções pessoais do julgador, sejam elas morais, políticas ou ideológicas (GROSTEIN, 2019). A partir dessa abordagem, Clarissa Tassinari (2013, p. 56) esclarece de forma certa:

(...) o ativismo judicial revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, criado pelo Direito, mas evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre qual a comunidade jurídica deve, primeiro, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático. Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito.

Ativismo judicial, ocorre quando o magistrado ultrapassa os limites semânticos, legislando no caso concreto, de acordo com suas convicções pessoais de justiça.

O ativismo é sempre uma “intervenção discricionária no sentido forte, e, neste contexto, é de extrema importância o estabelecimento de parâmetros de legitimidade de intervenções judiciais no âmbito da política e da sociedade” (OLIVEIRA; FARIA. 2016, p. 300).

Segundo Oliveira (2008, p. 28),

Dworkin fala em três sentidos para o termo discricionariedade: um sentido fraco; um sentido forte; e o sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder da autoridade à qual se atribui poder discricionário determina-se a partir da possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas. A esse sentido, Dworkin agrega a distinção entre discricionariedade em sentido fraco e discricionariedade em sentido forte, cuja determinação é bem mais complexa do que a discricionariedade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariedade reside segundo Dworkin, no fato de que em seu sentido forte a discricionariedade implica incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Desse modo, alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente.

Em termos históricos, os autores Júlio Grostein (2019, p. 152-157) e Elival da Silva Ramos (2015, p. 329) afiançam que no Brasil, o primeiro momento de um protagonismo do Supremo Tribunal Federal aconteceu sob a égide da Constituição de 1891, em razão da posição adotada pela Suprema Corte no debate (doutrinário e jurisprudencial) em torno da teoria brasileira do habeas corpus acaudilhada por Rui Barbosa, sendo o marco da primeira hipótese de ativismo judicial em terras nacionais.

Contudo, como se verá mais adiante, foi sob a égide da chamada “doutrina da efetividade”¹⁶ ou do “neoconstitucionalismo”, que a atuação criativa dos juízes e “aposta no ativismo judicial e na ponderação de princípios como soluções aos problemas da Teoria do Direito na contemporaneidade” ganharam força (NEVES, 2022, p.33).

Por fim, em encerramento a este tópico, a fim de avançar nos problemas dos sincretismos teóricos do “ativismo judicial brasileiro”, é preciso aclarar uma questão.

O marco teórico desta pesquisa é a hermenêutica crítica do direito¹⁷, desenvolvida por Lenio Streck. A CHD, em sua essência, se contrapõe à ideia de discricionariedade judicial e, por consequência, a todas as formas de positivismos. Porém, é preciso pontuar que no ano de 2016, em artigo publicado para o site *Conjur*, Lenio Streck (CONJUR, 2016 b), propôs um alinhamento pragmático em combate ao ativismo judicial, com os positivistas exclusivos, na vertente de Joseph Raz e Scott J. Shapiro (defendido no Brasil por autores como Bruno Torrano e André Coelho).

Lenio Streck (CONJUR, 2016b) alegou que reconhece que o positivismo exclusivo pode contribuir sobremodo para “uma crítica eficaz à essa decisão e ao ativismo que se espalha cada dia mais no país (...). Dizendo de outro modo: face a uma epidemia epistêmica que coloca em risco o direito, lutemos juntos”.

Em resposta ao artigo de Lenio Streck, Bruno Torrano (CONJUR, 2016) assentou a aliança estratégica entre as duas correntes da teoria do direito da seguinte forma:

Nesse sentido, avizinhar positivismo e pós-positivismo hermenêutico, nos termos propostos por Streck, significa engajar-se em um empreendimento de natureza *crítico-normativa* que (i) toma como *critério de utilidade* (“podem ser úteis”) a premissa de responsabilidade política do Poder Judiciário em contextos subordinados a constituições democráticas moralmente boas e (ii) propõe-se a *fazer uso* (“podem servir”) de alguns ensinamentos do positivismo jurídico que possuem potencial bélico contra o “*Estado de Exceção Interpretativo*” observado na atual prática jurisdicional brasileira.

¹⁶ Neste sentido, conferir: BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 281–297.

¹⁷ Para uma visão integral sobre a CHD, ver: STRECK, **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

Se a ideia de ativismo judicial está relacionada à interpretação como ato de vontade, que por sua vez se relaciona com o positivismo normativista de Hans Kelsen e suas variações e evoluções, não se pode dizer, conforme bem pontuou Lenio Streck (hermeneuta) e devidamente ratificado por Bruno Torrano (positivista exclusivista), que todas as formas de positivismo, necessariamente reforçam o ativismo judicial.

Pelo contrário. Ou seja, algumas modalidades do vasto campo teórico do positivismo, podem ser aliados estratégicos na contenção do “estado da arte dramático” que assola o direito brasileiro. Destaca-se dois exemplos que podem elucidar o que está sendo afirmado.

Lenio Streck, em seu livro “O que é isso – decido conforme minha consciência”, basicamente trabalha a ideia de que o direito não pode depender da opinião que juízes e promotores possuem dos fenômenos sociais. Bruno Torrano (2016 b), no texto “O Direito não é o que você pensa ser justo”, embora com nuances, trabalha a mesma ideia, ainda que por outra perspectiva.

Em contrapartida, para fins de delimitação do objeto proposto nesta pesquisa, bem como o referencial teórico utilizado, a crítica hermenêutica do direito e o positivismo exclusivista, são incompatíveis metodologicamente, principalmente em razão da ideia de que os positivistas – de um modo geral – compreendem a ideia de discricionariedade judicial¹⁸ e ainda mais, no modo como enxergam a linguagem.¹⁹

3.2. SINCRETISMO TEÓRICO: NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL A BRASILEIRA

Conforme dito, o tema do ativismo no Brasil ostenta, em termos dogmáticos, novos contornos, já que foi necessária toda uma teoria (ou pretensa teoria) que oferece sustentáculos para esse “agir proativo” do poder judiciário.

¹⁸ Sobre a “criptograma da discricionariedade judicial”, ver: STRECK. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, pgs. 513 e seguintes. Sob a perspectiva positivista, ver: ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. Discricionariedade Judicial e Teoria do Direito. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVII, n. 60, p. 55-64, maio/ago. 2013.

¹⁹ “A partir do que estabeleço na Crítica Hermenêutica do Direito, é possível afirmar que o ponto fulcral reside no modo como os positivismos entendem a linguagem. Por não aceitarem u não concordaram com o giro ontológico-linguístico, não consegue compreender que a linguagem não é uma ferramenta, uma terceira coisa entre o sujeito/objeto. Ao contrário, a linguagem é condição de possibilidade de acesso ao mundo, o que se dá numa experiência compartilhada/intersubjetiva. Assim, ao fim e ao cabo, reconhecer a discricionariedade é fragilizar o papel da tradição e da história institucional/efeitual, que possibilitam a compreensão dos sentidos jurídicos (STRECK. 2021, p. 83).

No afã de uma nova Constituição, que por si só, exige novos modos de análise, parte da doutrina brasileira, em face da “carência epistemológica”, foi lançada nas águas turvas de teorias estrangeiras.

Partindo de “mixagens teóricas”, sem muitos critérios, autores brasileiros transplantaram a ideia do chamado “neoconstitucionalismo”, realizando verdadeiros “segredos de liquidificador” (Cazuza), tendo como ingredientes: a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase justamente no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy (STRECK, 2012, p. 47).

Contudo, para que isto acontecesse, foi necessário todo um arcabouço teórico que sustentasse esta postura proativa. Neste ínterim, surge a ideia do “neoconstitucionalismo”²⁰.

Cunhado na Espanha (Miguel Carbonell), o neoconstitucionalismo apresentou papel fundamental de reafirmar a força normativa da Constituição (e aqui sua relação com a judicialização), mas por outro lado trouxe ao Brasil, de maneira deturpada e acrítica, a jurisprudência dos valores e a ponderação alexyana, aliado ao ativismo judicial norte-americano (STRECK, 2012).

Lenio Streck além de criticar a postura metodológica do denominado “neoconstitucionalismo”, propõe o termo Constitucionalismo Contemporâneo, para evitar mal-entendidos. Para o referido autor (STRECK, 2012), esse constitucionalismo se demonstra: no plano da Teoria do Estado e da Constituição; na Teoria do Direito; Teoria da Norma (normatividade dos princípios) e na Teoria da Interpretação (nos termos proposto pelo autor, diferente da escola do neoconstitucionalismo adotado por Luiz Roberto Barroso, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).²¹

Com esse arcabouço teórico, o ativismo judicial passou a gerar fissuras/rompimento na ordem constitucional. E na medida em que ocorre essas invalidações, a ideia de Estado Democrático de Direito passa a ser fragilizada.

O fenômeno do neoconstitucionalismo foi recebido por parte da doutrina brasileira com entusiasmo, entretanto, essa teoria, seja no aspecto hermenêutico ou na questão de seu *déficit* democrático, traz para a contenda a legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

²⁰ Daniel Sarmiento (2009) esclarece que no direito constitucional norte-americano e alemão, a expressão não é utilizada.

²¹ Sobre a perspectiva de Luiz Roberto Barroso: BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do **Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo** | e-ISSN: 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 22 set. 2020.

Por contar com uma gama de autores, muitos deles em total disparidade metodológica (Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin e Robert Alexy), é tarefa complexa definir precisamente em que constitui este movimento.

Entretanto, para limitar-se a um conceito, que influenciou o modo de pensar de grande parte dos juristas brasileiros, Luis Prieto Sanchís (2003, p. 117) define neoconstitucionalismo como uma teoria do Direito que se guia pelas máximas de:

(...) más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipotencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica.²²

No entanto, antes de discutir os pressupostos desta mixagem teórica do neoconstitucionalismo brasileiro, é preciso compreender, ainda que de forma pontual, como as experiências norte americana e a alemã influenciaram a configuração do constitucionalismo democrático a partir da promulgação da Carta de 1988.

Esta mixagem, por sua vez, acabou “resultando na geração de um *ativismo judicial sui generis*, que vem sendo praticado tanto pelo STF quanto pelas demais instâncias do Poder Judiciário, muitas vezes sob as vestes do garantismo” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 138).

Em primeiro lugar, será analisado a extensão americana, para depois avaliar a influência alemã. Percorramos.

O vocábulo “ativismo judicial” é de origem norte americana, surgindo no ano de 1947, publicado na Revista Fortune, pelo historiador Arthur Schlesinger Jr, que denominou de ativista (judicial activists) os magistrados que no exercício na jurisdição, buscavam políticas de bem-estar (TASSINARI, p. 2013).

Embora a expressão tenha surgido no vocabulário jurídico e político em 1947, não significa que a discussão em torno deste tema tenha se iniciado no século passado.

Em verdade, os limites da atuação da jurisdição constitucional vêm sendo debatidos no “Federalist Papers” desde 1787, sendo amplamente citado o caso *Marbury v. Madison* como marco da *judicial review*. A ideia de controlar as leis por meio do Poder Judiciário, o que viria a ser chamado de “controle de constitucionalidade”, permeia o debate público americano a muitos anos.

²² “(...) mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; onipotência da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, ao invés de isentar espaços em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em vez de autonomia do legislador ordinário; e, finalmente, a coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórios, em vez de uma homogeneidade ideológica” (Tradução nossa).

Os precedentes constituem uma das principais fontes do direito americano e, assim sendo, o exercício jurisdicional conduz na criação do direito. Diante desta peculiaridade, a função da Suprema Corte e seu papel se torna objeto de acirrado debate político e jurídico.

No decorrer da história do constitucionalismo norte-americano, autores como Christopher Wolfe, identificaram três períodos bastante distintos, em face das inúmeras transformações sociais na forma de intervenção da Suprema Corte Americana, “tendo em vista as transformações ocorridas – ao longo de mais de duzentos anos – na forma de intervenção da Suprema Corte através da jurisdição constitucional” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 138).

As três eras podem assim ser identificadas: era tradicional (inicia-se em 1787), quando se inicia a ideia de controle de constitucionalidade; era de transição (inicia-se em torno de 1890), período em que a Suprema Corte se opõe as inúmeras ações intervencionistas por parte de Franklin Roosevelt e, por fim, da era moderna (inicia-se em 1937 e perdura até os dias de hoje²³), ocasião em que a Suprema Corte passa a defender as liberdades civis.

Cada uma destas etapas possui peculiaridades próprias, todavia, a ideia de ativismo judicial se manifesta na Suprema Corte Americana basicamente de quatro formas: julgamento ordenando pelo resultado, uso de métodos não ortodoxos de interpretação, criação judicial do direito e indevida superação de precedentes (GROSTEIN, 2022, p. 56).

Em estudo comparativo entre Estados Unidos e Brasil, é possível identificar que a ideia de criação judicial do direito exerceu forte influência na produção acadêmica brasileira²⁴. Entretanto, essa ideia foi transplantada de forma descontextualizada, justamente por não levar em conta os antecedentes históricos norte-americanos, ou seja, a própria institucionalidade da criação de precedentes.

Já no cenário Europeu, em especial nas teses desenvolvidas na Alemanha, durante o período pós Segunda Guerra Mundial, houve o início da inauguração da crise do positivismo jurídico, que por sua vez, acarretou modos novos de realizar a interpretação.

André Karam Trindade e Fausto Morais sintetizam o início da “crise interpretativa” na Alemanha, mais especificamente com a publicação da obra de Gustav Radbruch:

Na verdade, o problema se inicia, logo após o final da guerra, em 1946, quando Gustav Radbruch reformula seu pensamento, em razão da experiência sem precedentes proporcionada pelo regime nazista, e publica um polêmico artigo – intitulado

²³ Esta classificação possivelmente será objeto de novos estudos, pois no ano de 2022, a Suprema Corte do Estados Unidos reverteu a famosa decisão de *Roe x Wade*, na qual havia uma garantia do direito constitucional ao aborto. Para uma visão panorâmica do tema, conferir: ONZE SUPREMO: **Adeus, Roe**. Entrevistadas: Cristina Neves e Nathália Mariel. Entrevistador: David Sobreira Bezerra de Menezes. Jul de 2022. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/6TuHMMn89vFFrFS8SPSDWY?si=f450f64ac8d4457a>.

²⁴ Neste sentido: COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo ou Criação Judicial do Direito? IN. FELET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (orgs). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm. 2013.p. 475-498.

Arbitrariedad legal y derecho suprallegal (RADBRUCH, 1962) –, através do qual busca a superação do positivismo, sob o argumento de que tal matriz teórica é incapaz de tratar da questão da validade por causa da separação que estabelece entre direito e moral. Este pequeno artigo – ainda pouco trabalhado em terras brasileiras, mas estudado em todo o mundo em face do grande impacto que provoca na teoria do direito contemporâneo –, no qual Radbruch reitera que o direito deve ser entendido como uma ordem ou instituição cujo sentido é servir à justiça, pode ser dividido em duas partes: na primeira, o autor comenta as consequências da legalidade do regime nazista, descrevendo casos que exemplificam esta problemática; na segunda, o autor concentra-se na superação do positivismo jurídico – que não consegue explicar a validade das leis –, apresentando sua conhecida fórmula injustiça extrema não é direito – segundo a qual a maior parte do direito produzido pelo regime nazista não mereceria sequer a qualidade de direito –, aplicada pelos tribunais alemães do segundo pós-guerra e adotada, mais recentemente, por Robert Alexy (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 145).

No contexto alemão, este novo modo de pensar fez com que surgissem novas concepções (jusfilosóficas) empenhadas em lidar com a derrota do direito frente aos regimes totalitários, bem como “repensar o seu sentido e vínculos com o agir humano, levando em conta a necessidade de se afirmar sua autonomia, sobretudo em relação à política, para além dos procedimentos lógico-formais que tentavam garantir as especificidades do direito” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 145).

Cabe aqui registrar que inúmeros positivistas se opõem a ideia de que esta corrente do direito legitimou o regime nazista. Em verdade, trata-se de uma espécie de “terraplanismo jurídico”, que muitas vezes permeia o debate acadêmico, a começar pela própria história de Hans Kelsen, que além de ser judeu, era um autor defensor da democracia liberal²⁵.

No âmbito acadêmico, Kelsen travou importantes debates com Carl Schmidt, este sim, o famoso jurista do regime nazista. Um dos debates travados entre os juristas foi justamente quem será o legítimo intérprete da Constituição.

Essa discussão ainda se revela atual. Não sem razão, alertou Gilmar Mendes (2007, XV), na apresentação da obra *Der Hüter des Verfassung* (O Guardião da Constituição) de Schmitt: “O debate sobre o papel a ser desempenhados pelas Cortes Constitucionais, atores importantes e, às vezes, decisivos da vida institucional de inúmeros países na atualidade, obriga os estudiosos a contemplarem as considerações de Schmitt (e inequivocamente as reflexões de Kelsen) a próprio tema”.

Neste cenário de transição, e já sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, o Tribunal Constitucional Federal sedimentou o que ficou conhecida como jurisprudência dos valores, retomando o protagonismo judicial, buscando romper com o ordenamento jurídico nazista, e,

²⁵ De todo modo, a fim de compreender algumas das nuances que permeia este importante debate ver: VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo Jurídico e Nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. 1 edição. São Paulo: Contracorrente. 2021

em contrapartida, legitimizar as decisões com base na nova carta política fundamental daquele país.

Em outros termos, procurando sobrepujar os empecilhos da legislação nacional socialista e “romper com o positivismo legalista, a jurisprudência de valores se vê obrigada a buscar alternativas metodológicas – muitas vezes se falou em um direito suprapositivo”, capazes de evitar o formalismo que caracterizava a tradição jurídica alemã (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 145).

Cria-se uma concepção de aplicação do direito a partir da ideia de um sistema aberto, incluindo elementos axiológicos no ordenamento jurídico e na forma de interpretar o direito.

A “essência objetiva de valores” e a ideia de que uma lei injusta não é direito (fórmula de Radbruch, que influenciou Robert Alexy), permitiu que “conceitos ditos valorativos, como é o caso de princípio, não tardaria encontrar problema da acusação de relativismo” (OLIVEIRA, 2008, p. 124).

Rafael Thomaz de Oliveira (2008, p. 124) afiança que houve uma espécie de resgate do direito natural, a partir de uma axiologia jurídica, se fundando em um positivismo axiológico, cuja espinha dorsal filosófica está em Kant, assim como o positivismo normativista. Porém, neste positivismo axiológico, busca a razão pura prática, e não a razão pura teórica.

Pode-se mencionar o famoso caso Luth (BVerfGE 7, 198), como julgamento paradigmático para compreensão da Constituição como “ordem de valores”, influenciando toda a construção da dogmática dos direitos fundamentais. Outras construções jurisprudências foram sedimentadas, a eficácia horizontal (Drittwirkung) e o efeito limitador (Wechselwirkung) dos direitos fundamentais, e principalmente a ponderação dos direitos fundamentais, levando em conta o caso concreto.

Vários autores iniciaram críticas a este modo de enxergar o direito, no qual, Ernst Forsthoff, ainda na década de 60, estabelece as primeiras oposições por influência de sua formação liberal, ao modelo do Estado constitucional de direito quanto contra o tribunal constitucional alemão, “cuja atuação pode resultar na desformalização da constituição e, conseqüentemente, na conversão do estado de direito em um estado judicial (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 149).

Não obstante, a jurisprudência dos valores tenha sido uma espécie de revide jurídico à crise de paradigma inaugurada após o regime nazista, sua construção dogmática vem sendo transplantada para outros países – com outros problemas e realidades distintas, potencializando a discricionariedade judicial, através da técnica da ponderação – sob o álibi teórico de uma maior racionalidade do discurso jurídico – enfraquecendo, assim, a normatividade da

Constituição e, indiretamente, as próprias bases do regime democrático” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 150).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou por três modelos de direito, cada um com suas peculiaridades e profundidades²⁶, podendo assim serem definidos:

- (a) a fase da ressaca (termo utilizado pelos autores, a se referirem aos juristas que passaram pela experiência da Ditadura Militar);
- (b) a fase da constitucionalização e
- (c) a fase ativista (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 151).

Na fase da ressaca, juristas estavam diante de uma nova carta política fundamental, e precisavam de modelos jurídicos que dessem conta do que havia se instaurado, ou seja, uma cultura jurídica adequada que desse conta do nova Constituição.

Trindade e Moraes (2011, p. 153) ressaltam que:

Registre-se que, à época, a resistência ao establishment era feita sob apenas duas frentes: de um lado, pelas denominadas teorias críticas do direito – inspiradas no pensamento de Michel Miaille (1979) –, formuladas por Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Souza Junior, Luis Alberto Warat, Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck, José Eduardo Faria etc. (FRAGALE FILHO e ALVIM, 2007), sobretudo na década 80; e, de outro, pelo chamado movimento do direito alternativo – inspirado na magistratura democrática italiana –, do qual participaram João Baptista Henkenhoff, James Tubenchlak, Amilton Bueno de Carvalho, Rui Portanova, Edmundo Lima de Arruda Júnior, Lédio Rosa de Andrade, entre outros, especialmente a partir da realização do I Encontro Internacional de Direito Alternativo, em Florianópolis, no início da década de 90.

Já na fase da constitucionalização, a influência da obra de José Gomes Canotilho, levou parte dos juristas a compreender a necessidade de filtragem constitucional de inúmeras normas, que já não mais se encontram em uniformidade com o novo fundamento de validade do ordenamento jurídico.

Por fim, na fase ativista, compreende-se que o Poder Judiciário deveria deixar de ser mero aplicador do direito, sendo a Constituição o remédio para “todos os males e de que, com ela – aliada a outros instrumentos, tais como os princípios e as cláusulas abertas –, é possível chegar a qualquer resultado através da argumentação jurídica” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 151).

Observa-se assim, que o ativismo brasileiro possui contornos bem abalizados e díspares do que se observou nos Estados Unidos e na Alemanha, já que enquanto naqueles dois países o ativismo está ligado, “resguardadas as diferenças, à manutenção e efetivação de direitos

²⁶ Cada uma fase dessas, influenciou, seja de modo negativo ou positivo, a construção jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal.

fundamentais, especialmente os individuais, onde se busca adequação constitucional – apesar dos riscos –, no Brasil o ativismo se mostra como um fenômeno oposto” (OLIVEIRA; FARIA, 2016, p. 300-301).

Rafael Tomaz de Oliveira e Bruno Costa de Faria (2016, p. 301) esclarecem que o ativismo brasileiro “acaba por coibir os direitos fundamentais ao proceder o STF em esferas nas quais não lhe foi atribuída competência constitucional”, não se verificando em seus fundamentos, pelos seus defensores, a manutenção dos direitos fundamentais, “mas sim a possibilidade de infringi-los em razão do que a Corte entende por motivos de relevância social”.

O Supremo Tribunal Federal acaba por agir como:

(...) legisladores, sendo que não possuem legitimidade para tanto e nem há autorização constitucional para tanto. Acabam não observando a Constituição e até mesmo procedendo à alteração de seu texto a pretexto de conformá-la às mudanças sociais. Uma resposta correta é a que se constrói levando em consideração a Constituição, sendo que uma compreensão autêntica do direito nos permite expor que seu vínculo primordial é com a garantia dos direitos fundamentais individuais, por se tratar de um mecanismo de limitação do poder, sendo que limita até mesmo o poder do órgão responsável por sua interpretação. Enquanto que nos Estados Unidos e Alemanha há fortes críticas e receios em relação ao ativismo judicial, o qual se mostra mais contido que o brasileiro, aqui tem-se percebido pouca censura por parte da comunidade jurídica e uma propensão a se consolidar e estruturar a compreensão errônea de que ao STF cabe decidir qual a melhor forma de aplicar a constituição, ao passo que lhe cabe garanti-la e efetivá-la, porém não possui legitimidade para expressar seu sentido e seus limites, ao passo que deve obedecer também a estes. (OLIVEIRA; FARIA, 2016, p.301).

Foram inúmeras pesquisas no decorrer da história defendendo o ativismo judicial. Para este novo desenho epistemológico que se forma, o pensamento jurídico de Luiz Roberto Barroso²⁷ foi crucial, já que houve uma mixagem teórica, denominada de “neoconstitucionalismo”, defendendo um “direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios” (STRECK, 2012, p. 36).

Barroso (2016, p. 553), no artigo “Razão sem voto”, sustentou que o papel das cortes constitucionais, deve desempenhar uma “vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a

²⁷ O professor Luiz Roberto Barroso publicou inúmeros artigos sobre o tema, entre os anos de 2005 a 2009, a qual destacamos: BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Diálogo jurídico**, n. 15, 2007, p. 1-31. http://www.direitopublico.com.br/pdf/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium. **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito Práxis**, Rio de Janeiro, v.9, n.4, p. 2171-2228. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>.”

história quando ela emperra”. Porém, é impossível exercer essa “vanguarda iluminista”, sem uma tese que lhe dê sustentação. Neste momento, a figura teórica do “neoconstitucionalismo” e sua relação direta com o ativismo judicial, entram em campo.

No trabalho “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”, o ministro Luiz Roberto Barroso (2005, p. 09) sustentou que o papel juiz, a partir do neoconstitucionalismo, não demanda apenas um conhecimento técnico, mas também de criação do Direito, “completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.

Neste cenário de criação, eventuais colisões de normas constitucionais, devem ser solucionadas por uma “ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete (...) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional” (BARROSO, 2005, p. 28).

Para se acessar a “escolha do intérprete”, o ministro sustenta o uso da “argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos casos difíceis, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável” (BARROSO, 2005, p. 32). É possível afirmar que a ideia proclamada pelo ministro Barroso sustentou toda “fundamentação teórica” para práticas ativistas.

Diferentemente da música “Exército de um homem só” (Engenheiros do Hawaii), o “neoconstitucionalismo brasileiro”, conforme se viu acima, possui os seguintes soldados: jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase justamente no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy.

Diego Werneck (2017, p. 84) demonstra certo caráter elitista da tese desenvolvido por Barroso, já que para o ministro da suprema corte, o Legislativo pode ser capturado por uma minoria, porém, o STF não está imune a esse risco, já que um ministro pode manter o processo “em vista pelo tempo que desejar, muito além dos prazos regimentais, inclusive contra uma maioria de votos já formada?”

Thomas Bustamante (2021, p. 21), em tese interessantíssima, sustenta que a ideia do ministro Barroso, em muito se assemelha à teoria revolucionária desenvolvida por juristas brasileiros nos anos de 1960, para justificar a ditadura militar, ainda que com viés “liberal”:

A defesa do ativismo judicial realizada pelo Ministro Barroso não é, portanto, substancialmente diferente do argumento de Oliveira Viana. O Ministro Barroso está inadvertidamente ressuscitando os mesmos argumentos que foram utilizados por constitucionalistas do passado autoritário para a justificação da ditadura militar que o próprio Ministro Barroso, com boas razões, rechaça. Apesar do Ministro Barroso estar advogando um poder judicial para supervisionar os outros poderes, ao invés de um poder a ser atribuído às forças armadas, as razões apresentadas em seu argumento são perturbadoramente semelhantes: É irônico “que tais elites já não são, somente, aquelas

mesmas ‘de sempre’ (para utilizar a linguagem de Faoro); são, também, aquelas criadas, aparelhadas, ou potencializadas pela própria Constituição de 1988, em especial do Supremo Tribunal Federal, que passa a atuar como um animal político nos jogos políticos de poder, ele próprio influenciando os caminhos do Estado.

Em recente trabalho, denominado “Luís Roberto Barroso’s Theory of Constitutional Adjudication: A Philosophical Reply”, publicado no “The American Journal of Comparative Law, Thomas Bustamante, Emílio Peluso Neder Meyer e Evanilda De Godoi Bustamante (2021, p. 801) demonstram as inúmeras inconsistências na teoria da adjudicação do ministro, onde há uma defesa expressa do ativismo judicial:

(...) there is nothing intrinsically wrong with judicial activism; judicial activism can reflect “either legitimate or illegitimate behavior,” and it would be silly to insist on the Kelsenian idea that courts can act only as a “negative legislator” because contemporary judges, either on common law or civil law systems, are often “co-participants in the process of creating the law (...) The point of judicial lawmaking, for Barroso, is not merely to “facilitate the integration of particular pieces of legislation with the underlying doctrines of the legal system,” keeping faith with the legislative purpose and the principles embedded in legal practice.¹² Rather, it is to challenge the practice of law and reconceptualize it under new principles. It is not clear, however, what are the circumstances in which judges can make such interferences in the competences of other branches, since Barroso does not offer a principle to determine when and how they are supposed to do it.²⁸

Lenio Streck (2020, p. 83) afirma ser possível dizer que a atuação do juiz kelseniano é similar ao do juiz-Barroso, já que ambos concordam em relação ao modo como os juízes julgam – eles consideram que o juiz pratica ato de vontade (ou de valor) “(...) para Barroso e os neoconstitucionalistas-argumentativistas brasileiros, o Direito incorpora, sim, elementos morais, podendo até ser substituído por argumentos morais, com a voz das ruas ou aquilo que se denominou de dualismo metodológico” (STRECK. 2020, p. 83).

Avulta-se que a ideia de neoconstitucionalismo defendida por Luiz Roberto Barroso, também é alvo de críticas, inclusive de importantes positivistas como Dimitri Dimoullis.

Questionando dados históricos que teóricos do “neoconstitucionalismo” sustentam, em específico da tese defendida por Luís Roberto Barroso, Dimitri Dimoullis (2009, p. 14) diz que neoconstitucionalismo “é uma forma de re(vi)ver uma prática constitucional utilizada há mais

²⁸ “(...) não há nada intrinsecamente errado com o ativismo judicial; o ativismo judicial pode refletir “comportamento legítimo ou ilegítimo”, e seria tolo insistir na ideia kelseniana de que os tribunais podem agir apenas como um “legislador negativo” porque os juízes contemporâneos, tanto nos sistemas de common law quanto nos de civil law, são frequentemente “co-participantes no processo de criação da lei (...) O objetivo da criação judicial do direito, para Barroso, não é meramente “facilitar a integração de determinadas peças da legislação com as doutrinas subjacentes do sistema jurídico”, mantendo a fé a finalidade legislativa e os princípios embutidos na prática jurídica. Em vez disso, é desafiar a prática do direito e reconceituá-la sob novos princípios. Não está claro, entretanto, quais são as circunstâncias em que os juízes podem fazer tais interferências nas competências de outros ramos, uma vez que Barroso não oferece um princípio para determinar quando e como eles devem fazê-lo”. (Tradução nossa).

de 200 anos, como (velha) solução para problemas que acompanham o direito desde sua estruturação com base na Constituição”.

Prossegue o referido autor, que neoconstitucionalismo é um “conjunto de ideologias e práticas institucionais deveria receber a denominação de paleoconstitucionalismo” (2009, p. 14). A ideia de Barroso, como dito, mistura as experiências americana e alemã, não se atentando que o Brasil tem realidade e contexto histórico completamente distintos.

De todo modo, o pensamento de Luiz Roberto Barroso, que além de ser ministro da Suprema Corte, influenciou de maneira massiva o imaginário dos juristas e juízes brasileiros.

Thomas Bustamante, Emílio Peluso Neder Meyer, e Evanilda De Godoi Bustamante (2021, p. 811) prosseguem afirmando que:

(...) the argument in support of the enlightened role a mystical and obscure political idea. It is not easy to interpret this idea, since it finds almost no equivalent in contemporary constitutional theory” (...) “His view seems to be that representative democracy has failed; so even if judicial review is antidemocratic, or less-than-ideally-democratic, it is all we have. And it is still no less democratic than legislative lawmaking.²⁹

Apresenta-se estes argumentos para demonstrar como o pensamento do ministro Barroso desenvolveu, a nível de influência cultural, na difusão da ideia da virtude de prática ativista.

Em continuidade de como o alcance das experiências estrangeiras influenciou na concepção do ativismo judicial, Lenio Streck (2012, p. 36) explica que a forma como a jurisprudência de valores foi inserida no Brasil por meio da teoria da argumentação de Robert Alexy, “recebeu leitura superficial e equivocada por parcela considerável da doutrina e dos tribunais”.

Fausto Santos de Moraes (2022) demonstra como a teoria de Robert Alexy vem sendo aplicada de forma inadequada pelo Supremo Tribunal Federal, na qual, os ministros, embora em muitas ocasiões mencionam o autor alemão nas hipóteses de colisão de direito fundamental, utilizando da técnica de ponderação, na maioria dos casos, não perpassam pelos pressupostos teóricos que levaram Robert Alexy a criar sua tese.

Em outros termos, Fausto de Santos Moraes (2022, p. 87), revela em seu trabalho, elencando diversas decisões da corte constitucional brasileira, que a chamada “ponderação”,

²⁹ “(...) o argumento em defesa do papel iluminado é uma ideia política mística e obscura. Não é fácil interpretar esta ideia, uma vez que quase não encontra equivalente na teoria constitucional contemporânea”, isto porque, Barroso tem a ideia de que a boa parte da democracia representativa falhou, ou seja, “Sua visão parece ser que a democracia representativa fracassado; portanto, mesmo que a revisão judicial seja antidemocrática, ou menos do que idealmente democrática, é tudo o que temos. E ainda não é menos democrático do que a legislação legislativa”. (Tradução nossa).

além de ser álibi para alargar ainda mais a discricionariedade judicial, por meio de enunciados meramente performáticos, numa espécie de pretensa fundamentação, permitindo ao julgador extrair conclusões totalmente fora do contexto normativo, também não reverencia os ditames de seu criador!

Em síntese, a ideia do ativismo judicial, seja enquanto categoria jurídica ou prática judiciária, assumiu contornos de cristalização de uma postura teórica antiformalista que aposta “no protagonismo do poder judiciário para a concretização de direitos; na fórmula da ponderação como alternativa ao dogma da subsunção; e no império moral dos princípios, entendidos como os valores constitutivos da comunidade” (ABBOUD; OLIVEIRA, 2015, p. 17).

A partir deste sincretismo teórico, é possível afirmar que o ativismo judicial brasileiro assume feições e características próprias, ou como denominou Rafael Thomaz e André Karam Trindade (2016, p. 765), “o ativismo praticado no Brasil vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade”.

O movimento cultural tropicalista – aqui denominamos de “alto tropicalista³⁰” – soube perceber que a cultura brasileira era atravessada por outras, mas nem por isso, poderia recusar as tradições. O ativismo judicial brasileiro é uma espécie de “baixo tropicalista”, no sentido de se entusiasmar por vários sistemas jurídicos, importando teorias, porém, aplicando-as de forma descontextualizada.

O “baixo tropicalista ativista” não digeriu as outras culturas (jurídicas), e a transformou num verdadeiro “Frankenstein” (jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano e a teoria da argumentação de Robert Alexy). Parafraseando Clarice Lispector, o ativismo (brasileiro) tem várias caras. Uma quase bonita e a outra quase feia.

O que é o ativismo judicial brasileiro? Um quase tudo!

Lenio Streck (2017, p. 83) esclarece que a ausência de nitidez a respeito do termo ativismo judicial, acaba gerando “algaravia conceitual”, já que em certas ocasiões termina-se

³⁰ “O termo Tropicália surgiu pela primeira vez em um trabalho do arquiteto Hélio Oiticica, apresentado no MAM (Museu de Arte Moderna), no Rio de Janeiro, em 1967. O conceito estava vinculado à necessidade de repensar a cultura brasileira como um todo, evidenciando as suas características realmente nacionais, mas também não negando as manifestações da cultura estrangeira. A ideia era perceber que a nossa cultura era, sim, atravessada por outras, mas que não precisávamos baixar a cabeça e aceitar tudo que vinha de fora, como a tradição cultural do país demonstrava fazer há anos, mas também não era negá-las, pois, essa seria uma leitura parcial da realidade. A proposta era absorver essas culturas e digeri-las, transformando-as em algo verdadeiramente nacional. A obra de Oiticica pretendia justamente desvendar a “verdadeira” cultura brasileira, partindo do pressuposto que ela era formada pela mistura de várias culturas, tanto indígenas, regionalistas, urbanas, como também americanas ou europeias, por exemplo (GRIMM, 2010, p.39,40)”

acreditando em uma espécie de “ativismo bom”, quando na verdade ocorreu processo de judicialização de direitos fundamentais.

Porém, como bem pontua Isadora Ferreira Neves (2022, p. 35):

Ocorre que, na esteira da abordagem dada ao tema do ativismo judicial pela Crítica Hermenêutica do Direito (matriz teórica à qual se filia o presente trabalho) não é possível falar em “bom ativismo”. Isso porque, partindo da perspectiva de distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política, o que se tem como bom ativismo nada mais é do que a judicialização enquanto fenômeno contingência.

Para isto, é fundamental compreender o que vem a ser a judicialização, tópico a ser abordado na sequência.

3.3. JUDICIALIZAÇÃO: FENÔMENO MULTIFACETADO, HISTÓRICO E CONTINGENCIAL

Iniciou-se o tópico anterior, sustentando-se que o ativismo judicial é um problema da teoria do direito. Em contrapartida, o fenômeno da judicialização, embora possa desaguar na prática ativista, com ela não se confunde. Este é o marco epistemológico para compreender este trabalho: ativismo e judicialização, embora possam se confundir em dado momento, são fenômenos, que precisam ser distinguidos.

Ran Hirschl (2006, p. 141), ao analisar o processo de judicialização em diversos países (Canadá, Japão, Israel etc.), afirmou (parafraseando a observação de Alexis de Tocqueville sobre os Estados Unidos) “(...) não há no mundo do novo constitucionalismo quase nenhum dilema de política pública ou desacordo político que não se torne, cedo ou tarde, um problema judicial”.

Ingeborg Maus (2016, p. 05), ao analisar o contexto do Tribunal Constitucional Alemão, no famoso artigo “Judiciário como Superego da Sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã”, lançou a seguinte pergunta sobre o processo de transferência das relações públicas para o judiciário: “(...) não será a Justiça em sua atual conformação, além da substituta do imperador o próprio monarca substituído?”

Para Maus (2016, p.22-23), dentro do recorte histórico alemão, a transferência de poder à Corte Constitucional, marca a delegação do superego para a “administração judicial da moral”, onde a “usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais (...)”.

A crescente defesa da proteção dos bens jurídicos, sujeita a sociedade à necessidade latente de intervenção casuística do Estado, que em nome da “administração de crises ou sua

prevenção”, renega a autonomia do sujeito para afiançar a autonomia dos sistemas funcionais (MAUS, 2016). Neste sentido, a sociedade fica órfã, tornando-se o Poder Judiciário, o superego do corpo social.

Ilustrou-se os dois autores acima, de contexto histórico diferente, com o escopo de demonstrar que o tema da judicialização é universal. Sendo universal, há pontos que podem ser aplicados a todos os países (que possuem uma jurisdição constitucional mais ou menos atuante).

Contudo, é preciso pontuar que no Brasil o tema da judicialização é objeto de estudo, principalmente, dos juristas, o que por si só já ocasiona um déficit sobre a verdadeira compreensão do assunto, já que ele é multidisciplinar, desafiando inúmeras disciplinas das “ciências sociais” a compreender este fenômeno.

Em um primeiro momento, apresenta-se a judicialização enquanto fenômeno universal, delimitando as características que podem ser aplicadas em todos os países com jurisdição constitucional, para, posteriormente, analisar características nacionais desta judicialização.

A judicialização é um fenômeno com profundas raízes históricas, principalmente no pós Segunda Guerra Mundial. Os principais fatores históricos são: surgimento das Constituições dirigentes, o nascimento dos tribunais constitucionais, crise da democracia e o redimensionamento da questão do acesso à justiça (TASSINARI, 2013).

Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salle (2010, p. 40) explicam que, em face da dimensão econômica, a legislação do “capitalismo organizado” precisou regular as contingências específicas que foram surgindo, afastando-se assim dos cânones liberais, “certeza jurídica” e “tripartição dos poderes”.

A legislação do *welfare* assume uma “natureza aberta, indeterminada e programática na medida em que se expõe à incorporação de aspectos materiais, em oposição à pureza formal do direito na ortodoxia liberal” (VIANNA; BURGOS; SALLE, 2010, p. 40).

Tércio Sampaio (1994, p. 15) esclarece que a neutralização do poder judiciário era pauta e ideário do modelo burguês, para que o juiz se visse afastado dos jogos de interesses que permeiam o debate legislativo.

O próprio Montesquieu (2000, p. 467) entendia que o poder de julgar era praticamente nulo, restando apenas dois poderes. Deste modo é possível observar a simbiose entre a teoria da separação dos poderes e o positivismo exegético, em face de que “a subsunção como método de aplicação do direito, neutraliza-se para o juiz os jogos dos interesses concretos na formação legislativa do direito” (SAMPAIO, 1994, p. 15).

Outro ponto acoplado ao advento do Estado do Bem-Estar Social e a judicialização é o crescimento de uma civilização tecnológica, pois na medida em que novas tecnologias vão alterando os controles sociais e políticos, há uma influência direta no controle jurídico (SAMPAIO. 1993, p. 18). Somado a esses fatores históricos, a questão da judicialização assume um duplo viés: social e político.

No campo social, por influência do constitucionalismo social, há uma exigência maior por direitos (v.g, direitos trabalhistas), por necessidade da população e o reconhecimento normativo nas cartas políticas fundamentais (TASSINARI, 2013), ou seja, o juiz politicamente neutralizado, passa a exercer o controle do juízo discricionário de direitos elencados pelo próprio legislador.

Nas palavras de Tercio Sampaio (1994, p. 19), em artigo inédito à época, o juiz passa a ter a função “socioterapêutica”, pois o sucesso político das finalidades criadas no Estado Social, dependem de seu controle dos outros poderes, iniciando uma fase de “desneutralização”.

Mauro Capeletti (1999, p, 40) alegou que a modulação do Estado Social (e dos direitos sociais), ocasionou um profundo papel transformador na magistratura mundial.

Na política, de certo modo, observa-se a desídia na concretização destes direitos, e por conta do seu reconhecimento normativo, o Poder Judiciário foi sendo provocado para efetivar direitos fundamentais. De acordo com reflexões de Vianna et all (2010, p. 40),

O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.

Tais vieses acabam levando à excessiva judicialização, induzindo o polo de tensão para a jurisdição constitucional. Neste sentido, Lenio Streck (2011, p. 190):

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia da execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.

Pode-se afirmar que a judicialização da política é um fenômeno inevitável, não sendo um problema exclusivamente jurídico. As estratégias para o seu enfrentamento dependem da articulação institucional entre os poderes, ou seja, não depende exclusivamente da atuação dos juízes.

A judicialização também é estudada no ramo da ciência política. O termo ‘judicialização da política’ foi desenvolvido por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, ocasião em que a terminologia “*judicialization of politics*” foi utilizado para compreender a expansão do Poder Judiciário. Para Tate (1995, p. 28), o processo de judicialização possuía alguns sentidos, mas o primeiro deles diz respeito:

(...) the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives.³¹

O autor prossegue afirmando que são vários fatores que contribuem para a judicialização, e para fins de delimitação do objeto desta pesquisa, destaca-se dois deles: democracia e a separação dos poderes.

É difícil que a judicialização se desenvolva em regimes autoritários, sendo o regime democrático uma condição de possibilidade para que ocorra tal fenômeno, embora esclareça Tate (1995, 31) que, “the presence of democratic government thus appears to be a necessary, though certainly not a sufficient, condition for the judicialization of politics”.³²

Como consequência, a judicialização só ocorre onde há separação de poderes (TATE, 1995, p. 28), na medida em que o poder judiciário possui a posição – e no caso do Brasil, expressamente autorizada na Constituição Federal – de efetivar políticas públicas.

Conforme dito, o fenômeno da judicialização têm inúmeros fatores históricos, e a própria vontade do poder político, pós Segunda Guerra Mundial, transferiu para o poder judiciário parcela do fundamento institucional para decidir questões políticas.

Há uma longa produção, no âmbito da sociologia e da antropologia jurídica, que também busca estudar o fenômeno da judicialização e do ativismo. Julga-se importante trazer algumas das reflexões abordadas por estas disciplinas.

Porém, a fim de evitar imprecisões teóricas, é preciso delimitar que a sociologia não realiza a distinção entre ativismo e judicialização, tratando-os, em muitos casos (o que se julga ser um equívoco), como sinônimos. De qualquer forma, algumas avaliações são importantes, as quais, julga-se relevante trazer à tona para maior esclarecimento sobre o fenômeno da judicialização.

³¹ “(...)o processo pelo qual tribunais e juízes passam a fazer ou dominar cada vez mais a formulação de políticas públicas que já haviam sido feitas (ou, acredita-se amplamente, deveriam ser feitas) por outras agências governamentais, especialmente legislativos e executivos”. (Tradução nossa)

³² “(...) a presença de um governo democrático parece, assim, ser uma condição necessária, embora certamente não suficiente, para a judicialização da política”. (Tradução nossa).

Antonie Garapon, embora não faça a distinção que ora é apresentada, acaba por definir que: “O ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar” (GARAPON, 1999, p. 54). É oportuno destacar, que embora essa definição tenha um viés a partir da análise sociológica da questão, ela guarda, em certa medida, similaridade com a definição apresentada no tópico anterior; ou seja, ativismo está relacionado a um “ato de vontade” ou “ato de desejo”.

Conforme visto, essa visão, no recorte da teoria do direito, possui raízes no positivismo jurídico, embora possa ser encontrada em outras escolas, como no realismo. Em termos refletivos sobre a judicialização e na linha sociológica, Antonie Garapon (1996, p. 47-48) avalia que houve uma espécie de ressaca do pós Segunda Guerra Mundial, já que a política não foi capaz de decidir inúmeras questões.

Este fenômeno fez com que a própria política se afastasse de tomar certas decisões. A partir deste raciocínio, Garapon (1999, p. 47) indaga como é possível explicar que o aumento do poder dos juízes, se dá justamente com a autorização do poder político?

Para Garapon, a resposta perpassa justamente pela desnacionalização do Direito (positivação de direitos humanos a nível internacional) e a exaustão da soberania do poder político (incapacidade da política de resolver os problemas), na qual estes dois fenômenos migram para o centro de gravidade da democracia, para um lugar mais externo (GARAPON, 1999, p. 49).

Este movimento fornece, inclusive, um novo vocabulário à democracia, como: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação etc. Quais os motivos destas questões políticas serem mais bem apreciadas pelo Poder Judiciário e não pelo centro político? Garapon (1999, p. 49) responde que “talvez porque, sendo hoje uma instância neutra e imparcial, a transparência e a regularidade processual parecem então mais legítimas que o exercício solitário de uma vontade política”.

Tradicionalmente tais decisões eram abordados na arena do debate dialógico e hoje transferiu-se parte deles para que juízes decidam tais questões. Este movimento fez com que o espaço do “político” fosse transferido simbolicamente para o direito, não se tratando de uma ação esporádica de “alguns juízes desmiolados que querem brigar com o poder político, mas de uma evolução de expectativas quanto a responsabilidade política” (GARAPON, 1999, p. 56).

Nesta medida:

O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual "um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia a dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas

particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto (GARAPON, 1999, p. 61).

Por fim, Garapon (1999, p. 83) ilustra inúmeros argumentos, contrapondo-se a esse aumento exponencial dos poderes da justiça, sendo um dos principais, o que ele denomina de “desvio aristocrático ou tentação populista têm em comum a possibilidade de emancipar o juiz da autoridade do soberano”, pois o magistrado necessariamente detém total irresponsabilidade política.

Não cabe aprofundar tais questões, sob pena de alargamento do objeto de estudo. Porém, convém pontuar, que no âmbito da responsabilidade política dos juízes, Ronald Dworkin, vai dizer justamente o contrário. Juízes possuem “responsabilidade política”, não no sentido vulgar e eleitoral, mas no sentido institucional, em especial, no que tange à integridade e coerência na aplicação das normas. Neste sentido:

(...) o direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação aos ramos do direito. Seu espírito geral os condena, pois o princípio adjudicativo de integridade pede que os juízes tornem a lei coerente como um todo, até onde lhes seja possível fazê-lo, e isso poderia ser mais bem-sucedido se ignorassem os limites acadêmicos e submetessem alguns segmentos do direito a uma reforma radical, tornando-os mais compatíveis em princípio com outros. Contudo, o direito como integridade é interpretativo, e a compartimentalização é uma característica da prática jurídica que nenhuma interpretação competente pode ignorar. Hércules responde a esses impulsos antagônicos procurando uma interpretação construtiva da compartimentalização. Tenta encontrar uma explicação da prática de dividir o direito em ramos diversos que mostre essa prática em sua melhor luz (DWORKIN, 2010, p. 189).

Adentrando na “realpolitik” do judiciário, Garapon (1999, p. 89) afirma:

Não se devem necessariamente emprestar aos juízes intenções maquiavélicas. Uma tentação, muito mais difundida do que o espírito partidário, paira em cada um deles: a de inovar, de mudar a jurisprudência, de tornar-se o campeão de tal liberdade ou tal direito. Será preciso ver aí um ciúme em relação ao poder? E supor uma paixão partidária? Não se trataria mais do desejo humano de marcar sua época, de deixar sua marca? Mas o risco seria, então, o de conduzir a jurisprudência a um super lance que ignora a realidade social e despreza as restrições econômicas. Um juiz resolve indenizar tal ou qual risco terapêutico? Com isto, ele imputaria, uma vez que são inúmeros os casos registrados na França com os quais ele não se preocupa, vários bilhões de francos ao orçamento do Estado. Nem mesmo os deputados têm esse poder, sendo proibidos de propor leis que diminuam a receita do Estado ou que aumentem sua despesa.

Embora as críticas de Antonie Garapon sejam pertinentes, é preciso pontuar que o autor escreve a partir da realidade francesa, na qual, a ideia de jurisdição constitucional possui realidades peculiares e desde o antigo regime havia uma desconfiança com o Poder Judiciário.

Contudo, ainda que as críticas (algumas delas extremamente densas) sejam válidas, elas necessitam advir por uma filtragem, a partir da distinção entre judicialização e ativismo. E mais: a partir do contexto social brasileiro e da normatividade da Constituição Federal.

É evidente que juízes se acostumaram com a parcela significativa de poder, ou como afirma Garapon (1999, p, 89), “o juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular”.

Não há ativismo “benéfico”, pois esta postura é um soldado que pode servir a qualquer exercício. Além do mais, o ativismo, em uma medida maior que a judicialização, esvazia a dimensão política – assunto abordado no quarto capítulo – da democracia.

Partindo desta digressão (a partir de Antonie Garapon), e mantendo a reflexão sociológica, é possível asseverar que em termos de estabilização de certos direitos, não há segurança (jurídica) que o ativismo pretende transmitir.

Cita-se como exemplo a união estável e a possibilidade de conversão em casamento de pessoas do mesmo sexo, que se mantém por conta de uma decisão da Suprema Corte, mas que a todo momento é franqueada com projetos de lei (v.g. Estatuto da Família³³), que pretende encerrar a ideia defendida pela Suprema Corte.

Ressalta-se que decisões políticas não são dotadas de imutabilidade. Entretanto, o que se verifica é que ao transferir para o poder judiciário tais questões, não há uma garantia da pretensa segurança ou da devida efetivação que se espera.

Neste sentido, é possível mencionar o efeito *backlash*³⁴ do Poder Legislativo. Embora a questão retorne para a arena jurídica, o fundamento para se insurgir contra certas decisões judiciais, como bem pontuou George Marmelstein (2016, p. 4), não é o fundamento jurídico em si da decisão judicial, “mas a vertente ideológica que costuma estar por trás do tema decidido”.

Se a decisão judicial tem um viés reacionário, a reação política pode vir de setores progressistas ou se a decisão for progressista, “o contra-ataque virá de setores mais reacionários”.

O exemplo mais evidente do efeito *backlash* foi justamente a Emenda Constitucional n. 96/2017, que acrescenta o § 7º ao art. 225 à Constituição Federal, “para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis”, em clara oposição a

³³ Neste sentido: Câmara aprova Estatuto da Família formada a partir da união de homem e mulher. Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/472681-CAMARA-APROVA-ESTATUTO-DA-FAMILIA-FORMADA-A-PARTIR-DA-UNIAO-DE-HOMEM-E-MULHER>. Acesso em: 20 set. 2020.

³⁴ “O *backlash* segue um processo que se inicia com uma decisão judicial polêmica, seguida de uma reação política de feição ideológica contrária ao ponto de vista adotado na decisão, que pode culminar com a ascensão política do grupo que critica a decisão e com a consequente aprovação de medidas que acarretam um retrocesso legislativo ao debate de fundo”. (MARMELSTEIN, 2016).

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983/CE, que julgou inconstitucional lei do estado do Ceará que autorizava a chamada “vaquejada”.

Em contrapartida, e ainda refletindo sob a perspectiva sociológica do tema, o próprio poder político acaba se utilizando de instrumentos jurídicos presentes na legislação, a fim de se insurgir em oposições políticas que contrariam seus interesses ideológicos ou na tentativa de garantir direitos que fazem parte do espectro ideológico a qual pertencem.³⁵

Menciona-se, por exemplo, o manejo da Ação de Direita de Inconstitucionalidade pelo Partido dos Trabalhadores no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC) em comparação ao governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva.³⁶

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi amplamente utilizada pela esquerda, que recorria a este instrumento no período FHC; durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, diminui significativamente o seu uso (VIANNA; BAUMANN; SALLE, 2007, pp. 47).

No plano estadual, a título de exemplificação, em estudo referencial sobre o tema, Luiz Werneck Vianna, Marcelo Burgos e Paula Salles (2007, p. 59) constataram por meio de análise de dados, que no estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2007, o alto número de ADI no terceiro período parece estar adjunto ao fato do governo estadual não deter maioria na assembleia legislativa, ocasião em que das 57 ADI, 47 foram contra o legislativo vigente à época.

Assim sendo, as críticas sociológicas são de grande valia para a compreensão do tema, desde que não ocorra a confusão entre ativismo e judicialização. Conforme visto, o ativismo possui raízes específicas, de modo que os remédios para controlar ativismo ou judicialização “serão completamente distintos, porque as causas dos fenômenos são, elas mesmas, absolutamente distintas: a judicialização não representa um mal *in se*” (OLIVEIRA; FARIA. 2016, p. 283).

A judicialização – e neste sentido as críticas sociológicas devem ser filtradas com a realidade social – pode se “tornar inconveniente quando encontrada em níveis elevados, mas se mostra necessária em vários âmbitos que caracterizam a sociedade contemporânea” (OLIVEIRA; FARIA. 2016, p. 283).

³⁵ Conforme afirmado nesta pesquisa, o tema da judicialização é interdisciplinar. Deste que se decidiu pesquisar sobre o tema, uma dezena de livros foram lançados e palestras proferidas. De certo modo, isto demonstra que o estudo no assunto permanece contínuo. Em relação ao uso dos tribunais pelo poder político, Fabrício Pontin realizou interessante análise sobre o ativismo judicial na perspectiva da teoria dos jogos, podendo ser conferido em: ONZE SUPREMO: **Ativismo judicial e teoria dos jogos**: algumas reflexões. Entrevistado: Fabrício Pontin. Entrevistador: David Sobreira Bezerra de Menezes. Jan de 2022. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/5Ohx7sACLJFwiXkIRbIWVd?si=6592e62741974ca1>.

³⁶ Neste sentido: VIANNA, Luiz Werneck Vianna; BAUMANN, Marcelo Burgos; SALLE, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, v. 19, n. 2. 2007, pp. 39-85.

O que se pretende afirmar até este momento, pode ser assim explicitado: em termos de efetivação de direitos fundamentais, a resposta mais segura é transformação social por meio do processo político. Porém, ao evidenciar este fato, não significa afastar o importante papel que a jurisdição constitucional possui, mas sem desaguar em ativismo. Como dito no início da “introdução”: uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa.

Feita esta breve reflexão (a nível sociológico), retoma-se a questão da judicialização em terras brasileiras.

No Brasil, a produção científica pós 1988, já nos anos de 1993 e 1994 estavam atentos ao fenômeno da judicialização, sendo a Constituição Federal um reflexo claro deste acontecimento.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1994, p. 01) analisou inúmeros dispositivos jurídicos da Constituição de 1988 que fomentaram a judicialização da política. A fim de percorrer o caminho e agora focado na questão nacional, o renomado professor esclarece (FERREIRA FILHO, 1994, p.02), em primeiro lugar, que a visão clássica da separação dos três poderes³⁷, começou a ser revista já na Constituição de 1934, com a institucionalização do mandado de segurança, da ação popular e a previsão do controle de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal.

Evidentemente que em 1932 houve a institucionalização da Justiça Eleitoral, mas foi a partir da Constituição de 1934 – fortemente influenciada pela República de Weimar – que houve a constitucionalização da Justiça Eleitoral (artigo 82 e seguintes).

No entanto, esclarece que em 1934, a Constituição, ainda aliada ao ideário liberal francês do princípio da inafastabilidade, enuncia em seu artigo 68: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (FERREIRA FILHO, 1994.p. 19)

Já em 1946, portanto, pós Segunda Guerra Mundial, a Constituição normatiza o princípio da inafastabilidade (art. 141, §4), o que aumentou ainda mais o espoco de atuação por parte do Judiciário.

Transcorrido o período da Ditadura Militar, em 1985, houve aprovação da Lei n. 7.347, a qual normatizou a ação civil pública, permitindo o controle de atos administrativos, confiando a legitimidade ao Ministério Público.

Sem a ambição de esgotar todos os institutos que fomentam a judicialização, fato é que a Constituição Federal de 1988, já inserida dentro do contexto histórico e na tradição da história constitucional brasileira, realizou:

³⁷ Tércio Sampaio (1994, p. 14) esclarece que para Montesquieu a divisão de poderes era muito mais “um preceito de ordem política do que um princípio jurídico”.

- (i) ampliação do controle de constitucionalidade;
- (ii) criação do mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo;
- (iii) alargamento da hipótese de cabimento da ação popular;
- (iv) ampliação do controle das eleições por parte do Poder Judiciário e
- (v) estruturação do Ministério Público.

Por evidência, inúmeros abusos podem ser cometidos (assunto a ser tratado no próximo capítulo), e o sistema criou mecanismos para tentar reduzir esses alcances (v.g. a Lei nº 13.655, de 2018, que alterou a Lei de Introdução as Normas do Direito brasileiro).

O fato é que não se pode encarar o ordenamento jurídico brasileiro e o fenômeno da judicialização, sem observar as conjunturas históricas e políticas do Brasil. Estes fenômenos e instrumentos jurídicos criados desenharam a realidade nacional, fomentando a judicialização.

Em síntese aos dois tópicos abordados, o ativismo pode ser compreendido em duas dimensões: (i) decisória (micro), ocorrendo a cessação da legalidade por critérios metajurídicos, e (ii) macro ou estrutural, caracterizado pela “juristrocacia ou da própria Supremacia Judicial” (ABBOUD, 2022, p. 75).

Já a judicialização é “contingencial, e até necessária, em muitos casos, para realização de direitos fundamentais” (ABBOUD, 2022, p. 49). Sua “má absorção, no entanto, culmina em indesejado ativismo judicial” (ABBOUD, 2022, p. 49).

A falta de critérios em estabelecer uma distinção concisa entre ativismo e judicialização levou muitos autores, de forma equivocada, a associarem, por exemplo, “a defesa de uma postura substancial dos tribunais na interpretação dos direitos fundamentais como uma profissão de fé no ativismo judicial (substancialismo, nessa perspectiva, passou a ser tratado como sinônimo de ativismo)” (OLIVEIRA; FARIA, 2017, p. 270).

A título de exemplo, é possível citar o caso de Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli, que defendem historicamente uma jurisdição substancial, porém são extremamente contra “ativismos judiciais” (OLIVEIRA; FARIA, 2017, p. 270).

Ocorre, conforme já visto, que o neoconstitucionalismo brasileiro inseriu esses autores todos dentro de um único contexto, realizando intersecções que não cabem, como por exemplo, associar Ronald Dworkin a Robert Alexy. De todo modo, é preciso alertar que há autores que realizam a diferença entre os dois conceitos, porém, ao aprofundar-se na sua linha de pensamento, a distinção não se sustenta.

A explicação conferida por Luís Roberto Barroso pode servir como exemplo para o que se afirmou acima. No célebre texto “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os

papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”, Luís Barroso traça uma distinção entre ativismo judicial e judicialização.

A priori, a diferença abalizada pelo ministro não está equivocada. Porém, na medida em que se avança no texto, há uma espécie de “resignação ao ativismo”. Observa-se a citação abaixo:

Em tese, portanto, o ativismo judicial pode traduzir ora um comportamento legítimo, ora um comportamento ilegítimo. Quando se trate de proteger grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, a atuação expansiva do Judiciário para assegurar seus direitos fundamentais contra discriminações é percebida como algo positivo pela maioria dos juristas e pela sociedade. Ainda assim, à vista do desgaste do termo ativismo, é boa hora para se encontrar um novo termo para identificar essa atuação judicial quando virtuosa e humanista. **Por outro lado, quando o juiz ou tribunal, em lugar de aplicar o direito vigente, ignora-o ou contorna-o de maneira artificial, com o propósito de promover os seus próprios valores, crenças ou preferências políticas, não haveria dúvida de se estar diante de um comportamento judicial impróprio. Faz parte do conhecimento estabelecido que não é papel do Judiciário criar o direito, mas aplicar o direito em vigor.** (BARROSO, 2018, p. 2183/2184). (Grifos nosso).

Ernilo Stein (2011, apud TRINDADE, 2013, p. 261) explica que a “filosofia de ornamentação” é a postura de utilizar uma passagem filosófica, que corrobora a ideia defendida e a “filosofia de orientação” é um trabalho filosófico, mas não há um compromisso com o método ou determinada linha de pensamento.

A ideia se aplica a distinção delineada por Barroso, já que em verdade, ser ou não ativista, na visão teórica do ministro, é uma decisão (política!) do magistrado. Sendo assim, a judicialização, enquanto fenômeno jurídico, não tem razão de ser! Embora pareça haver um compromisso metodológico – principalmente no último parágrafo da citação acima –, em verdade, a distinção pouco importa.

A passagem final (em negrito) é contraditória com o início do texto, pois afiança que o ativismo pode ser ou não legítimo. Ou seja, a diferença nos conceitos é meramente ornamental/orientativa, já que os supostos compromissos metodológicos e epistemológicos não existem.

E mais: mudar o nome (ativismo judicial), não altera a essência. Embora o termo tenha sido criado em 1947, a discussão não é remota, principalmente por se tratar de questões paradigmáticas dentro da teoria do direito. Já no trabalho em parceria com Aline Osório, os autores explicam que:

O primeiro deles é que judicialização e ativismo judicial não são a mesma coisa. Judicialização significa que algumas das grandes questões políticas, morais e sociais do nosso tempo têm alguns dos seus capítulos decisivos perante os tribunais. Isto se deve ao institucional das democracias contemporâneas, que facultam e facilitam o acesso à justiça por diferentes mecanismos. Já o ativismo judicial é uma atitude, uma

atuação expansiva do Judiciário, ocupando espaços tradicionalmente percebidos como sendo do Legislativo. Apesar da conotação negativa que o termo assumiu ao longo do tempo, **esta intervenção mais abrangente dos tribunais não é necessariamente ruim**. Pelo contrário, alguns dos momentos mais importantes do constitucionalismo mundial se deram por uma postura mais ativista das cortes constitucionais. Era boa hora de se encontrar um termo alternativo, que permita distinguir a atuação imprópria do Judiciário da que se dá legitimamente, sobretudo para defesa de direitos fundamentais. (BARROSO, OSÓRIO, 2018, p. 18). (Grifos nossos).

No fim, o que será julgado (critério utilitarista), é o que irá induzir o juiz a conclusão de ser (ou não ser) ativista. Em outros termos, puro voluntarismo. Se a decisão é novamente discricionária, qual o sentido de delinear a distinção com a judicialização?

Em encerramento a este capítulo, é preciso tecer alguns comentários sobre pesquisa recente a respeito do tema aqui aspirado, que também procura estudar a distinção do ativismo e da judicialização, em especial no campo dos direitos sociais.

Trata-se da tese de doutoramento de Isadora Ferreira Neves (2022), denominada “As Três Perguntas Fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito: a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil”. No ano de 2023, a tese foi convertida em livro, denominado “Três perguntas fundamentais para uma distinção de ativismo judicial e judicialização da política”.

Isadora Ferreira Neves, sob orientação de Lenio Streck, utilizando como matriz teórica a CHD, elaborou indagação semelhante a este trabalho, ou seja, como não confundir a judicialização da política com o ativismo judicial?

Contudo, diferente do recorte trabalhado nesta pesquisa, a qual parte de uma análise voltada para Teoria da Constituição e da Teoria do Estado, Isadora Ferreira Neves (2022) também aborda a questão da distinção a partir da Teoria da Decisão e da Teoria da Justiça, focada na análise de direitos sociais e prestações.

Nas palavras da própria autora:

Utilizando como matriz teórica a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), uma indagação a mais se coloca: nesse cenário, como não confundir a judicialização da política com o ativismo judicial? Na tese, o horizonte que se abre a partir desse questionamento tem como condição de possibilidade as três perguntas fundamentais formuladas pela Crítica Hermenêutica do Direito:

- i) há direito fundamental com exigibilidade?;
 - ii) o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, isto é, concedido às demais pessoas?;
 - iii) para atender aquele direito, a alocação de recursos fere a igualdade e a isonomia?
- Com essas três perguntas, se revela o aparato teórico e normativo que constitui o propósito da pesquisa (NEVES, 2022, p.16)

De certo modo, Isabela Ferreira Neves eleva a CHD³⁸, a construir um “método” para avaliar se a decisão judicial é um caso de ativismo judicial ou judicialização. A palavra “método” está entre aspas, a fim de se evitar a má compreensão, já que “a fenomenologia hermenêutica não se mostra compatível com a ideia de método acabado e definitivo, estando mais relacionado a uma base epistemológica” (NEVES, 2022, p. 23).

A partir da tese da CHD, o tema do ativismo judicial, conforme visto no segundo capítulo, está umbilicalmente relacionado ao positivismo jurídico, de modo que a ideia de discricionariedade judicial deve ser rebatida (NEVES, 2022, p. 23). No âmbito judicial, o termo “discricionariedade” refere-se:

(...) a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. Tal característica se manifesta no momento em que, diante do problema da decisão, abre-se um espaço não tomado pela razão, espaço este preenchido pela vontade discricionária do intérprete. Discricionariedade e vontade são, portanto, conceitos interligados. A crítica à discricionariedade judicial é assim um ponto central para que se possa enfrentar o problema do ativismo judicial sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito e se funda em dois aspectos principais: primeiramente diante da fragilidade filosófica que sustenta a discricionariedade judicial e num segundo momento pelas incompatibilidades práticas da sua defesa em ambientes democráticos (NEVES, 2022, p. 44).

Com base na hermenêutica filosófica³⁹, a ciência jurídica aperfeiçoa o que se compreende por interpretação, para além de um método protegido e predeterminado por categorias metodológicas (raciocínio causal-explicativo). Em termos mais precisos, para a hermenêutica “a superação do paradigma positivista só é possível o abandono da tese da discricionariedade mediante a qual existem múltiplas ou variadas respostas disponíveis para a escolha do intérprete” (NEVES, 2022, p. 50).

Contudo, as três perguntas formuladas “funcionam muito mais como um parâmetro de análise da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, e não como um teste ou uma verificação metodológica-procedimental” (NEVES, 2022, p. 90).

Ademais, elas não podem ser lidas de forma isoladas, como se fossem mera subsunção, mas compreendidas dentro do lastro do paradigma hermenêutico, “o direito se apresenta numa perspectiva integrada a uma história institucional” (NEVES, 2022, p. 90).

³⁸ As chamadas “perguntas fundamentais” fazem parte da teoria da decisão que proposto por Lenio Streck, no livro “Verdade e Consenso”, a partir da sexta edição. A questão foi aprofundamento no “Dicionário de Hermenêutica nos verbetes “Resposta Adequada” e “Constrangimento Epistemológico”, e aprofundas pela autora em forma de tese para título de doutora.

³⁹ Para um panorama da hermenêutica filosófica, conferir: ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: Unissinos. 2022.

Inseridos estes conceitos e esta nova contribuição científica ao estudo, e já iniciando a reflexão para o próximo capítulo, indaga-se: em que medida a prática ativista pode influenciar no melhoramento do regime democrático?

O processo de judicialização da política pode influenciar na efetivação de direitos fundamentais? Em outros termos: defender uma jurisdição constitucional, calcada na substancialidade, significa desaguar em decisionismos ou em politização da justiça?

Neste sentido, ainda em 1994, Tercio Sampaio (1994, p. 21) já realizava o seguinte questionamento:

A expansão tecnológica e as possibilidades de ação por ela propiciadas, ao multiplicarem-se as possibilidades de consumo na sociedade de massas, fazem da política, ela própria, um bem de consumo. Não há mais apenas atos políticos, interesses políticos, objetivos políticos, mas um verdadeiro marketing de manipulação política da própria política. Este marketing serve-se dos meios de comunicação e provoca uma hipertrofia do poder que acaba por atingir o próprio Judiciário de forma paradoxal: sua neutralização torna-se, ela mesma, política, isto é, ela é politicamente contaminada, passando sustentar-se por meios políticos, como a busca de apoio da opinião pública, a geração de consenso popular, a manutenção da imagem (o juiz "progressista", a decisão conforme a vontade do povo), a busca do prestígio (a decisão de repercussão nacional, a entrevista na TV), etc. O risco, nisso tudo, fica, no entanto, por conta de uma rendição da Justiça à tecnologia do sucesso, com a transformação do direito em simples e corriqueiro objeto de consumo. A politização da Justiça, nesse sentido, é diferente da politização do Legislativo ou do Executivo. Diante de um Judiciário neutralizado, aqueles dois poderes produzem normas, mas não criam o direito. O poder político valoriza e desvaloriza direitos, ao alterar-lhes a força de obrigatoriedade. Pode até usar e abusar deles. Os produtos normativos oferecidos pela atividade política do Legislativo e do Executivos não passam, porém, de mercadorias: têm valor de uso e valor de troca, mas não têm valia, isto é, não têm valor em si. A neutralização política do Judiciário é que institucionaliza a prudência como uma espécie de guardião ético dos objetos jurídicos. Ora, com a politização da Justiça tudo passa a ser regido por relações de meio e fim. O direito não perde sua condição de bem público, mas perde o seu sentido de prudência, pois sua legitimidade deixa de repousar na concórdia potencial dos homens, para fundar-se numa espécie de coerção, a coração da eficácia funcional. Ou seja, politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria. Segue-se daí uma relação tornada meramente pragmática do juiz com o mundo. Pois, vendo ele o mundo como um problema político, sente e transforma sua ação decisória em pura opção técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento.

É o que se propõe analisar no próximo capítulo, ou seja, à prática ativista como um comportamento do magistrado e seu reflexo na democracia e como a judicialização possui relação direta com direitos fundamentais e constitucionalismo.

No início deste capítulo formulou-se a seguinte indagação: há diferença entre ativismo judicial e judicialização? É possível responder à pergunta de forma positiva; ou seja, há diferenças substanciais entre ativismo e judicialização. Neste capítulo foi possível apresentar os arremates abaixo:

a) – Ativismo é um fenômeno que possui relação com a teoria do direito, já que a avaliação para identificar o que será uma postura proativa no processo de interpretação/aplicação da norma, perpassa em avaliar as teorias da interpretação que a fundamentam. Neste sentido, e com base no recorte da CHD, defende-se que o termo ativismo possui estreita relação com a discricionariedade judicial, especialmente com as diversas formas de positivismo jurídicos. No decorrer deste trabalho, para fins de isolamento e não extensão demasiada do escrito, abordou-se a questão a partir da teoria kelseniana.

b) – Demonstrou-se como o ativismo foi inserido dentro do debate acadêmico brasileiro e como o fenômeno do “neoconstitucionalismo” foi utilizado como uma espécie de sustentação teórica para que juízes ampliem ainda mais sua discricionariedade judicial, utilizando-se de teses como: jurisprudências dos valores, realismo jurídico norte-americano e a ponderação alexyana.

c) – Já a judicialização é um fenômeno histórico, principalmente com o crescimento das chamadas “Constituições Dirigentes”, onde inúmeros direitos foram positivados, trazendo o polo de tensão da aplicação destes direitos para a jurisdição constitucional. Ainda nesta linha de pensamento, analisou-se que o fenômeno da judicialização é estudado por várias áreas das ciências humanas, não sendo um problema exclusivamente jurídico. Por fim, avaliou-se como ocorreu o processo de judicialização no Brasil, que atingiu seu ápice com a promulgação da Constituição de 1988.

4 O REFLEXO DAS POSTURAS JUDICIÁRIAS NA DEMOCRACIA E NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. ATIVISMO JUDICIAL E SEUS REFLEXOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

No primeiro capítulo, estudou-se que a ideia de democracia está sedimentada não apenas na vontade da maioria, mas também em normas limitadoras para o avanço da vontade popular.

Já no capítulo anterior, avaliou-se que a ideia do ativismo está umbilicalmente relacionada com a discricionariedade calcada no positivismo normativista. Nesta linha de raciocínio, e invocando os conceitos apresentados no primeiro capítulo (com o devido recorte epistemológico estabelecido) estuda-se neste último capítulo por qual motivo a prática ativista assola não apenas a uma questão “hermenêutica”, mas também a questão democrática.

Este assunto foi tratado no primeiro capítulo e será novamente tratado neste quarto, como recorte temático devidamente delimitado.

Rafael Thomas de Oliveira (2019, p. 35) esclarece que se formou no Brasil, em face da fluidez entre política e direito, e principalmente na figura do “neoconstitucionalismo”, uma visão romântica do ativismo judicial, criando um problema complexo e perigoso, “especialmente às jovens democracias constitucionais, na medida em que envolve uma recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição”.

Isso pois, não respeitar a produção democrática da lei e as condições de possibilidades para aplicação do texto normativo, é assolar o que foi estabelecido anteriormente pelos representantes do povo, recaindo a questão na democracia popular. Uma crítica ao ativismo possui relação com os limites semânticos da lei, mas também deve ser avaliada a partir do retrocesso democrático (STRECK, 2012. p. 274).

Gisele Leite (2017, p. 16) explica que ao poder Judiciário é legítimo se contrapor ao legislador, mas apenas na medida em que os limites deste controle sejam exclusivamente jurídicos, não sendo democrático substituir o poder constituinte “invadindo a ampla liberdade de conformação política deste no quadro da constituição usurpando o núcleo essencial da função legislativa”.

A concepção de que “princípios abrem a interpretação”, a utilização totalmente acrítica (e sem critérios) da chamada ponderação de Robert Alexy, acabou gerando insegurança jurídica, causando fendas na ordem constitucional e democrática.

Robert Dahl (2002, p. 47-52) elenca cinco critérios para caracterização de uma democracia: a) participação efetiva; b) igualdade de voto; c) entendimento esclarecido; d) controle da pauta política; e, e) inclusão.

A partir desta construção teórica, André Borges Uliano (2022, posição 1718) formula a demonstração de como o ativismo judicial atinge o seio da democracia, na medida em que gera impactos diretos na “igualdade política”.

Para Uliano (2022, posição 1719), quando juízes deixam apenas de fiscalizar as decisões políticas e passam a substituir as escolhas deliberativas por suas vontades morais, o ativismo “desloca um enorme poder decisório de vastos grupos sociais para as mãos de uma pequena elite judiciária”.

Embora o problema da “tirania das maiorias” (abordado no primeiro capítulo, no qual citamos como exemplo o regime nazista) seja inquietante, é preciso temer também a tirania das oligarquias, já que a formatação da democracia, exteriorizada na vontade popular, passa a ser exercida por um pequeno grupo de juízes (ULIANO, 2022, posição 1823):

(...) quando o centro decisório é deslocado da arena política – onde um grupo numeroso de parlamentares de distintas partes do país, provindos de diferentes grupos sociais e que permanecem em constante contato com suas bases – para um diminuto conjunto de juristas encastelados numa realidade social bem mais limitada, isso tende a prejudicar a capacidade de participação de um grupo bastante relevante de pessoas.

Prossegue o referido autor (ULIANO, 2022, posição 1824), que o ativismo também atinge a “igualdade de voto”, na idade de sufrágio universal (*one man, one vote*), no brocardo (anglo-saxão), já que nas decisões coletivas, devem ser garantidas que todos os cidadãos tenham a capacidade de se manifestar e que suas opiniões possam ser levadas em consideração na decisão final.

Em outras palavras, “o ativismo judicial cria uma pauta política paralela, sobre a qual a população de modo geral tem uma influência muito restrita ou mesmo nula” (ULIANO, 2022, posição 1825). Ademais, a colisão do ativismo judicial com essas exigências institucionais é gritante, já que algumas decisões importantes para a República são decididas por juízes, que são isentos de responsabilidade política.

Uliano afirma ainda, e aqui acrescenta-se o caráter elitista de muitos concursos públicos, onde um “número de pessoas aptas a ocupar a cúpula da carreira judiciária é bem mais

restrito e menos plural, em virtude das exigências de uma específica formação profissional e idade” (ULIANO, 2022, posição 1826).

Por derradeiro, André Borges Uliano (2022, posição 1903-2200) descreve como o ativismo fere o estado de direito e a separação de poderes, na medida que ativismo judicial enfraquece “desnecessariamente a autoridade da ordem legal e gera insegurança, pois mesmo uma questão já resolvida pela escolha política dos órgãos legislativos pode ser julgada em outro sentido, tornando a solução final imprevisível”.

Sendo assim, uma vez aprovadas as normas jurídicas, “as leis são aceitas, ainda que com elas se discorde, cabendo o recurso aos mecanismos próprios para alterá-las se for o caso” (ULIANO, 2022, posição 2200).

Uliano (2022, posição 20220) admite que o artifício mais agudo na tarefa de manter a coerência entre a norma e a ação oficial habita na dificuldade da interpretação, pois “a legalidade exige que os juízes e outros funcionários apliquem a lei, não de acordo com sua fantasia ou com uma literalidade intrincada, mas de acordo com princípios de interpretação adequados e atentos a toda a ordem legal”.

Por este motivo, e este tópico foi trabalhado no capítulo anterior, não se pode compreender o ativismo somente como um problema “político”. Evidentemente que ele é, mas note-se que há um esforço argumentativo por parte do autor de constatar como ativismo judicial e democracia são incompatíveis.

Porém, ao renunciar o debate sobre o que é “interpretar”, há impressão de afastamento da essência do problema, ou seja, o ativismo entendido como um problema da teoria do direito, ainda que com reflexos direto na teoria política.

4.2. JUDICIALIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia de Estado Democrático de Direito está ligada à efetivação de direitos fundamentais. Nunca é demais lembrar que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3).

Neste contexto, o Estado Democrático de Direito é o plus normativo, em continuidade às outras formas de constituição do Estado, representando a necessidade de resgate às promessas da modernidade, tais como “justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais” (STRECK, 2002, p. 127), sendo a Constituição a forma de instrumentalizar, com seu caráter dirigente-valorativo-principiológico, os compromissos políticos.

Conforme visto no capítulo anterior, houve um redimensionamento, em razão das experiências nazifascista, do procedimento político para o procedimento judicial, assumindo a jurisdição constitucional um papel fundamental para efetivação dos direitos fundamentais.

No seio desta discussão, permeia importante debate entre procedimentalista e substancialista. De início, importante pontuar, como se observou no primeiro capítulo, que este trabalho advoga a tese substancialista, mas é fundamental esclarecer alguns pontos em relação às principais ideias procedimentalistas, justamente para evidenciar a importância da defesa da jurisdição constitucional substancial.

Quando se versou sobre a ideia de democracia procedimental, tratou-se de Hans Kelsen. No que tange à jurisdição constitucional, embora fosse possível também realizá-la na perspectiva kelseniana⁴⁰, optou-se por abordar outro autor, com a mesma influência que o “pai do positivismo” obteve no mundo político e acadêmico. Optou-se, assim, por Jürgen Habermas.

Jürgen Habermas, talvez um dos mais importantes representantes da jurisdição constitucional enquanto defensor do procedimento democrático; ou seja, a justiça constitucional deve resguardar o processo político, explica que para os sujeitos jurídicos privados gozarem das liberdades públicas, eles mesmos, no exercício de sua autonomia política, devem ter clareza para se chegar a um consenso, “o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente deve ser tratado como diferente” (1997. p. 13).

Para Habermas, a Constituição não pode ser entendida como ordem global e concreta de valores, destinada a impor ao corpo social um modo específico de viver, devendo, na verdade, assegurar procedimentos políticos específicos, para que o cidadão, diante da sua autodeterminação, possa produzir uma vida justa de viver.

Ou seja, as “condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito (...) a compreensão procedimentalista da Constituição imprime uma virada na teoria-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional” (1997, p. 326).

⁴⁰ Neste sentido: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

O debate entre substancialista e procedimentalista é extenso e permeia inúmeros autores, de diferentes matrizes (culturais) jurídicas. Na teoria substancialista, destacam-se nomes como Mauro Cappelletti, Ronald Dworkin, Laurence Tribe, Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Clèmerson Merlin Clève, Lenio Luiz Streck, dentre outros.

Dentre os defensores do procedimentalismo, destacam-se: Marcelo Cattoni, Rogério Gesta Leal, Gisele Cittadino, Cláudio Pereira de Souza, Jürgen Habermas e John Hart Ely. Cada um destes autores possui peculiaridades próprias e considerações relevantes à contenda. Porém, para fins de delimitação do objeto desta pesquisa, o assunto será tratado de forma tangencial, de modo a não prejudicar e alargar o tema. A dicotomia em questão foi assim explicada por Lenio Streck (2012, p. 52):

(...) a grande diferença de cada um destes aportes teóricos está no tipo de atividade que a jurisdição realiza quando interpreta as disposições constitucionais que garantem direitos fundamentais. As posturas procedimentalistas não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das ‘regras do jogo’ democrático; já as posturas substancialistas reconhecem o papel concretizador e veem o judiciário como um locus privilegiado para a garantia do fortalecimento das democracias contemporâneas.

Esclarecendo melhor o significado das posturas substancialistas o autor destaca que sua adoção “não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos ad hoc, a pretexto de estar-se concretizando direitos”.

Explica, ainda, que “a concretização só se apresenta como concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais”.

Habermas (1997, p. 346-347) defende que o debate sobre tribunal constitucional – sobre seu atavismo ou automodéstia – não pode ser conduzida *in abstracto*.

Em uma visão moderada, Habermas reconhece que quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública; é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (offensiv) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Contudo, alega que:

Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. **Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada - da cidadania que se transformou na *comunidade dos intérpretes da constituição* - o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.** A idealização desse papel, levada a cabo por juristas ufanos, só faz sentido

quando se procura um fiel depositário para um processo político idealisticamente acentuado. Essa idealização, por sua vez, provém de um estreitamente ético de discursos políticos, não estando ligada necessariamente ao conceito de política deliberativa. Ela não é convincente sob pontos de vista da lógica da argumentação, nem exigida para a defesa de um princípio intersubjetivista (HABERMAS, 1997, p. 347). (Grifos nossos).

Embora os argumentos de Habermas sejam válidos e não se desconhece seu compromisso com a democracia, a visão de jurisdição procedimental por ele defendida não coaduna com países de modernidade tardia, em especial com a ideia de Estado Democrático de Direito. Como afirmou-se no início deste tópico, a Constituição brasileira exige um *agir* para concretização de direitos fundamentais (o que não significa desaguar em ativismos judiciais).

Deste modo, o “democrático” do Estado de Direito, como bem pontua Lenio Streck (2002, p. 142), vai muito além do alinhamento entre o Estado Liberal e o Estado Social, já que a legitimidade advém da própria Constituição, onde a justiça constitucional deve proteger e efetivar a substancial força do texto constitucional.

Anota-se que o artigo 103, ao estabelecer que cabe ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, a linguagem do constituinte passa a ser condição de possibilidade para o novo, “na medida em que na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o paradigma liberal, mas sim, para pôr uma revolução copernicana, mediante o constituir uma Sociedade” (STRECK, 2002, p. 142).

Ademais, embora as visões procedimentais sejam comprometidas com a efetivação de direitos fundamentais por meio da política, não se adequa a países de modernidade tardia, justamente em razão daquilo que Lenio Streck (2002, p. 151) aponta, ao afirmar: “como ter cidadãos plenamente autônomos como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido?”.

Vicente Barreto (1996, p. 22), analisando a interpretação constitucional no estado democrático de direito, explica que se deve avaliar esse modelo específico de regime político, já que o “núcleo de legitimação da prática constitucional, por sua vez, encontra-se centrado no conceito de cidadania”.

Embora em outra perspectiva, mas ainda assim, calcada na ideia substancialista da jurisdição constitucional, Paulo Bonavides (1993, p. 10) aferiu que a velha democracia representativa se demonstra, em certo sentido, perempta, ocasionando o espaço de ocupação de uma jurisdição constitucional, inclusive para consolidar a formação da cidadania.

Este modo de enxergar a jurisdição constitucional, e é preciso pontuar esta observação, não se funda por meio de um processo cartesiano de abordagem do direito, mas se inaugura em razão da Constituição *ser* o ente (pré-ontologicamente) conhecido do intérprete.

Na perspectiva da crítica hermenêutica do direito, baseado no “paradigma hermenêutico-fenomenológico, é possível afirmar que a Constituição é um existencial. Como ente disponível, a Constituição faz parte do modo-de-ser-no-mundo do intérprete” (STRECK. 2002, p. 257).

Se a Constituição influencia sobremaneira o modo de agir da jurisdição constitucional, não poderia ser diferente com a hermenêutica constitucional, que deve, nos dizeres de Vicente Barreto (1996, p. 11), ser muito mais do que uma normatização positiva de direitos, liberdades e garantias, mas “que configurem esse tipo de regime político, exige uma interpretação do texto constitucional, inspirada nos seus princípios fundantes”. Neste sentido apresentado é que se pode afirmar que a judicialização da política possui uma relação simbiótica com os direitos fundamentais do estado democrático de direito.

Porém, a fim de não apresentar aparente contradição, não há romantismo em acreditar que a efetivação de direitos fundamentais se dá única e exclusivamente por meio da jurisdição constitucional (assunto abordado no capítulo anterior).

De todo modo, renegar a importância da jurisdição substancial, em países de modernidade tardia, é renegar a própria aplicação da Constituição e a história institucional brasileira. Procuramos aprofundar esta última afirmação no próximo tópico.

4.3. DA DISTINÇÃO ENTRE ATIVISMO E JUDICIALIZAÇÃO A PARTIR DE JULGAMENTOS

Neste tópico, anseia-se analisar alguns julgados proferidos pelos Tribunais Superiores, já explicitando, na sequência, se o caso pode ser enquadrado como ativista ou judicialização.

À vista disso, serão avaliados os seguintes julgados:

- (i) Recurso Extraordinário n. 888815 / RS que tratou sobre a *(im)possibilidade* do chamado “homeschooling” e as perguntas teorizadas por Isabela Ferreira Neves e o caso envolvendo os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus n. 598.051, com destaque para a obrigatoriedade contida no voto do relator, ministro Rogério Schietti Cruz, consistente na fixação do prazo de um ano para o aparelhamento das polícias, a fim de que se possibilite a filmagem das operações, como forma de validar o consentimento do morador.
- (ii) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, ocasião em

que o Plenário do STF entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia.

É necessário esclarecer que a análise da ADO 26 será reservada em tópico específico, justificado pela relevância e atualidade do tema. Em contrapartida, outras decisões foram analisadas no decorrer desta pesquisa, as quais remetem-se ao leitor⁴¹.

4.3.1. Da (im)possibilidade do chamado “homeschooling” e da obrigatoriedade de filmagens nas operações policiais

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do recurso extraordinário (Recurso Extraordinário n. 888815) em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou o direito de educação domiciliar ao recorrente, em razão da inexistência de previsão legal.

Na cidade de Canela, localizada no estado do Rio Grande do Sul, os pais de uma criança, impetraram mandado de segurança contra ato da Secretaria Municipal de Educação de Canela/RS, que, em resposta à solicitação dos genitores, proibiu a educação domiciliar do menor e aconselhou a sua imediata matrícula na rede regular de ensino. Em primeiro grau, a sentença indeferiu a inicial, por conter pedido juridicamente impossível, na medida em que não haveria permissão expressa de ensino doméstico na legislação brasileira.

O Tribunal de Justiça gaúcho, corroborando a decisão de primeira instância, compreendeu que não haveria direito líquido e certo a amparar o pedido da recorrente de ser educada em regime domiciliar. O relator do caso foi o ministro Luís Roberto Barroso, que na ocasião, votou pelo provimento do recurso extraordinário para garantir o direito à educação em casa, respeitados os parâmetros apresentados no voto.

O ministro Luís Roberto Barroso sugeriu algumas regras de regulamentação da matéria, apartando que os pais precisam notificar as Secretarias Municipais de Educação sobre

⁴¹ Neste sentido: LONGHI, Caroline Vianna; GONÇALVES, Thiago André Silva. **Da impossibilidade de desclassificação do estupro de vulnerável**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-07/longhie-goncalves-acerto-stj>. GONÇALVES, Thiago André Silva; RIBAS, Lúcia Maria; TREVISAM, Elisaide. **A campanha “O Brasil não pode parar”**: ativismo judicial ou judicialização de políticas sanitárias no julgamento das ADPFs 688/669. *Direitos Humanos e Sociedade: reconstruções, reflexões e narrativas em pesquisa*. No prelo. 30/04/2023. GONÇALVES, Thiago André Silva; RIBAS, Lúcia Maria; TREVISAM, Elisaide. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 501**: ativismo judicial trabalhista ou judicialização do direito fundamental as férias remuneradas? *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*.

a opção pelo ensino domiciliar; as crianças necessitam ser submetidas a avaliações periódicas; os dados podem ser compartilhados com outras autoridades, como Ministério Público; e se for comprovada a deficiência na formação acadêmica, os pais serão notificados e, caso não haja melhoria no rendimento da criança ou do adolescente, os órgãos públicos competentes determinarem a matrícula nos estabelecimentos regulares (RE 888815/RS. STF. 2018).

Em sentido contrário, o ministro Alexandre de Moraes, de maneira sintética, entendeu que não se tratava de um direito, e sim de uma possibilidade legal, mas que no momento não existe norma para tanto (RE 888815/RS. STF. 2018).

À época dos fatos, Lenio Streck⁴² iniciou a reflexão sobre o voto do ministro Barroso.

A partir da reflexão feita por Streck, Isadora Ferreira Neves (2022, p. 184-186) submeteu o caso as três perguntas fundamentais. Percorre-se assim, as indagações e as respectivas respostas.

Conforme visto nos esclarecimentos anteriores, a primeira questão formulada é: há direito fundamental com exigibilidade? Amparar a exigibilidade do ensino domiciliar ministrado pela família equivaleria à formatação de um direito fundamental, “a não mandar os filhos à escola e lhes ensinar em casa”, não sendo constitucionalmente aceita esta conclusão (STRECK, 2018 a).

Os argumentos favoráveis ao ensino domiciliar são válidos no âmbito do debate político, mas não pode o juiz transpassar a ideia já fixada na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

A Constituição permite o ensino à iniciativa privada (art. 209), ainda a Lei n. 8.069/1990 assegura que é direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais (art. 53, parágrafo único).

Neste sentido, a Carta Política Fundamental, ao anunciar em seu artigo 205 que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, em nenhum momento, é possível extrair a exigibilidade de um direito fundamental ao ensino domiciliar.

Ademais, ainda que se possa extrair que não há a proibição ao ensino domiciliar, Isabela Ferreira (2022, p. 72) pontua que o risco do ativismo judicial se exterioriza quando o Poder Judiciário deixa de considerar a natureza complexa da normatividade dos direitos

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Há um recurso no Supremo tratando de uma coisa chamada homeschooling**, 2018 a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-10/lenio-acao-stf-tratando-algo-chamado-homeschooling>. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. **Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão**. 2018 b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/observatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao>

fundamentais, “de modo que a sua exigibilidade não funcione como uma autorização genérica para que o juiz interfira no desempenho da função política inerente aos poderes Legislativo e Executivo”.

Destarte, prossegue a autora, de que o reconhecimento de um direito pela Constituição, não traz como causa e efeito o nascimento de pretensões:

Se a partir da ideia de força normativa da Constituição, conforme visto no tópico anterior, os direitos fundamentais deixam de ser somente recados para o legislador, por outro lado, qualquer direito precisa ter os seus contornos delineados para que se possa definir o que pode ser demandado como pressuposto para a sua satisfação integral, quer seja a demanda oposta em face de um particular, quer seja ela oposta em face do Estado (NEVES, 2022, p. 75).

Acrescentando outro argumento, somando ao raciocínio construído por Lenio Streck e Isabela Neves, ainda que se superasse a razão apresentada (ausência de um direito fundamental e/ou não exigibilidade); ou seja, há um direito fundamental ao ensino domiciliar e ele pode ser exigível, o ministro Luís Roberto Barroso deveria enfrentar e sustentar a inconstitucionalidade do artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual preceitua ter os pais ou responsáveis a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Em outros termos, deveria o ministro extrair da Constituição que a escolha, democraticamente normatizada pelo legislador, contraria os princípios fundantes.

Respondendo à questão inicialmente formulada, é possível dizer que não há direito fundamental em questão. Apesar disso, transcorre-se as duas outras perguntas, para fim de ilustrar a “tese” desenvolvida. Isadora Ferreira (2022, p. 185) formula a segunda pergunta da seguinte forma: “o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado?”. E a resposta, novamente, é negativa.

Lenio Streck (2018 b) respondendo pela impossibilidade da universalização, na medida em que haveria uma clara discriminação de pessoas pobres, já que elas, pela impossibilidade material, não teriam condições de oferecer isso aos seus filhos. Haveria, assim, “um inegável privilégio dos ricos, sob a contraditória “supervisão” da escola pública”. (STRECK, 2018 b).

Por fim, a terceira pergunta é formulada da seguinte forma: “há transferência ilegal/inconstitucional de recursos que fere a igualdade/isonomia?” (NEVES, 2022, p.186). A modalidade de *homeschooling* ocasiona uma necessidade estrutural, no que diz respeito à avaliação, adaptações de conteúdo e principalmente a inspeção do ensino ministrado pelos pais ou dos professores contratados por eles (NEVES, 2022, p.186).

O resultado desta logística traria consequências orçamentárias para o Estado, de modo que a terceira questão, também deve ser objetada com a resposta negativa.

Nesse caso, a partir das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida por Streck e Isadora, “a resposta positiva a todas elas, é possível concluir pela judicialização da política e a consequente inoportunidade de ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal que negou o recurso” (NEVES, 2022, p.186).

Passe-se a análise do Habeas Corpus 598.051/SP (STJ).

Este julgado foi avaliado no artigo “Ativismo Judicial Penal e a Moldura Normativa: da obrigatoriedade das filmagens no Habeas Corpus 598.051/SP”⁴³, desenvolvido por Thiago André Silva Gonçalves e Lídia Maria Ribas.

Na ocasião, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ordenou aos agentes policiais, caso necessitem adentrar em uma casa – sem mandado judicial – para apurar a ocorrência de delito, necessitariam registrar a autorização do habitador em vídeo e áudio, como forma de validação do seu consentimento, sob pena de nulidade das provas produzidas.

Ao final, o colegiado situou o prazo de 01 (um) ano para que adviesse o aparelhamento das polícias, treinamento e demais providências necessárias para a “adaptação às diretrizes da presente decisão, de modo a, sem prejuízo do exame singular de casos futuros, evitar situações de ilicitude que possam, entre outros efeitos, implicar responsabilidade administrativa, civil e/ou penal do agente estatal” (HC nº 598.051 - SP 2020/0176244-9).

O artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Em seu voto, o ministro Rogério Schitti pontua que se a situação não indicar estado de flagrância e demais exceções constitucionais, é preciso – como afirma a primeira parte do inciso – o consentimento do morador.

⁴³ Na presente análise, procurou-se demonstrar, além da decisão ser um caso latente de ativismo judicial, o pensamento do voto do ministro Rogério Schitti que remete ao solipsismo epistemológico, desandando na “interpretação como ato de vontade”. Embora este artigo tenha abordado exclusivamente a perspectiva (positivismo normativista) kelseniana da interpretação autêntica (a partir da edição de 1960 da Teoria Pura do Direito), advertiu-se que até mesmo para positivistas inclusivistas como Herbert Hart, a questão da discricionariedade somente pode ser alegada em uma zona de penumbra, em construção a partir da linguagem jurídica. No caso, não havia qualquer zona de penumbra para a postura proativa adotada pelo ministro. Ao final, o trabalho conclui que o embora o ministro tenha se utilizado da “moldura normativa”, seu pensamento se aproximou do “realismo jurídico”. GONÇALVES, Thiago André Silva; RIBAS, Lidia Maria. *ativismo judicial penal e a moldura normativa: da obrigatoriedade das filmagens policiais no habeas corpus 598.051/SP (STJ)*. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, [S.l.], v. 26, n. 56, p. 98-122, nov. 2022. ISSN 2177-8337.

Para isso, sustentou que “ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio”, deveria as forças policiais, no prazo de 1 ano, filmar todas as operações a fim de validar os flagrantes.

Sustentou o ministro que as decisões do Poder Judiciário, principalmente dos Tribunais “incumbidos de interpretar, em última instância, as leis federais e a Constituição – servem para dar resposta ao pedido no caso concreto e para “enriquecer o estoque das regras jurídicas”.

Neste trecho e ao impor a obrigação de filmagem para validação de autos de prisão em flagrante, o ministro alcançou um “salto hermenêutico”, para atribuir sua visão (solipsismo) do que é mais correto em termos de política criminal para a segurança pública.

Thiago André Silva Gonçalves e Lídia Ribas (2023, p. 109) advertem que:

Percebe-se que o próprio ministro, diante dos recursos disponíveis na legislação e na tradição da jurisprudência do STF, concordou que, embora inexista uma formalidade exclusiva sobre a forma de colher o consentimento do morador, há um regulamento prévio - ainda que no viés do recurso analógico - no Supremo Tribunal Federal e no próprio Código de Processo Penal. Isso porque, o fato de a Constituição não elencar o modo como esse consentimento deve ser realizado, não autoriza, por si só, o intérprete a impor a maneira que julga/acredita ser mais válida. Ademais, a interpretação “mais correta” deve advir da Constituição Federal e/ou do Código de Processo Penal, os quais não preveem, como requisito para validade da entrada em domicílio, qualquer tipo de filmagem ou gravação. Por outro lado, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia estabelecido parâmetros para a situação acima descrita. Nesse passo, por meio do Tema nº 223, a corte indicou que as fundamentações devem ser realizadas a posteriori, demonstrando a autoridade policial que o flagrante era evidente e/ou que houve consentimento, devidamente formalizado, para o ingresso no domicílio

O STJ, no caso em questão, não compreendeu a direção dos horizontes em uma construção intersubjetiva da tradição, onde o próprio STF, no Tema nº 280 de Repercussão Geral já havia fixado o seguinte posicionamento: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”.

Não é preciso muitos esforços para estabelecer que essa justificativa não é feita por vídeo, mesmo porque, ela é feita a *posteriori*. Embora a legítima preocupação do ministro Rogério Schitti com eventuais abusos policiais e a manutenção do Estado de Direito, não pode, enquanto magistrado, impor sua visão, transpassando a jurisprudência e a legislação, do que entende ser viável ao caso.

Nota-se, assim, que o STF, contrariando a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição, desrespeita as seguintes normas constitucionais:

- (i) na justificativa de ausência de norma, regulamentou o artigo 5º da Constituição Federal, em clara afronta ao Congresso Nacional (art. 22, inciso I 14 e art. 48) e porque não dizer, ao próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102);
- (ii) invadiu a organização político-administrativa dos entes federativos, em especial dos Estados (art. 18) e
- (iii) buscou conferir ao habeas corpus (art. 5º, inciso LXVIII) o efeito das ações do processo constitucional objetivo, em especial ADI e ADPF.

Verifica-se, portanto, que o ministro, no modo de agir proativo, desrespeitou todos os limites legais, para impor ao caso sua visão do que acredita ser mais vantajoso em termos de controle de abusos policiais e segurança pública.

4.3.2. Criminalização da homofobia e da transfobia (ADO 26 e MI 4733)

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, o Plenário do STF entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia.

Para a maioria da Corte houve mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros (LGBT).

Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989), até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. Nesse ponto, os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli foram vencidos, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo.

Por fim, o ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora.

Este julgado pode ser analisado por vários prismas do Direito. Para se ter uma ideia de sua extensão, o inteiro teor do acórdão contém 566 páginas. Entretanto, para os fins que se almeja nesta dissertação, a questão a ser enfrentada recai em identificar se houve ativismo ou judicialização de uma demanda criminal.

Para avaliar quais destes fenômenos ocorreram, foi necessário traçar uma espécie de “percurso metodológico”, em face das inúmeras questões que foram tratadas. Optou-se por

adotar o voto do ministro Gilmar Mendes como pontapé inicial desta avaliação, já que o referido ministro tratou do ativismo em tópico específico, embora outros membros da Suprema Corte também façam menção, como foi o caso do ministro Luiz Fux.

Porém, a partir da distinção trabalhada nos outros capítulos, os conceitos de ativismo e/ou judicialização não são verificáveis por meio de uma simples subsunção, mas na construção do paradigma pós-metafísico da intersubjetividade.

Aliás, a própria crítica hermenêutica do direito questiona a ideia de subsunção, pois em tempos de pós-positivismo, não se pode tolerar a aplicação “mecânica da lei, como um pensamento no qual o sistema é fechado e imóvel ou, ainda, como um método que se sustenta em uma identidade conceitual entre o conceito fático e o conceito normativo, e assim por diante” (STRECK, 2011, p. 282).

Aponta-se estas questões, a fim de não transparecer a falsa ideia de que o voto do ministro Gilmar Mendes será avaliado única e exclusivamente por fazer alusão ao “ativismo”.

Não há ativismo só *per si*. Entretanto, para sustentar se a decisão do STF incorreu em ativismo ou judicialização, o ministro utiliza outras fundamentações e é sobre elas que a análise pretende recair.

Deste modo, embora esta pesquisa não tenha como temática a dogmática penal, é preciso dizer que em face do condão constitucional conferido ao princípio da legalidade criminal (e outros assuntos relacionados), é impossível não adentrar em alguns temas conexos as pré-compreensões tradicionalmente abordadas no direito penal.

Isto não significa aderir a uma espécie de “especialização” do direito, já que a hermenêutica filosófica não pode ser “regionalizada”, “consequentemente, não há modos diferentes de interpretar, por exemplo, o direito penal, o direito civil, o direito constitucional, o cotidiano, a mídia etc. Esse é o caráter de universalização da hermenêutica” (STRECK, 2011, p.487). Em continuidade, será avaliado trechos do voto do ministro-relator Celso de Mello, pois a tese por ele encapada, foi acolhida pela maioria dos ministros.

Embora outros membros do STF tenham enfrentado outros argumentos favoráveis a tese de Celso de Mello, é preciso delimitar o tema, sob pena de estender-se demasiadamente este tópico.

Em análise ao voto do ministro Gilmar Mendes (STF, 2019, p. 01-33), constatou-se que a estrutura de sua fundamentação foi dividida em seis tópicos. Porém, estes seis tópicos podem ser basicamente reduzidos a três, já que em todos eles há uma relação direta, como por exemplo, a tese de mandamento de criminalização e o princípio da proteção deficiente.

O ministro separa estes temas, mas é possível analisá-los de forma direta, em face da conexão temática, conforme se verá abaixo.

Em síntese, nos itens “i” e “ii”, o ministro apresenta seus fundamentos, para no item “iii” concluir que o caso não é ativismo:

(i) relevância da omissão inconstitucional impugnada e caracterização da mora legislativa apta a ensejar o controle abstrato da omissão constitucional: de acordo com o ministro, há um dever jurídico de legislar sobre o tema, já que as “normas constitucionais que expressamente determinam ao Parlamento a punição de atos de discriminação, de acordo com a imposição legiferante contida no art. 5º, XLI e XLII, da Carta Maior” (MENDES, 2019, p. 20);

(ii) a proteção insuficiente do direito das minorias LGBT ante o descumprimento de mandados de criminalização e do mandado constitucional de criminalização de toda e qualquer forma de discriminação: para o ministro, a Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas disposições é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista bens e valores envolvidos e caso o Estado deixasse de agir, haveria uma afronta a princípio da proteção deficiente ou insuficiente (MENDES, 2019, p. 24) e

(iii) atuação concretizadora da jurisdição constitucional em face da lacuna normativa impugnada e sobre ativismo e concretização de direitos fundamentais; por fim, o ministro sustenta em reconhecer a criminalização da homofobia e de transfobia, não seria um caso de ativismo, já que “trata-se de uma postura ativa (mas não ativista) no sentido da consagração de direitos fundamentais de minorias em um cenário de violação sistêmico” (MENDES, 2019, p. 30).

Já no extenso (155 páginas) voto do ministro relator, julga-se importante avaliar os fundamentos abordadas no item “12.2”, ocasião em que é tratado o enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante a técnica da interpretação conforme à Constituição, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89.

O acórdão foi assim confeccionado:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na

hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

De início, já é possível tecer a seguinte crítica ao voto do ministro Gilmar Mendes: em nenhum momento o “princípio da legalidade” sequer é mencionado. De certa forma, esta simples constatação, já oferece o norte da avaliação interpretativa feita por ele.

Em resumo, a avaliação a ser concretizada nesta pesquisa pode assim ser sintetizada:

- (a) pretende-se enfrentar conjuntamente os argumentos levantados pelo ministro Gilmar Mendes nos itens “i” e “ii”;
- (b) na sequência abordar o tópico destacado no voto de Celso de Mello e ao final,
- (c) confrontar tudo que fora dito com a definição de ativismo trabalhado no julgamento da ADO 26 e do Mandado de Injunção 4733.

Traçado este “percurso metodológico”, passa-se às análises.

4.3.2.1 Mora legislativa, mandamentos de criminalização e proteção insuficiente

O primeiro ponto a ser respondido, para fins de caracterização do cabimento das ações constitucionais em questão é: há inércia legislativa em tratar destas questões?

Segundo o parecer da advocacia-geral do Senado Federal (SENADO FEDERAL, 2014, p. 14), à época existia aproximadamente 17 projetos tramitando no Congresso Nacional, que tratavam sobre a temática.

Já a Câmara dos Deputados (OFÍCIO N. 1834/2014), em informações prestadas ao Supremo Tribunal Federal, alegou que já havia aprovado o Projeto de Lei n. 5003/2001, denominado de “PL da Homofobia”, enviado em seguida para análise do Senado Federal. Desta forma, ao que parece, não havia uma omissão por parte do Poder Legislativo.

Em todo caso, para avaliar esta omissão com o rigor que se exige, a apreciação demandaria verificar – e espera-se que a Suprema Corte tenha feito esta tarefa – detalhadamente os seguintes pontos: (i) quais eram os projetos em pauta, (ii) o tempo de tramitação de cada um deles, (iii) as questões regimentais das casas legislativas e, (iv) além de compreender toda a dinâmica da atividade política.

Percorrido nesta verificação, esta pesquisa se estenderia sobremaneira. Contudo, ainda que se reconheça a mora, o assunto não encerra. Senão, explica-se.

Há tempos cresceu a produção dogmática no Brasil sobre a chamada teoria dos mandamentos de criminalização, onde se advoga a tese de que em certos dispositivos constitucionais há um dever de agir do Estado, por meio da tutela penal⁴⁴.

Esta ideia parece ser combatível com a leitura da Constituição, já que em inúmeros dispositivos há uma reserva constitucional para o Direito Penal, a fim de que se possa tutelar certas ações ou omissões.

A Constituição brasileira abarca uma pluralidade de valores⁴⁵ que compõem a essência de um Estado verdadeiramente democrático. Entretanto, essa pluralidade de valores requer uma

⁴⁴ A ideia dos mandamentos de criminalização, enquanto categoria dogmática, tem seu nascedouro na Alemanha, porém a inserção de obrigações constitucionais de criminalização faz parte de um longo processo histórico (pós Segunda Guerra Mundial) ocasião em que inúmeras Constituições passaram a inserir dispositivos relacionados ao direito penal na norma constitucional. O tema é amplamente estudado em inúmeros países, principalmente Alemanha, Espanha, Itália e Portugal. Neste sentido, um dos trabalhos precursores sobre o tema no Brasil, foi o famoso livro de Luciano Feldens. Conferir em: FELDENS, Luciano. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Neste ponto, destaca-se também o primoroso trabalho desenvolvido por Ingo Sarlet, antes mesmo do trabalho monográfico de Luciano Feldens: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição excessiva e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. a. 12. v. 47, mar-abr 2004. Outros três importantes trabalhos, que podem ser consultados pelo leitor, sendo dois deles de origem portuguesa e o outro de origem italiana: CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995; CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição do crime**: da substancial constitucionalidade do Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998 e PALLAZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

⁴⁵ Toda temática dogmática penal e constitucional que permeia as “categorias” que serão estudadas neste tópico, já foram trabalhadas em trabalho monográfico para o programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul: Neste sentido, verificar: GONÇALVES, T. A. S. **Constituição da República Federativa do Brasil, direito penal, direitos fundamentais e harmonia de paradigmas**: análise da

análise apurada das medidas que compõem o agir estatal. Suspeita-se que um âmbito de difícil identificação para se relacionar as diversas possibilidades constitucionais possíveis é justamente a tutela penal.

Em uma rápida passagem pela Constituição Federal, é facilmente detectável (embora parte dos penalistas renegue esta condição de possibilidade, ora se apegando há um direito penal genuinamente liberal, ora advogando teses de expansão desmedida do poder punitivo) que apesar de não se optar por um modelo de política criminal específico, há consensos que devem ser perseguidos. Mas a questão não é tão simples quanto parece, pois encontrar o caminho em uma diversidade axiológica referente ao “direito penal constitucional” não é tarefa fácil.

Justamente pela complexidade da questão, cabe ao Poder Legislativo delimitar a política criminal de um Estado. É possível afirmar, assim como em outros campos, que o direito penal da Constituição de 1988 abraça diversas visões de mundo, sem se filiar diretamente a nenhuma delas.

Cita-se como exemplo, que na Constituição é possível verificar um sistema penal que abarca uma visão de expansão do direito penal, exigindo a criação da “Lei dos Crimes Hediondos” (art. 5, inciso XLIII) e, ao mesmo tempo, uma redução do poder punitivo por meio da Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 98, inciso I), que elenque crimes de menor potencial ofensivo. O trecho da canção de Raul Seixas (Gitã), se aplica ao caso, já que nesse mundo de mixagens valorativas, a “Constituição Penal” é “(...) a luz que se apaga (...) o tudo e o nada”. Todo este universo está na normatividade traçada pelo poder constituinte originário, que em muitos momentos são até antagônicos.

Uma problemática que se insere no controle da omissão legislativa no âmbito penal, tema, aliás, pouco enfrentado pela doutrina brasileira, refere-se aos instrumentos jurídicos deste controle.

No Brasil encontra-se aparentemente dois mecanismos jurídicos que poderiam ser utilizados no controle da omissão penal legislativa, sendo eles, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Porém, nos dois instrumentos há uma dificuldade latente. É totalmente questionável se o MI, a luz do art. 5, LXXI, poderia examinar a omissão legislativa penal, pois seu campo de alcance é a nacionalidade, soberania e cidadania.

Por outro lado, mesmo que entendesse que o MI tem essa capacidade, os efeitos dessa decisão judicial poderiam contrariar a legalidade penal? Na mesma linha reside o problema da

tutela penal por meio da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) e proibição deficiente (*Untermaßverbot*). Trabalho de conclusão para obtenção do título de pós-graduando em Direitos Humanos. UEMS. 2015.

inconstitucionalidade por omissão, pois o Supremo não poderia, mesmo que com boas intenções políticas, furtar a função legislativa, criando um tipo penal através de um acórdão.

Aprofunda-se estes questionamentos, relacionando com as obrigações constitucionais de criminalização.

Para os legitimados da ADO 26, os mandamentos de criminalização para a homofobia e transfobia estão especialmente no artigo 3, inciso IV⁴⁶ e no artigo 5, inciso XLI⁴⁷ da Constituição Federal. A resposta às duas perguntas feitas acima, deve ser compreendida na relação que há entre mandamentos de criminalização e seu direcionamento para o Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, tratando da vinculação ao Poder Judiciário, em uma análise mais restrita da ideia de mandamentos de criminalização, é possível verificar que a interpretação pretendida pelos legitimados não está acolhida pela Constituição, pois o princípio da legalidade é um impedido neste assunto.

Ademais, a tese dos mandamentos de criminalização, para fins de reconhecimento da mora legislativa, deve estar expressa, já que a própria norma constitucional se utiliza da palavra “crime” para criar estas obrigações (ao legislador), como nos casos de racismo, tráfico, terrorismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático⁴⁸.

Nota-se que até mesmo no campo dos direitos trabalhistas, a Constituição utilizou os mandamentos de criminalização, no artigo 7, inciso X, ao afirmar que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, proteção do salário na forma da lei, “constituindo crime sua retenção dolosa”.

A norma constitucional que estabelece que a lei “punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, se utilizada de forma hiperbólica, pode ser razão para criminalizar qualquer conduta. Ademais, a palavra “punir” não está necessariamente

⁴⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

⁴⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes XLII - a prática do racismo constitui **crime** inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará **crimes** inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (Regulamento) XLIV - constitui **crime** inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

ligada a tipificação penal, já que há outros mecanismos de responsabilidade, que também geram punição.

Malgrado os problemas de se controlar as omissões legislativas em matéria penal (este ponto será novamente abordado ao tratar-se da proteção deficiente), seria até possível utilizar a tese das obrigações constitucionais de criminalização, desde que elas estivessem expressas.

De todo modo, ainda que se adotasse uma ideia alargada de mandamentos de criminalização (obrigações implícitas), este raciocínio, quando utilizado no âmbito do processo constitucional ou até mesmo em qualquer processo judicial, encontra limite no princípio da legalidade penal, também expresso no artigo 5, inciso XXXIX, pois “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Não pode o Poder Judiciário invadir a esfera de atuação do Poder Legislativo, para obrigar a criminalização de certas condutas que sequer estão alcançadas pelo texto normativo da Constituição Federal. E ainda que estivessem, não há como superar a tradição do princípio da legalidade, já que este entendimento também está expresso na Constituição. Ela é o limite para atuação do Poder Judiciário.

Neste sentido, Rafael Thomaz de Oliveira (2008, p. 238) explica que os princípios funcionam como uma possibilidade latente, onde “(...) um compromisso com decisões passadas que deverão ser retomados nas decisões presentes e, enquanto não houver uma interrupção, continuarão a ser cumpridos”. Não há como manter a configuração do Estado de Direito, se for permitido ao julgador criar tipos penais.

A legitimidade constitucional para criar leis em matéria penal está devidamente demarcada na Constituição, sendo pertencente ao Poder Legislativo, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

É preciso compreender que há “direção dos horizontes” que se pretende extrair da tese dos “mandamentos de criminalização”, encontra guarida na construção intersubjetiva da tradição do princípio da legalidade em matéria penal. Lenio Streck (2011, p. 292) explicita que:

O intérprete não “domina” a tradição. Os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de sua vontade, por mais que assim queiram os adeptos do (metafísico) esquema sujeito-objeto. O processo unitário da compreensão, pelo qual interpretar é aplicar (*applicatio*) – que desmitifica a tese de que primeiro conheço, depois interpreto e só então eu aplico –, transforma-se em uma espécie de blindagem contra as opiniões arbitrárias.

Andrei Schmidt (2001, p. 141) explica que o princípio da legalidade, desde a sua origem, sempre “foi uma garantia de *previsibilidade de condução de vida*, já que as regras de

conduta estipuladas formalmente num ordenamento jurídico fornecem aos indivíduos a opção de licitude de suas atuações no meio social”

Ultrapassar esses limites, mesmo que com causas nobres, pode inverter a lógica do Estado de Direito, da separação de poderes, conferindo ao Poder Judiciário um poder praticamente absoluto.

Em todo caso, até mesmo se a Constituição – coisa que ela não fez – cunhasse a obrigatoriedade para a criminalização da transfobia ou homofobia, o Poder Judiciário não pode, por meio de decisão judicial, criar tipos penais.

Deste modo, entende-se que a ideia de mandamentos de criminalização no presente caso, foi mal utilizada, já que não se pode adotar a ideia de controle de omissões legislativas na seara penal, da mesma forma que em outras áreas, justamente em face da legalidade penal.

Por este motivo, a construção que inúmeros ministros realizaram sobre o avanço da jurisprudência do STF na matéria de mandado de injunção no direito de greve é indevida por vários motivos.

Destaca-se dois deles: (i) primeiro, trata-se de espaços constitucionais distintos; (ii) em segundo, o direito de greve está expressamente reconhecido na Constituição Federal.

É crível fazer um esclarecimento, para evitar incompreensões. Evidentemente, no âmbito do debate político (a nível legislativo), os artigos 3, inciso IV e 5, inciso XLI da Constituição Federal, podem ser utilizados para sustentar a necessidade de aprovação de determinada lei penal.

A ideia dos mandamentos de criminalização é designar, além dos bens historicamente protegidos pelo Estado brasileiro (v.g. a vida) uma vinculação mínima para Poder Legislativo.

Entretanto, isto não significa que o espectro da tutela penal não poderá ser ampliado.

Raciocínio contrário levaria ao entendimento de que somente nos casos em que fosse encontrado a palavra “crime” na ordem constitucional, poderia o legislador criminalizar tal conduta.

Encarar a Constituição com fonte valorativa (talvez a principal) do direito penal significa dizer que a lei maior desempenha um papel (exclusivo) fundamental na escolha dos bens jurídicos tutelados pelo legislador penal.

Porém, isto não significa afirmar que a Constituição é um parâmetro fechado de escolha dos bens jurídicos ou que não poderiam existir outros bens jurídicos que não estejam explicitamente consagrados constitucionalmente, mas mereçam tutela penal.

Como já explicitado acima, no âmbito da política, se a Constituição for vista como uma fonte valorativa “fechada”, haveria a retirada da dinamicidade e a facticidade (da vida).

Mas isto não significa que caiba ao Poder Judiciário criar tipos penais. Conforme dito, mesmo que se defenda a existência de mandamentos de criminalização implícitos, o judiciário encontra um limite praticamente intransponível (este assunto será novamente abordado abaixo) na legalidade.

Em outras palavras, cabe ao legislador decidir a questão e não o juiz. E neste sentido, os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli sustentaram que havia omissão, mas a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo.

Por fim, não apenas o ministro Gilmar Mendes, mas grande parte dos ministros utilizaram o argumento do princípio da proteção deficiente ou insuficiente.

Não se pretende elencar todo o contexto histórico que envolve o desenvolvimento dogmático da proteção deficiente. Para o recorte deste tópico, deve-se entender que o princípio da proteção deficiente se manifesta quando o Estado deixa de fazer além do que é constitucionalmente adequado, em termos de tutela penal.

A proteção deficiente relaciona-se umbilicalmente com a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (FELDENS, 2008, p. 91), pois exige um *agir* prestacional do Estado em matéria penal, funcionando o princípio da proporcionalidade como mecanismo de controle de constitucionalidade de determinadas normas penais que não respeitam os limites traçados para a devida proteção penal.

A proteção deficiente está ligada diretamente à omissão do Estado face a uma ação positiva que encontra respaldo na Constituição. Desta forma, se há um mandamento de criminalização na Constituição, deve o Estado, enquanto guardião da ordem, efetivar tais medidas, sob pena de estar agindo de forma deficiente (SARLET, 2008, p. 54).

Como o legislador encontra uma ordem pré-constituída e sua conformação já é estabelecida, cabe a ele efetivar tais medidas. Caso isto não ocorra, a jurisdição constitucional entra em cena.

Contudo, o princípio da proteção de deficiente só entraria como vetor de compreensão do caso da homofobia e da transfobia em duas hipóteses: (i) mandamento de criminalização expresso na Constituição, e conforme visto, acima, não é o caso; ou, (ii) diante da absoluta e flagrante ineficiência do Estado em tutelar determinando os bens jurídicos relacionados a estes grupos sociais.

Como o primeiro item já foi tratado, detém-se a reflexão no segundo item.

Obviamente – como já foi dito no decorrer deste tópico – que a Constituição não revela exatamente um catálogo “líquido e certo” de ordenação dos valores, contudo, transmitem

patamares mais ou menos avaliáveis diante do caso concreto, como, por exemplo, a vida. Em outros termos, não há um impeditivo de que a homofobia e transfobia fossem criminalizadas.

Ocorre que a ligação entre as obrigações constitucionais de criminalização e o princípio da proteção deficiente, somente podem ser invocados, e assim, serão passíveis de controle de constitucionalidade, quando há omissão flagrantemente inconstitucional.

Veja-se que no caso da homofobia e transfobia, embora fosse mais admissível que o Estado criasse mecanismos legislativos para abarcar estes grupos sociais, não se pode dizer que eles estavam insuficientemente desprotegidos.

Os crimes de homicídio, lesão corporal, constrangimento ilegal, dignidade sexual, delitos contra a honra e tantos outros, continuam em pleno vigor.

Deste modo, não cabe no caso a aplicação do princípio da proteção deficiente.

Ademais, a própria estrutura normativa do Código Penal, permite que a questão da homofobia ou transfobia pudesse ser levada em conta pelo julgador, mediante a devida fundamentação, consagrando-se assim, a devida individualização da pena (art. 5, inciso XLVI).

Note-se, por exemplo, que o artigo 59 do Código Penal, malgrado as disparidades que há em certas circunstâncias judiciais (v.g. personalidade do agente), seria perfeitamente possível que o magistrado valorasse (visando a reprovação e prevenção do crime) negativamente a culpabilidade (reprovabilidade da ação) do criminoso, por ofender a integridade física de outro indivíduo, em razão da sua escolha sexual.

O aumento da pena-base a luz das circunstâncias judiciais desfavoráveis ocorre justamente quando a situação concreta a ser julgada extrapola os elementos inerentes ao próprio tipo penal.

De certo modo, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal trazem para aplicação da pena, exatamente a questão da facticidade, ou seja, é o resgate do mundo prático, tão renegado pelo positivismo jurídico. Neste sentido:

Em outras palavras, o texto não existe em uma espécie de “textitude” metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da facticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar). Aqui, a importância da diferença ontológica entre texto e norma, que é, pois, a enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual o significado pode se dar), que exatamente representa a ruptura dos paradigmas objetivista-aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência). Trata-se, enfim, da superação dos dualismos que caracterizam o pensamento metafísico (STRECK, 2011, p. 219).

É evidente que o criminoso que ofende a integridade física de outra pessoa, em razão de sua orientação sexual, terá uma reprovação maior, do que o criminoso que simplesmente

lesionou o outro em razão de uma briga de trânsito. Neste caso e na medida do caso concreto⁴⁹, respeitando a formatação constitucional, a justificação do artigo 3, inciso IV, da Constituição Federal faria sentido, ou seja, a resposta correta adequada à Constituição.

Em todas estas situações, a formatação constitucional do princípio da legalidade estaria preservada. Somando a estas questões, destaca-se também que há inúmeras circunstâncias agravantes (motivo fútil, motivo torpe etc.) que também poderiam ser compreendidas nas situações de homofobia e transfobia. Tanto é assim, que o próprio Supremo citou o motivo torpe no acórdão para os casos de homicídio motivado por homofobia ou transfobia.

O que se busca sustentar é que o princípio da proteção deficiente deve ser compreendido em situações em que não existam ou caso haja, não sejam completamente suficientes para proteger o cidadão. Daí decorre o equívoco de parte da doutrina em dizer que proporcionalidade é sinônimo de proibição de excesso.

Virgílio Afonso da Silva (1998, p. 04-05) bem explica que:

Outra questão terminológica a ser resolvida refere-se ao uso do conceito de proibição de excesso, visto que muitos autores tratam da regra da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso. Ainda que, inicialmente, ambos conceitos estivessem imprescindivelmente ligados, principalmente na construção do Tribunal Constitucional alemão, há razões para que esta seja abandonada. Conquanto ainda que a regra da proporcionalidade seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra o excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a utilização para finalidade oposta, isto é, instrumento contra omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes falava-se apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido como proibição de insuficiência. O debate sobre aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra na fase embrionária, mas simples possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o uso do sinônimo de regra da proporcionalidade e proibição de excesso.

Sarlet (2008, p. 54) informa que o incremento teórico da proteção deficiente foi desenvolvido especialmente por Carnaris e Isensee, onde o Tribunal Constitucional alemão, em razão da segunda decisão sobre o aborto (BverfGE 254), decidiu que o legislador, ao concretizar um dever de proteção pela Constituição, encontra-se umbilicalmente vinculado à proteção de insuficiência.

Na decisão do Aborto II, de 28/05/1993, o TCF alemão fixou que não pode haver uma proteção deficiente (*Untermassverbot*): “(...) caso não se pretenda violar a proibição deficiente,

⁴⁹ “Isso significa que não basta dizer que o direito é concretude e que “cada caso é um caso”, como é comum na linguagem dos juristas. Afinal, é evidente que o direito é concretude e que é feito para resolver casos particulares. O que não é evidente é o processo interpretativo ser *applicatio*, que o direito ser parte integrante do próprio caso e que uma questão de fato é sempre uma questão de direito e vice-versa. Hermenêutica não é filologia” (STRECK, 2011, p. 278)

a configuração da tutela por parte do ordenamento jurídico deve corresponder às **exigências mínimas**” (FELDENS, 2008, p. 91).

Imagina-se o caso em que o legislador cunhasse uma norma penal pronunciando que “não se considera crime ofender a integridade física de uma pessoa em razão de uma opção sexual”. É evidente que, neste caso hipotético, o princípio da proteção deficiente estaria frontalmente caracterizado.

Neste caso, o STF deveria declarar a inconstitucionalidade da norma penal, aplicando a “norma não excludente” (norma geral) para as pessoas que foram excluídas, já que estão insuficientemente desprotegidas.

Outro exemplo elucidava ainda mais a questão. Pensa-se na hipótese do legislador revogar todos os crimes contra a dignidade sexual. O caso também permitiria o controle de constitucionalidade, com o efeito repristinatório das normas revogadas (afinal, as normas que a revogaram foram declaradas inconstitucionais), já que a população estaria desprotegida de criminosos que praticassem delitos desta natureza.

Maria Luiza Streck (2009, p. 87), sobre o uso da dupla face da proporcionalidade, pontua que o uso acertado da proporcionalidade deve ter como desígnio realocar a inteireza eventualmente infringida pela legislação ou pela decisão “e, ressalta-se: ou a violação se dá porque a lei (ou a decisão) foi além, ou porque ficou aquém da Constituição. Ora, se isso é correto, toda proporcionalidade ou será pela via da proibição de excesso, ou pela proibição de proteção deficiente”

Em outros termos, embora fosse recomendável – e aqui caberia ao legislador decidir este fator – a criminalização das condutas de homofobia ou transfobia, não se pode dizer que a legislação posta viola os direitos fundamentais destes grupos, pois o que está posto, não está aquém da Constituição. Pode não ser a melhor forma, mas não cabe ao judiciário intervir nesta questão.

Luciano Feldens (2005, p. 194-195), ao tratar sobre a questão do juízo da readequação típica da conduta à norma penal, explica que a aplicação da proporcionalidade (seja ela na visão da proibição de excesso ou na proteção insuficiente), não se pode fazer sem critérios, já que não é possível fazê-la mediante uma constatação “eminentemente empírica sobre a desproporcionalidade de uma determinada medida, que nada mais seria do que uma concepção subjetiva de proporcionalidade ostentada pelo julgador”.

Neste ponto, conclui, afirmando que:

Reitere-se: apesar de não ser absoluta, a regra é, e seguirá sendo, a liberdade de configuração do legislador. Para contrarrestá-la, devemos encontrar pontos de apoio seguros. Não poderá o juiz, simplesmente, suplantando o legislador, limitando-se a dizer que tal ou qual situação é ofensiva ao princípio da proporcionalidade porquanto assim lhe parece. **Decisão nesse sentido, sobre irreverente, seria nula, não faltando razões a um tal reconhecimento (v.g., negativa de vigência à lei federal, ausência de fundamentação adequada, violação ao princípio da separação dos poderes), certo de que a legitimidade da atuação do Poder Judiciário advém da adequada fundamentação de suas decisões** (FELDENS, 2005, p. 195). (Grifos nosso)

Aqui é importante trazer as contribuições de Francesco C. Pallazo para a contenda. Em “Valores Constitucionais e Direito Penal”, o jurista italiano (1989, p. 107-115) realiza estudo comparativo sobre o controle das omissões penais, à luz da doutrina italiana, espanhola e alemã.

Francesco Pallazo (1989, p. 107) rememora a distinção trabalhada na doutrina italiana, entre omissões legislativas absolutas e relativas. Esta distinção serve de contribuição para o debate que está se propondo. As omissões absolutas ocorrem quando há total ausência da tutela penal (PALLAZO, 1989, p. 107). Conforme visto acima, o caso julgado pelo Supremo não havia uma omissão, ausência total de tutela penal, em face dos inúmeros tipos penais previstos na legislação brasileira.

Porém, Pallazo (1989, p. 108) também formata a ideia de “hipóteses de omissão relativas”, ocasião em que a questão coincidirá com “as normas que, disciplinando a matéria, se revelem insuficientemente tutelativas da mesma e tal propósito se pode singularizar uma alternativa fundamental de soluções”. Para estes casos, Pallazo (1989, p. 108) vislumbra duas situações.

Em primeiro lugar, o autor sustenta que em uma hipótese em abstrato, para a eliminação pura e simples da norma, levando-se em “conta a insuficiente tutela apresentada (seja esta última avaliada em relação direta com parâmetros constitucionais ou, indiretamente, por meio da referência – em termos de “razoabilidade” à disciplina ordinária de outras matérias penais)” (PALLAZO, 1989, p. 108).

Apesar disso, o autor deixa claro que na área penal “não pareça possível colmar a consequente lacuna com a aprovação de qualquer uma norma de tutela existente e extensiva, sem o recurso da analogia”, porém, ele mesmo aceita que pode-se acolher – de outra parte – “que a manifestação ablatória da Corte não constitui obstáculo, na falta de disposições que dessa manifestação possam ocorrer, derivações para a matéria, cabendo à sabedoria do legislador eliminar o “vazio” do modo mais cuidadoso e oportuno” (PALLAZO, 1989, p. 108).

A segunda situação – assemelhar-se ao caso em discussão – ocorre quando a Corte, “fazendo certa a existência de normas disciplinadoras da mesma matéria, conclua no sentido de realizar uma maior tutela do bem jurídico” (PALLAZO, 1989, p. 108).

Nesta situação, diante de uma “insuficiência estrutural de tutela, se a estrutura do tipo for tal que permita ‘cobrir’ uma área de comportamento mais restrita ou de qualquer maneira, não correspondentemente às exigências da tutela, simplesmente por insuficiente ‘sancionatória’ ou porque evidente a improbidade da sanção aplicada” (PALLAZO, 1989, p. 108).

Compreende-se que até mesmo nesta hipótese categorizada por Pallazo, o ônus argumentativo da Suprema Corte seria ainda maior, pois não bastaria – ainda que se discorde – alargar o conceito de raça, para que dentro deste significado “coubesse” a questão de opções sexuais.

Deveria o STF demonstrar que o sistema vigente está em clara violação, onde as leis existentes demonstraram-se insuficientes (estruturalmente) para proteger estas pessoas. Para isso seria necessário realizar uma análise comparativa entre as condutas previstas na Lei nº 7.716/1989 e outras condutas semelhantes no ordenamento jurídico, e verificar quais seriam as violações estruturais, deixando grupos de pessoas insuficientemente desprotegidas.

Embora boa parte dos ministros elenquem dados da segurança pública, a apresentação destas informações é meramente retórica, já que as citações ocorrem sem a devida contextualização, funcionando apenas como álibi argumentativo ilustrativo, para corroborar aquilo que já estava decidido.

Ademais, a questão mencionada da analogia, esbarraria novamente na legalidade, já que o caso configuraria *analogia in mallem parten*.

Nesta linha de raciocínio, o próprio Pallazo (1989, p. 109) adverte em várias passagens da sua obra, que essa possibilidade expansiva da punibilidade “encontra o limite preliminar da eventual irrelevância de uma questão, cujo efeitos desfavoráveis, sobretudo o bem mais consistente limite derivado do princípio da legalidade”.

Com base na realidade da Corte Constitucional Italiana, Pallazo (1989, p. 109-110) esclarece que o efeito aditivo da sentença e sua substituição à legislação penal, faz com que tais sentenças sejam incompatíveis com a legalidade, mas para além disso, a “Corte Italiana parece decisivamente ser orientada no sentido de refutar postulações capazes de produzir tal efeito “expansivo”, ainda que mediante uma simples exploração da dinâmica das relações entre as normas”

4.3.2.2 Interpretação conforme a Constituição e a expansão do conceito de raça

De todos os tópicos do voto do ministro Celso de Mello, o capítulo referente à interpretação conforme à Constituição, é o que o eminente ministro despence “maiores esforços” argumentativos, diga-se de passagem, de forma ímpar.

Em linhas gerais, Celso de Mello defende a tese, capitaneada por outros autores, de que o termo “racismo” deve ser interpretado conforme à Constituição, já que há um “conceito ontológico-constitucional de racismo”.

Para percorrer esta linha argumentativa, o ministro define a prática do racismo como “(...) a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas” (MELLO, 2019, p. 80).

Para extrair esse significado, Celso de Mello recorre ao conteúdo material dos estatutos internacionais que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Declaração de Durban e Programa de Ação (2001), afirmando que a comunidade internacional elegeu o termo racismo como expressão que designa, “sob o mesmo signo, todas as formas de discriminação e de intolerância que, representando a negação da igualdade e da dignidade que qualificam os seres humanos, fomentam o ódio e a divisão entre grupos sociais” (MELLO, 2019, p. 92).

De início, já é possível dizer, que embora todo o esforço argumentativo do ministro, ao utilizar todos estes documentos como parâmetro para ampliação do conceito penal de racismo, o ministro acaba por contrariar seu próprio entendimento, expresso no Recurso Ordinário 121.835, no qual entendeu que o tipo penal sobre “organização criminosa (à época inexistente no Brasil)” não poderia ser definido pela Convenção de Palermo, para efeitos de criminalização de atos praticados no Brasil.

O acórdão foi assim redigido:

Em matéria penal, **prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal**, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumam-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF). – **As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta**

legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais. (Grifos no original)

De toda forma, com base neste quadro normativo referenciado, o ministro entendeu que:

(...) o método da interpretação conforme, no que se refere ao conceito de “raça”, para os fins a que se refere a Lei nº 7.716/89, considerada, para tanto, a constelação axiológica que qualifica a própria declaração de direitos proclamada pela Lei Fundamental da República. A constatação da existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de “raça” permite reconhecer que se mostra plenamente adequado o emprego, na espécie, tal como preconizado pela douta Procuradoria-Geral da República, da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição, na linha da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (...) Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal (item n. 7). O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o **denominado racismo social**. (MELLO, 2019, p. 115). (Grifos nosso).

A grande questão que se coloca, pode ser assim resumida: o conceito de raça utilizado pelo constituinte originário, engloba o conceito de “discriminação por orientação sexual”?

Embora toda construção do ministro Celso de Mello, este conceito de “raça” por ele pretendida não está sedimentado na Constituição. Não se desconhece que a terminologia raça pode sofrer mutações, com base em novos estudos que se forma. Ocorre que, ao transplantar de outras ciências, conceito que está em constante evolução, a taxatividade penal é frontalmente atingida.

O artigo 3, inciso IV, diz que não haverá preconceito, de “raça” e “sexo”. A Constituição menciona a palavra “racismo” em duas ocasiões (art. 4, inciso VIII e art. 5, inciso XLII) e em nenhuma delas, embora todo o esforço do ministro, o conceito de “racismo social” está presente, ainda mais, para compreender a homofobia/transfobia.

Não se discorda que a legislação precisa se adequar à evolução deste conceito, porém, cabe ao legislador definir seus contornos. A interpretação conforme não permite que o legislador atue como “legislador positivo”. Neste ponto, há de se concordar com Luís Roberto Barroso (2013, p. 167), que ao comentar sobre a interpretação conforme, assim se referiu:

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. (...) **Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.** (Grifos nosso).

O alargamento que pretendeu os ministros, em se tratando de tipos penais, além de atentar contra o princípio da reserva legal, gera enorme segurança jurídica, pois por meio de qualquer processo interpretativo, é possível inserir dentro de contexto a proteção de qualquer grupo social. Basta pensar, por exemplo, nos ateus.

Em consulta aos Anais da Assembleia Constituinte, a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias tratou em várias reuniões sobre a temática da “homossexualidade” (termo utilizado à época). Na ocasião, era visível que constituinte não permitiria qualquer tipo de discriminação contra este grupo social, seja por meio da dignidade da pessoa, seja pelo próprio artigo 3, inciso IV, já mencionado inúmeras vezes.

Não se pretende aqui abordar todos os debates que foram feitos nesta comissão, mas os constituintes Benedita da Silva e Waldimiro de Souza demonstraram inúmeras disparidades em relação se a ideia de “homossexual” deveria ser tratada na perspectiva do “homossexual negro” ou como um grupo minoritário específico, decorrendo destas discussões sobre o alcance da locução “orientação sexual”, que estava inserida no anteprojeto. Assim se manifestou a deputada Benedita da Silva (1987, p. 76):

Não tem sentido esta Subcomissão deixar de lado o homossexual, o deficiente, porque temos o propósito de fazer valer o direito desse cidadão e dessa cidadã que, por uma série de circunstâncias, foram colocados em terceiro ou quarto plano na escala ou na hierarquia, na ascensão social, política e econômica do nosso País (...) Eu conheço negros homossexuais, eu conheço negros deficientes, eu conheço negros de toda a sorte que possa haver neste nosso País. **E quando nós estamos tratando dos homossexuais, das minorias, do deficiente, nós estamos tratando da questão racial e, se nós aprofundarmos, historicamente, nas condições em que vivemos, hoje, os nossos negros, veremos que é numa condição terrível(...)** é muito importante que nós possamos, também, levar em conta que deve ser muito difícil, além de ser deficiente, ser negro, ser homossexual, neste País, e usurpados de todos os seus direitos sem poderem exercer plenamente a sua cidadania. (Grifos nosso).

Em contrapartida, Waldimiro de Souza (1987, p. 79) discordou nos seguintes termos:

Não se pode consertar as relações humanas com o respeito da administração. Há uma discordância aí, na colocação que fez a minha irmã e Líder, Benedita: **o problema do homossexualismo não é um problema da raça negra, não é um problema da humanidade no seu global, mas um problema setorizado, e que eu respeito.** Veja bem! Não pode ser incluído, a meu ver, na humanidade, porque quando se diz homem/mulher já estão incluídos todos os seus problemas; não pensava em se especificar. (Grifos nossos).

Ao tomar novamente a palavra, Benedita da Silva (1987, p. 80) disse:

Quero colocar, mais uma vez que existe um grande preconceito contra o cidadão homossexual. **E, de maneira nenhuma, eu coloquei aqui que a luta do homossexual é a mesma luta do negro. Não, pelo contrário!** O homossexual tem que conquistar ainda o negro para ser sensível à sua proposta política, para o reconhecimento do seu direito de poder exercer a sua cidadania. Então, é uma conquista que os homossexuais ainda não tiveram junto à comunidade negra. O que

eu colocava – e era bom lembrar – é que estamos em uma sociedade onde temos negros que sabem ler e negros que não sabem ler, temos negros que são homossexuais e temos os que não são. Foi exatamente isso que eu estava dizendo.

Denota-se deste debate que os próprios constituintes tinham divergências sobre o assunto (o que é natural da política e da democracia deliberativa), porém havia certo consenso de que deveria haver proteção aos “homossexuais” das discriminações, mas que isso não necessariamente passaria pela tutela penal, no sentido de haver crime específico para este grupo social, como foi o caso do “racismo”.

Este intenso debate político e ideológico, cabe ao legislativo definir seus contornos legais, embora a Constituição tenha conferido a tutela mínima de proteção. Na elaboração do Anteprojeto do Relatório (1987, p. 09), sobre a questão específica da criminalização, a comissão emitiu o seguinte parecer:

Relativamente aos homossexuais, consignou-se sua igualdade em face dos demais membros da sociedade, perante a lei, ao preceituar-se que ninguém sendo prejudicado ou privilegiado em razão de ORIENTAÇÃO SEXUAL. **Algumas outras reivindicações desse grupo, por serem altamente específicas, de caráter inapropriado para constar de uma Constituição, deixaram de ser contempladas, como formulações próprias de códigos penais, ou ainda, detalhamentos de situações em que se aplica o direito já consignado de igualdade perante a lei.** (Grifos nossos).

Em verdade o constituinte, caso assim desejasse, poderia ter inserido esta hipótese de criminalização – como fez com o racismo –, mas, possivelmente, em face das inúmeras disparidades que permeavam o assunto, optou por proteger minimamente estes grupos, deixando a crivo do legislador infraconstitucional as outras questões específicas.

Realizou-se este resgate histórico (sem se filiar necessariamente a uma interpretação originalista) dos documentos que antecedem a Constituição, em razão do ministro Celso de Mello mencionar em seu voto, de forma genérica, que o ex-ministro Nelson Jobim (que também era constituinte à época), consignou que a questão do racismo nunca se limitou apenas ao negro (MELLO, 2019, p. 96).

Ora, é evidente que todas e outras questões permearam os intensos e profícuos debates na constituinte, mas daí vir a concluir que isto restou positivado, é outra questão. E conforme visto, a própria comissão optou por não tratar da criminalização.

Ademais, conforme já dito exhaustivamente no tópico anterior, a interpretação conforme não pode suplantar a legalidade em matéria penal.

Embora o constituinte não tenha desamparado tais pessoas do âmbito de proteção, não é possível extrair do artigo 1 da Lei n. 7.716/1989 que a norma “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou

procedência nacional”, compreende no conceito raça, a criminalização da transfobia e a homofobia.

4.3.2.3 Ativismo Judicial e a criminalização da homofobia e transfobia

Em encerramento a esta análise, verifica-se como o ministro Gilmar Mendes manejou o conceito de ativismo ao final de seu voto. No tópico de “6” de sua fundamentação, no qual o ministro denominou de “Sobre ativismo e concretização de direitos fundamentais”, há uma construção doutrinária para sustentar que sua decisão ou a decisão que viria a ser adotada pelo STF, não era ativista.

Inicialmente o ministro trabalha a obra (Juízes Legisladores) de Mauro Capetelli⁵⁰, e ao final conclui da seguinte forma:

Neste sentido, antes que se possa falar, criticamente, em ativismo, **é preciso compreender o papel do Judiciário num contexto histórico de hipertrofia dos demais poderes e, mais, num cenário de desconfiança e de falhas na concretização de direitos fundamentais, principalmente de minorias que pouco ou nenhum acesso têm à arena de decisão** política. A propósito, John Hart Ely reconhece a possibilidade de uma postura ativa do Judiciário com vistas a facilitar a representação política de minorias. (...) Enfim, e aqui faço nova remissão aos números da violência motivada por homofobia, **valho-me da proporcionalidade e da jurisprudência da Corte, nomeadamente no que se refere ao histórico de concretização de direitos fundamentais no plano judicial, para reconhecer a aplicabilidade da Lei 7.716/1989 às condutas discriminatórias relacionadas à homofobia e à transfobia, enquanto não sobrevier legislação específica sobre a matéria** (MENDES, 2019, p. 29-30). (Grifos nosso).

Pela leitura do voto do ministro Gilmar Mendes, especialmente o trecho acima destacado, é possível observar que as críticas realizadas no capítulo 3 se aplicam ao caso.

Primeiramente, ressalta-se o uso meramente ornamental da proporcionalidade, servindo apenas como alibi argumentativo, servindo para fundamentar qualquer tipo de decisão.

Embora já mencionada anteriormente, é importante novamente citar o primoroso trabalho de Fausto Santos de Moraes, que após levantamento de inúmeros julgados do STF e o uso da proporcionalidade pela corte suprema, constatou que na maioria dos casos – e o voto do ministro Gilmar Mendes corrobora a tese de Fausto – a proporcionalidade é utilizada sem “explicar os critérios que fundam a correção da decisão no empreendimento intersubjetivo que o Direito é” (2018, p. 17).

Fausto Santos (2018, p. 19) explica que até mesmo na perspectiva teórica de Robert Alexy, embora muitas vezes citado pela suprema corte, os ministros pouco se importam em

⁵⁰ Autor já referenciado no capítulo anterior.

explicitar o desenvolvimento sofisticado que o autor alemão desenvolveu, transpassando pela os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ora, se há menção de Robert Alexy, o mínimo que se espera é um engajamento teórico para explicar por que sua ideia de proporcionalidade se aplica ao caso. Em verdade, como já dito, a proporcionalidade utilizada pelo ministro foi apenas a justificativa encontrada para “legitimar” seu ativismo.

Observa-se que em sua afirmação há uma clara confusão entre “ativismo” e “judicialização”, pois ele descreve um fenômeno histórico mundial, para justificar a postura proativa. Em outros termos, o ministro buscou as bases que explicam o fenômeno da judicialização, que como visto, é um fato incontroverso, para aplicar ao conceito de “ativismo”.

O sincretismo de conceitos é tanto, que ao ler o trecho não é possível identificar se o ministro reconhece que está sendo ativista ou se “apesar de você” (Chico Buarque), optou em ser “ativista” neste julgamento. Melhor dizendo, o trecho da canção de Tom Zé se adequa perfeitamente a confusão do ministro: “eu tô te explicando pra te confundir, eu tô te confundindo pra te esclarecer, tô iluminado pra poder cegar, tô ficando cego pra poder guiar”.

Novamente, avulta-se que esta confusão de conceitos não é mera disparidade doutrinária, pois como visto, a questão atinge o cerne da legitimidade do direito em um Estado Democrático.

Porquanto todo o exposto, é possível classificar a decisão na ADO 26 e no MI 473, como “ativismo judicial penal”, pois o STF suplantou os limites semânticos do texto, ampliando o conceito de “racismo”, em clara afronta ao princípio da legalidade.

Em face do que foi proposto, é possível apresentar as seguintes conclusões:

a) – O ativismo, embora surja como um problema da teoria do direito, no Estado Democrático de Direito, a aplicação do direito envolve certo grau de legitimidade democrática das decisões. O ativismo ignora o texto normativo e transplanta para o caso a noção de justiça do juiz. Ao agir desta forma, dispende de um manancial de possibilidades para a “construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades (pode-se chamar isso de “segurança jurídica”) – e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade” (STRECK, 2011, p. 396), a prática ativista é antidemocrática. Desta forma, ao suplantar o que foi estabelecido por meio do processo legislativo, o ativismo enfraquece a democracia e a “dimensão da legitimidade” no processo de construção de respostas (constitucionalmente) adequadas;

b) – A judicialização, por sua vez, aposta na concretização de direitos fundamentais, porém, respeitando os limites organizacionais do Estado de Direito. O excesso de judicialização

não é desejável, mas sua aplicação em nada se confunde com o ativismo, pois há uma legitimação constitucionalmente delimitada.

c) – Apresentou-se aos casos judiciais, os conceitos de ativismo e judicialização.

CONCLUSÃO

Álvaro de Campos (um dos heterônimos de Fernando Pessoa) disse: “Não me venham com conclusões! A única conclusão é morrer”. Deste modo, todo encerramento, por si só, é penoso, afinal, a certeza só advém da morte. Contudo, para fins exclusivamente didáticos, é possível traçar um panorama dos pontos pesquisados.

Esta pesquisa teve como pretensão analisar a distinção entre ativismo judicial e a judicialização, com base nas construções teóricas da crítica hermenêutica do direito e a influência nos direitos fundamentais estabelecidos pelo estado democrático de direito.

Na introdução, apresentou-se a problemática norteadora da pesquisa, sendo definida por meio de dois questionamentos pilares: (i) existem diferenças entre a prática do ativismo judicial e da judicialização? E, (ii) como estas posturas influenciam a democracia, o constitucionalismo e os direitos fundamentais?

De forma acessória, surgiram outras indagações: cumprir os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, por meio do processo de judicialização, significa desaguar no ativismo judicial? As respostas as perguntas formuladas, partindo do método hipotético-dedutivo e da perspectiva teórica da crítica hermenêutica do direito, perpassaram nos capítulos estudados.

No segundo capítulo, estudou-se as relações entre constitucionalismo e democracia, com as quais se chegou à conclusão de que o suposto tensionamento entre estes dois vetores ocorre, primordialmente, na figura do ativismo, pois o juiz substitui os representantes do povo, para fazer valer seu critério de justiça.

Avaliou-se ainda, que efetivar direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional, não significa desaguar em decisionismos. Neste sentido, os direitos fundamentais exercem função primordial na relação entre constitucionalismo e a democracia, observando que há interrelação entre os três conceitos. Por fim, abriu-se nova reflexão sobre o tema, buscando compreender como o ativismo judicial vem sendo utilizado como argumento político para o enfraquecimento da jurisdição constitucional.

No terceiro capítulo, avaliou-se as distinções entre ativismo e judicialização. O primeiro, pode ser compreendido como uma postura proativa na interpretação das normas, possuindo relação direta com a ideia de discricionariedade positivista.

Ou seja, é um problema que diz respeito à teoria do direito. Já a judicialização é um fenômeno histórico, no qual a jurisdição constitucional é evocada para efetivar direitos fundamentais.

Ainda neste capítulo, estudou-se o substrato teórico do ativismo judicial, podendo ser sintetizado nas doutrinas constitucionais, que de uma forma ou de outra, dialogam com o denominado “neoconstitucionalismo”. Na sequência, avaliou-se como a “judicialização” influenciou a produção normativa brasileira, atingindo seu ápice na Constituição Federal (BRASIL. 1988).

Por fim, no quarto capítulo, compreendeu-se que o ativismo, embora seja um problema da teoria do direito, possui relação com a dimensão democrática da aplicação da norma, pois não pode o magistrado substituir os textos normativos, a fim de impor sua visão pessoal sobre os fenômenos sociais.

Em contrapartida, a judicialização permite que a jurisdição constitucional efetive direitos fundamentais, sem desaguar em voluntarismo, já que há uma resposta constitucionalmente adequada à Constituição Federal.

Ainda neste último capítulo, avaliou-se três decisões judiciais que serviram de base para ilustrar os conceitos trabalhados.

Desta forma, foi possível concluir que existem diferenças (paradigmáticas) entre a prática do ativismo judicial e da judicialização. O julgar proativo influencia diretamente na dimensão democrática do direito, enquanto judicialização pode ser um dos canais para a efetivação de direitos fundamentais. O ativismo judicial possui como contraponto a produção democrática do direito e a judicialização incorpora a consagração de direitos fundamentais.

No que tange às indagações acessórias, foi possível concluir que concretizar direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, por meio do processo de judicialização, não significa desaguar no ativismo judicial, pois são fenômenos distintos.

Albert Camus, no livro “A queda”⁵¹, narra – por meio de um monólogo quase teatral – a história do advogado Jean-Baptiste (narrador-personagem), descrevendo suas glórias e conquistas, para ao final, descrever sua queda.

⁵¹ Logo após a publicação de “A Queda”, Albert Camus ganhou o Prêmio Nobel de Literatura.

Próximo ao fim do livro, Jean-Baptiste anuncia: “Depois de me ter debatido, depois de ter esgotado meus ares de grande insolência, desanimado com a inutilidade de meus esforços, decidi abandonar o convívio dos homens” (CAMUS, 2018, posição. 843).

Traçando um paralelo com “A Queda”, durante anos, a produção acadêmica nacional viveu verdadeiro entusiasmo com a figura do “ativismo judicial”. E mais: em muitos casos, ativismo e judicialização eram tratados como sinônimos ou se perdiam em distinções meramente ornamentais.

Hodiernamente, não se pode dizer que o ativismo vive sua “queda”. De todo modo, Jean-Baptiste, tem consciência que para julgar seus atos, precisa reconhecer-se como criminoso, e proclama, “eu sou o fim e o começo, eu anuncio a lei. Em suma, sou juiz-penitente” (CAMUS, 2018. posição. 1009).

Da mesma forma, é necessário perfilhar: enquanto se tratar ativismo e judicialização como sinônimos (ou em diferenças meramente ornamentais), a “queda epistemológica” não virá.

Se no passado, aplaudiu-se o ativismo, já que decisões judiciais estavam corroborando convicções políticas de parte da população, chegou a hora de levar estes conceitos ao “juiz-penitente”, e assim como o personagem de “A queda”, que exerceu uma atitude reflexiva, é preciso pensar até onde as posturas judiciais proativas podem nos levar.

Ou como disse Jean-Baptiste, “quando formos todos culpados, será a democracia” (CAMUS, 2018, posição 1165).

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G. **Ativismo judicial**: os perigos de transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: RT. 2022.
- ABBOUD, G. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo**. vol. 242. 2015, pgs. 21-47.
- ABBOUD, G. OLIVEIRA, R. T. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p. 196-214.
- ANTISERI, D. REALE, G **Filosofia**: idade moderna. Vol. II. São Paulo: Paulus. 2017
- ARGUELHES, D. W. O Supremo que não erra. IN. **A razão e o voto**: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. 1 ed. FGV. 2017, p. 81-107.
- AVE, Bibi. Parlamento de Israel avança em reforma judicial de extrema-direita. **Revista Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-21/parlamento-israel-avanca-reforma-judicial-extrema-direita>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- BARRETO, V. **Intepretação constitucional e estado democrático de direito** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. jan./mar. 1996, p. 11-23.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo** | e-ISSN: 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 15 set. 2022.
- BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BARROSO, L. R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito Práxis**, Rio de Janeiro, v.9, n.4, p. 2171-2228. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 27 nov. 2022.
- BARROSO, L. R. OSÓRIO, A. Democracia, Crise Política e Jurisdição Constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro** - PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, mai./ago. 2018.
- BERCOVICI, G. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

BICCA, C. S. Judicialização da política e ativismo judicial. **Revista de Direito Brasileira**. 2002. p.122-139.

BIELSCHOWSKY, R.M. **Democracia constitucional**. Saraiva: São Paulo. 2013.

BOBBIO, N. **Dicionário de política**. 11 ed. Brasília: editora UNB. 2000.

BOBBIO, N. **Os intelectuais e o poder**. São Paulo: editora UNESP. 1997.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1985.

BRASIL. **Lei n. 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: Diário Oficial da União, 1999.

BRASIL. **Lei n. 4.717, de 29 junho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1965.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, 1942.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Subcomissão dos negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias**. 1986. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao7/subcomissao7c. Acesso 09 maio de 2023.

BRASIL. Senado Federal. Anais da Assembleia Constituinte. **Subcomissão dos negros, populações indígenas, pessoas deficientes e minorias**. 1987, pg 01-297. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas..pdf. Acesso 09 maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 9 mai. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 888815**. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=822>. Acesso em: 9 mai. 2023.

BRASIL. Bolsonaro diz que Mendonça é “freio” contra “ativismo” do Supremo. IN: **Gazeta do Povo**. Curitiba, 14 julho de 2022. Disponível em: Bolsonaro diz que Mendonça é "freio" contra "ativismo" do Supremo (gazetadopovo.com.br). Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Governo da Polônia recua e altera reforma judicial reprovada pela UE. **Jornal El País**, 2019. Disponível em: [Ehttps://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/21/internacional/1542813538_502812.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/21/internacional/1542813538_502812.html). Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Jogo duro constitucional: uma conversa com Mark Tushnet. **Jornal Estado de São Paulo**, 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/tushnet-hardball-entrevista/> e “**O novo quarto poder**”. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/o-novo-quarto-poder-11032022>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Justiça da UE aprova mecanismo para punir Polônia e Hungria**. 2022. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/justi%C3%A7a-da-ue-aprova-mecanismo-para-punir-pol%C3%B4nia-e-hungria/a-60799181>. Acesso em: 15 set. 2022.

BRITO FILHO, J. C. M.; DIAS, Jean Carlos, FARACHE; CAMPOS, Jacob Arnaldo. A concepção de democracia em Ronald Dworkin. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**. v. 7 | n. 2 | p. 39 – 56 | Jul/Dez. 2021, p. 39-56.

BURGOS, M. B. SALLES, P. M. WERNECK, L. Dezessete anos de judicialização da política. **Revista Tempo Social**, v. 19. 2017. pp. 39-85.

BUSTAMANTE, T. A Triste História do Juiz que Acreditava Ser Hércules. IN. **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. 2.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2021.

BUSTAMENTE, T. BUSTAMENTE, E. G. MEYR, E. N. Luís Roberto Barroso’s Theory of Constitutional Adjudication: A Philosophical Reply. Published by Oxford **University Press on behalf of the American Society of Comparative Law**.2022, p. 798-833.

CAMUS, Albert. **A queda**. eBook Kindle. São Paulo: Best Bolso. 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. “**Ativismo judicial**” do STF é criticado em audiência pública na CCJ.”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/576770-ativismo-judicial-do-stf-e-criticado-em-audiencia-publica-na-ccj/>. Acesso em: 22 set. 2022.

CANOTILHO, J. G. C. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Almedina: Portugal.2011.

CAPPELETTI, M. **Juízes legisladores**. Sérgio Fabris: Porto Alegre. 1999.

CITTADINO, G. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano li, N° 2 e Ano 111, N° 3 - 2001-2002, p. 135-144.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **A Constituição do crime**. Da substancial constitucionalidade do Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CHUEIRI, V.K.C. GODOY, M. **Constitucionalismo e democracia**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/25553?show=full>. Acesso em: 15 set. 2022.

CONTINETINO, M. C. História do judicial review: O mito de Marbury. **RIL Brasília** a. 53 n. 209 jan./mar. 2016 p. 115-132

COUTINHO, J. M. **Dogmática crítica e limites linguísticos da lei**. (texto apresentado no Encontro Cumbuco, do Grupo Cainã, realizado nos dias 24, 25 e 26 de fevereiro de 2005, em Fortaleza).

CUNHA JR, D. **Controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm,2016.

DAHL, R. **Sobre a democracia**. Brasília: editora UNB. 2002.

DIMOULIS, D. LUNARDI, S. G. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Disponível em: [\(PDF\) Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade | Soraya Lunardi - Academia.edu](#). Acesso em: 15 set. 2022.

DIMOULIS, D. **Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico**. Disponível em: https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico. Acesso em: 15 set. 2022.

DIMOULIS, D. MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 9 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 2022.

DWORKIN, R. **Constitutionalism and democracy**. *European Philosophy*. 1995, p. 01-11.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2010.

FELDENS, L. **A Constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, L. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAZ JR, T. S. **O judiciário frente a divisão de poderes**: um princípio em decadência. **Revista da USP**. 1994, pgs. 12-21.

FERREIRA FILHO, M.G. O poder judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Out/dez. 1994, p.1-17.

FRANCO, M. M. Constitucionalismo e democracia em Ronald Dworkin: liberalismo igualitário e interpretação da constituição. **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vol. 13, Nº 1, jan./jun. 2019.

GARAPON, A. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Revan: Rio de Janeiro. 1999.

GAVIÃO, V.C. A relação entre o constitucionalismo e a democracia: Uma análise da nova lei de cotas sociais. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 50 Número 199 jul./set. 2013, p. 237-254.

GODOY, M. CHUEIRI, V.K. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. **Revista de Direito**. Junho. 2010.

GONÇALVES, T.A.S. **Constituição da República Federativa do Brasil, direito penal, direitos fundamentais e harmonia de paradigmas: análise da tutela penal através da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) e proibição deficiente (*Untermaßverbot*)**. Trabalho de conclusão de curso no Programa de Pós-graduação em Direitos. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. 2015.

GONÇALVES, T.A.S. **Mais cadeiras no STF: um ativista no Supremo para chamar de seu**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-20/thiago-goncalves-ativista-stf-chamar>. Acesso em: 15 set. 2022.

GONÇALVES, T.A.S. **Pec Kamikaze: a normalidade e a legitimidade das eleições**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-16/thiago-goncalves-normalidade-legitimidade-eleicoes>. Acesso em: 15 set. 2022.

GONÇALVES, T.A.S. LONGHI, C. V. **Da impossibilidade de desclassificação do estupro de vulnerável**. 2022. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-07/longhie-goncalves-acerto-stj>. Acesso em: 15 set. 2022

GONÇALVES, T.A.S. **O quarto da rainha e os ataques a Praça dos Três Poderes**. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/380670/o-quarto-da-rainha-e-os-ataques-a-praca-dos-tres-poderes>. Acesso em: 15 jan. 2023.

GONÇALVES, Thiago André Silva; RIBAS, Lidia Maria. ativismo judicial penal e a moldura normativa: da obrigatoriedade das filmagens policiais no habeas corpus 598.051/SP (STJ). **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, [S.l.], v. 26, n. 56, p. 98-122, nov. 2022. ISSN 2177-8337.

GRIMM, D. **Verfassungsgerichtsbarkeit**. Suhrkamp Verlag AG; Originalausgabe edição 12 setembro 2021.

GROSTEIN, J. **Ativismo judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina. 2019.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5153709/mod_resource/content/1/Ran%20Hirschl.pdf. Acesso em: 15 out. 2022.

HIRSCHL, R. **Rumo à juristocracia**. Tradução Amauri Feres Saad. Editora EDA: Londrina. 2020.

JÚNIOR, J. L. M. A. Constitucionalismo e Conceito de Constituição. **Revista de Direito Público**. Brasília, Volume 18, n. 98, 692-742, abr./jun. 2021, DOI: <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.5583>. Acesso em: 20 out. 2022.

LISPECTOR, C. **Uma aprendizagem ou o livro dos prazeres**. São Paulo: Rocco. 1988.

LUNARDI, F.C. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva. 2020.

LEITE, G. S. BRITO, M. F. L. LAGO, M. B. M. Democracia judicial e estado de direito: Uma crítica ao ativismo judicial na ADI 5.081/DF. IN. **Processos desconstituintes e democracia no Brasil: precisamos de uma nova constituição?** [recurso eletrônico] / Gustavo Ferreira Santos; João Paulo Allain Teixeira; Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (Orgs.) --Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, pgs. 654-667.

LOEWENSTEIN, K. **Militant democracy fundamental rights**. The American Political Science Rewiw. Vol. XXXI, n. 3, 1937.

KIRSHNER, A. S. **A theory of militant democracy: the ethics of combatting political extremism**. New Haven: Yale University Press. 2014, p. 23.

MAGALHÃES, J. L. Q. **Constitucionalismo e democracia**. São Paulo: Elsevier. 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Democracia e poder constituinte. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **15 anos de Constituição: história e vicissitudes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARMELSTEIN, G. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.Jurisdicao.Constitucional_1.pdf. Acesso em: 14 jan. 2023.

MAUS, I. **Judiciário como superego da sociedade: o papel jurisprudencial na sociedade órfã**. Trad. Martonio Mon't Alvene Barreto Lima e Paulo Antônio de M. Albuquerque. In. Revista Novos Estudos, CBRAP. São Paulo, n. 58, p. 183-202. Nov. 2000.

MELO FILHO, R.S. **Ativismo judicial em investida ao estado democrático**. Curitiba: Juruá. 2019.

MIRANDA, J. **Direitos fundamentais**. 2 ed. Almedina: Portugal. 2017.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret.2006.

MORAIS, F. S. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2 ed. Salvador: Juspodvim. 2018.

MÜLLER, F. **Quem é o povo**. A questão fundamental da Democracia. São Paulo: Max Limonad. 2003.

MÜLLER, F. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MÜLLER, F. Prefácio. IN. NETO, Cláudio Pereira de Souza (Orgs). **Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.xi.

NEVES, I. F. **As três perguntas fundamentais da crítica hermenêutica do direito: a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil.** Tese de Doutorado. Repositório Digital da Biblioteca da UNISSINOS. 2022. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISSINOS/11785>. Acesso em: 15 jan. 2023.

OLIVEIRA, M.A.C. **Processo constitucional.** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

OLIVEIRA, R. T. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

OLIVEIRA, R. T. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>. Acesso em: 15 set. 2022.

OLIVEIRA, R. T. TRINDADE. André Karam. **Ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica em crise.** Revista Eletrônica Do Curso De Direito Da UFSM, 11(2), 751–772. <https://doi.org/10.5902/1981369422912>.

OLIVEIRA, R. T. Rafael Tomaz de. FARIA, B. C. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional.** 2016. Disponível em: <https://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2023.

OLIVEIRA, R. T. ABBOUD, G. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.** Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun. p. 196-214.

OSÓRIO, A. BARROSO, L. R. Democracia, Crise Política e Jurisdição Constitucional: o protagonismo da Suprema Corte no Brasil. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ,** Rio de Janeiro, v. 1, n.1, mai./ago. 2018.

PALLAZO, F. C. **Valores constitucionais e direito penal.** Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PEREIRA, J. M. **Impactos da judicialização da política e ativismo judicial no Brasil.** Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.3, p. 29286-29316 mar 2021.

PIEROTH, B. SCHLINK, B. **Direitos fundamentais.** Saraiva: São Paulo. 2012.

PONTES, J. G. M. **Democracia militante em tempo de crise.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020.

PONTES, J. G. M. SARMENTO, D. **Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro: Inelegibilidade a partir de interpretação teleológica do art. 17 da Constituição?** Disponível em: [Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro - JOTA](#). Acesso em: 15 set. 2020.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** 6 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1994.

KELSEN, H. **Democracia.** São Paulo: Martins Fontes. 2000.

SAGAN, C. **O mundo assombrado pelos demônios.** São Paulo: Companhia do Bolso. 2006.

SCHMITT, C. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

SCHLINK, B. PIEROTH, B. **Direitos fundamentais**. Saraiva: São Paulo. 2012.

STRECK, L. L. **O que é isto, o ativismo judicial, em números?** Disponível em: <https://www.bing.com/search?q=O+que+é+isto%2C+o+ativismo+judicial%2C+em+números%3F&aqs=edge..69i57&FORM=ANCMS9&PC=U531>. Acesso em: 5 dez. 2022.

STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Revista Joaçaba**, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016a.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

STRECK, L. L. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013a.

STRECK, L. L. **Dicionário de Hermenêutica**. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito. 2020.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

STRECK, L. L. TASSINARI, C. LEPPER, A. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. – vol. 5, número especial 2015 - Brasília: UniCEUB, 201. P. 53-61.

STRECK, L. L. Há um recurso no Supremo tratando de uma coisa chamada homeschooling. **Revista Conjur**, 2018 a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-10/lenio-acao-stf-tratando-algo-chamado-homeschooling>. Acesso em: 5 dez. 2022.

STRECK, L. L. Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. **Revista Conjur**, 2018 b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/observatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao>. Acesso em: 5 dez. 2022.

STRECK, L. L. Hermenêutica e positivismo contra o estado de exceção interpretativo. **Revista Conjur**, 2016b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/senso-incomum-hermeneutica-positivismo-estado-excecao-interpretativo>. Acesso em: 5 dez. 2022.

STRECK, L. L. A demonização do judiciário! Lá vem Tushnet atirando na Constituição! **Revista Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-13/senso-incomum-demonizacao-judiciario-la-vem-tushnet-atirando-constituicao>. Acesso em: 5 dez. 2022.

RAMOS, E. S. Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2 ed. Saraiva: São Paulo. 2010.

REALE, G. ANTISERI, D. **Filosofia: idade moderna**. Vol. II. São Paulo: Paulus. 2017

ROSSI, A.S. PAMPLONA, D.A. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: democracia e constitucionalismo ou tensão produtiva. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. 14 • v. 33.2, jul./dez. 2013, p. 14-29.

SANCHIS, L.P. **Sobre el Neoconstitucionalismo y sus Implicaciones**. In: Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Trotta: Madrid. 2003, p. 101-135.

SARLET, I.W. **Constituição e proporcionalidade**: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição excessiva e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>. Acesso em: 9 mai.2023.

SARMENTO, D. PONTES, J.G.M. **Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro: Inelegibilidade a partir de interpretação teleológica do art. 17 da Constituição?** *Jota*. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018>. Acesso em: 23 nov 2022.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 5 dez. 2022.

SILVA, V.A. **A Constitucionalização do Direito Privado**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, C.P.N. **Democracia em crise no Brasil**: valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. São Paulo: Contracorrente.2022.

TATE, C.N; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York University Press; Revised ed. edição (junho 1997).

TASSINARI, C. Clarissa. LEPPER, A. STRECK, L.L. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. – vol. 5, número especial 2015 - Brasília : UniCEUB, 201. P. 53-61

TASSINARI, C. **Judicialização e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

“**TRE-BA sediará aula magna do professor de Harvard, Mark Tushnet**”. 2019. Disponível em: <https://www.tre-ba.jus.br/comunicacao/noticias/2019/Novembro/tre-ba-sediara-aula-magna-do-professor-de-harvard-mark-tushnet>. Acesso em: 5 dez. 2022.

TRINDADE, A. K. A filosofia no direito e as condições de possibilidades para se compreender os fenômenos jurídicos. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XVIII, n. 22, p. 258-268, jan./dez. 2013. Acesso em: 27 dez. 2022.

TRINDADE, A.K. OLIVEIRA, R.T. O ativismo na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM** www.ufsm.br/revistadireito v. 11, n. 2 / 2016, p. 751-772.

TRINDADE, A.K. MORAIS, F.S. Ativismo Judicial: as experiências norte-americanas, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2011.

TORRANO, B. **O Direito não é o que você pensa ser justo**. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-11/bruno-torrano-direito-nao-voce-pensa-justo>. Acesso em: 5 dez. 2022.

TORRANO, B. A "**aliança estratégica**" entre positivismo jurídico e hermenêutica de **Lenio Streck**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-23/alianca-estrategica-entre-positivismo-hermeneutica-streck#_edn1. Acesso em: 5 dez. 2022.

ULIANO, A. B. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. Versão Kindle. São Paulo: Thoth. 2022.

URGATE. Pedro Salazar. **La democracia constitucional**: una radiografía teórica. FCE. Una. México. 2006.

VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras. 2019.

VIEIRA, O.V. Imérito da Lei ou da Corte? **Revista da USP**. 1994, pgs. 71-77.

VERBICARO, L. P. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2019.

VIANNA, L.W. CARVALHO, M.A.R. MELO, M.P. C. BURGOS, M. B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.