



PEDRO RAMOS LIMA

**AUTODESCRIÇÕES DO SISTEMA JURÍDICO: ANÁLISE DA RESISTÊNCIA AO
ATIVISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF NO PERÍODO ENTRE 2010-2020.**

CANOAS, 2021

PEDRO RAMOS LIMA

**AUTODESCRIÇÕES DO SISTEMA JURÍDICO: ANÁLISE DA RESISTÊNCIA AO
ATIVISMO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF NO PERÍODO ENTRE 2010-2020.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociedade do Centro Universitário La Salle – UNILASALLE, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro

CANOAS, 2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L732a Lima, Pedro Ramos.
Autodescrições do sistema jurídico: análise da resistência ao ativismo judicial na jurisprudência do STF no período entre 2010-2010 [manuscrito] / Pedro Ramos Lima. – 2021.
167 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2021.
“Orientação: Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro”.

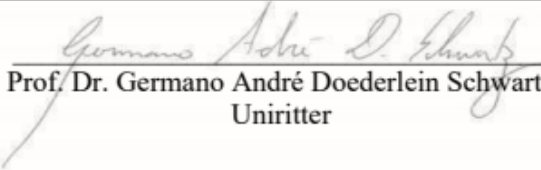
1. Direito. 2. Ativismo judicial. 3. Constitucionalismo. 4. Autocontenção judicial. I. Ribeiro, Diógenes Vicente Hassan.

Bibliotecário responsável: Michele Padilha Dall Agnol de Oliveira - CRB 10/2350

PEDRO RAMOS LIMA


Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Germano André Doederlein Schwartz
Uniritter


Prof.^a Dr.^a Renata Almeida da Costa
Universidade La Salle


Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori
Universidade La Salle


Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro
Orientador e Presidente da Banca - Universidade La Salle

Área de concentração: Direito e Sociedade

Curso: Mestrado Acadêmico em Direito

Canoas, 02 de dezembro de 2021.

Dedico esse trabalho à minha família, meu norte em todas as jornadas que enfrentei ao longo da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A tarefa de ingressar no mundo acadêmico precisa de muitos incentivos e os melhores incentivos são aqueles que vêm de pessoas próximas, que nos admiram e nos impulsionam a seguir sempre em frente em busca da realização pessoal e profissional. Sempre tive excelentes professores ao longo da minha formação e agradeço, primeiramente, a eles. A vida acadêmica começa com aquelas pessoas que nos indicam os caminhos a serem seguidos e nos instigam a pesquisar, descobrir novas ideias e fazer perguntas, professores e colegas por oferecerem essa possibilidade ao abrirem as portas para o questionamento, apresentando livros, teorias e opiniões que nos fazem questionar e investigar.

Agradeço à rede La Salle que me acolheu quando comecei a estudar ainda na quinta série do primeiro grau e, apesar de não ter me formado em direito pela rede, me acolheu e forneceu a estrutura para realizar uma excelente pesquisa, com professores dedicados e um ambiente de formação digital e presencial de qualidade.

Agradeço ao meu orientador, prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, que durante toda a produção da dissertação esteve aberto para responder questionamentos e fornecer soluções para os problemas encontrados nesse longo caminho de formação acadêmica.

Por fim, agradeço à minha família, principalmente à minha esposa, Bruna Vieira Farioli, a principal motivadora para eu seguir o caminho da carreira acadêmica e, em todos os momentos que tive dúvidas sobre se deveria ou não continuar com a pesquisa, continuou me motivando até o momento atual, quando ofereço essa dissertação para avaliação.

“Que cada problema científico tenha, dentro do vasto âmbito da ciência, seu lugar determinado, sua medida e seus limites e, justamente por isso, sua harmônica ressonância no conjunto, sua legítima consonância naquilo que o todo exprime (...)”

(Soren Aabye Kierkegaard)

RESUMO

O presente trabalho apresenta pesquisa bibliográfica e análise documental da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dentro da área de concentração do direito e sociedade e da linha de pesquisa da efetividade do direito na sociedade, para compreender de que forma o sistema jurídico descreve a si mesmo, usando o tema de resistência ao ativismo judicial como instrumento de descrição do próprio sistema e dos limites de atuação do Poder Judiciário em relação ao sistema da política e da moral, definindo a autocontenção de base constitucionalista como a regra geral de funcionamento do sistema jurídico e o ativismo judicial como a exceção. Em um primeiro momento, faz-se uma distinção entre a judicialização da política, compreendida como fenômeno global de aumento de poder decisório das cortes no controle de constitucionalidade dos atos dos poderes executivo e legislativo que transferiu para as cortes o papel de decidir sobre questões políticas, e o ativismo judicial, compreendido como a vinculação entre o direito e a moral que termina por transferir para os juízes decisões sobre as interpretações dos princípios constitucionais segundo suas convicções morais. Em um segundo momento, partindo da definição do ativismo judicial, apresentam-se três teorias jurídicas contrárias ao ativismo judicial, com base na autocontenção judicial, na teoria procedimental e no constitucionalismo garantista, com a solução do constitucionalismo garantista às carências valorativas das demais teorias, em cada momento identificando de que forma o Supremo Tribunal Federal trabalha com esses postulados teóricos para resistir ao ativismo judicial. Em um terceiro momento, as teorias jurídicas e a própria atuação da corte, com os fundamentos teóricos e práticos da resistência ao ativismo judicial, são apresentadas como autodescrições do sistema jurídico, em uma visão sistêmica autopoiética que busca indicar como o sistema jurídico lida com o ruído provocado pelo ativismo judicial e, através da teoria e da prática, atua para manter a ordem ao definir os limites da atuação jurisdicional e do funcionamento do próprio sistema, resistindo e justificando o ativismo judicial simultaneamente.

Palavras-chave: ativismo judicial, autodescrições, autocontenção, constitucionalismo.

ABSTRACT

This paper presents a bibliographical research and documental analysis of the Supremo Tribunal Federal jurisprudence, within the area of concentration of law and society and the line of research on the effectiveness of law in society, to understand how the legal system describes itself, using the theme of resistance to judicial activism as an instrument to describe the system itself and the limits of the Judiciary in relation to the political and moral system, defining constitutionalist-based self-restraint as the general rule for the functioning of the legal system and judicial activism as the exception. At first, a distinction is made between the judicialization of politics, understood as a global phenomenon of increased decision-making power of the courts in the constitutionality control of executive's and legislative's acts, which transferred to the courts the role of deciding political issues, and judicial activism, understood as the link between law and morality that ends up transferring decisions on interpretations of constitutional principles to judges according to their moral convictions. In a second moment, starting from the definition of judicial activism, three legal theories against judicial activism are presented, based on judicial self-restraint, procedural theory and guaranteeist constitutionalism, presenting the solution of guaranteeist constitutionalism to the evaluative deficiencies of other theories, in each moment identifying how the Supremo Tribunal Federal works with these theoretical postulates to resist judicial activism. In a third moment, legal theories and the court's jurisprudence are presented, describing the theoretical and practical foundations of resistance to judicial activism, as self-descriptions of the legal system, in an autopoietic systemic view that seeks to present how the legal system deals with the noise caused by judicial activism and, through theory and practice, acts to maintain order by defining the limits of jurisdictional action and the functioning of the system itself, resisting and justifying judicial activism at the same time.

Keywords: judicial activism, self-descriptions, self-restraint, constitutionalism.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Tipos ideais para tomada de decisões de Vallinder (1994).....	21
---	----

LISTA DE SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
STJ	Superior Tribunal de Justiça
AgR	Agravo Regimental
RE	Recurso Extraordinário
AP	Ação Penal
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Rcl	Reclamação
Pet	Petição
MS	Mandado de Segurança
AI	Agravo de Instrumento
HC	Habeas Corpus
MC	Medida Cautelar
SL	Suspensão de Liminar
ED	Embargos de Declaração

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL.....	25
2.1 A origem histórica da judicialização da política.....	27
2.1.1 <i>A judicialização da política na visão europeia.....</i>	<i>31</i>
2.1.2 <i>A judicialização da política e o controle de constitucionalidade no Brasil.....</i>	<i>34</i>
2.1.3 <i>Judicialização da política e os sistemas jurídico e político.....</i>	<i>40</i>
2.2 A origem histórica do ativismo judicial.....	45
2.2.1 <i>Conjugação das tradições jurídicas brasileiras e norte-americanas.....</i>	<i>47</i>
2.2.2 <i>Doutrina jurídica brasileira e autodescrições do sistema jurídico.....</i>	<i>52</i>
3 RESISTÊNCIA AO ATIVISMO JUDICIAL.....	56
3.1 A resistência formalista do Direito.....	57
3.1.1 <i>Autocontenção e a contribuição da teoria procedimental.....</i>	<i>58</i>
3.1.2 <i>Autocontenção e ativismo judicial no STF.....</i>	<i>64</i>
3.1.3 <i>A teoria procedimental e o ativismo judicial no STF.....</i>	<i>74</i>
3.2 A contribuição do Constitucionalismo Garantista.....	80
3.2.1 <i>Neojuspositivismo e a separação entre direito e moral.....</i>	<i>86</i>
3.2.2 <i>Garantismo, ativismo judicial e o STF.....</i>	<i>93</i>
3.2.3 <i>Garantismo e (In)constitucionalidade no STF.....</i>	<i>102</i>
4 AUTODESCRIÇÕES, ATIVISMO JUDICIAL E O STF.....	109
4.1 Autodescrições do sistema jurídico.....	113
4.1.1 <i>Tautologia e paradoxos nas autodescrições sistêmicas.....</i>	<i>115</i>
4.1.2 <i>Teorias do direito como autodescrições do sistema jurídico.....</i>	<i>116</i>
4.2 O ativismo judicial pelo centro do sistema jurídico.....	120
4.2.1 <i>O ativismo judicial na defesa da democracia e na omissão legislativa.....</i>	<i>121</i>
4.2.2 <i>A negação da prática do ativismo judicial pelo STF.....</i>	<i>131</i>
4.2.3 <i>A função do sistema jurídico e o ativismo judicial do STF.....</i>	<i>141</i>
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	146
REFERÊNCIAS.....	155
ANEXO A – Solicitação de Acesso à Informação junto ao STF.....	162
ANEXO B – Tabelas com o resultado da pesquisa na jurisprudência do STF.....	163

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo demonstrar como o Supremo Tribunal Federal resiste ao ativismo judicial através de análise da jurisprudência da corte sobre o tema. Para atingir esse objetivo, busca-se, primeiro, definir o conceito de ativismo judicial, fazendo a distinção necessária entre o ativismo judicial e a judicialização da política, para chegar à proposta de Dworkin (2010), que define o ativismo judicial como a reinterpretação de princípios jurídicos segundo as convicções morais dos juízes, que tem como questão central os limites institucionais estabelecidos que permitem ou não que cortes e tribunais exerçam o ativismo.

Definido o conceito de ativismo judicial, são apresentadas três teorias jurídicas que se opõem e possuem relação histórica com o ativismo judicial: 1) a teoria da autocontenção judicial, também conhecida como judicial *self-restraint*, com base na Escola de Thayer e apresentada por Posner (2012), a principal teoria de oposição ao ativismo à época do surgimento do termo; 2) a teoria procedimental de Ely (1980), que resistia ao ativismo judicial e, ao mesmo tempo, defendia as decisões da corte Warren, considerada uma das mais ativistas dos Estados Unidos da América; e 3) a teoria do constitucionalismo garantista de Ferrajoli (2014), que resiste à versão neoconstitucionalista do ativismo judicial, como as teorias principiológicas, que se opera em boa parte da teoria jurídica brasileira.

Por fim, definido o conceito as teorias que lhe fazem oposição, busca-se verificar como o STF lida com o ativismo judicial com o uso da teoria sistêmica de Luhmann (2016), principalmente o recorte teórico conhecido como autodescrições do sistema jurídico, que parte de pontos de observação internos e externos ao sistema para apresentar como as diferentes teorias jurídicas descrevem o próprio funcionamento do sistema e, conseqüentemente, como o sistema jurídico lida com as diferentes teorias que o descrevem.

O que se pretende testar, como hipótese da dissertação, é a existência de uma regra geral de resistência ao ativismo judicial, pautada na autocontenção e no constitucionalismo, com o ativismo judicial funcionando como exceção a essa regra geral, exercido pelo STF em situações específicas que a corte compreende existir abertura interpretativa e interventiva para uma atuação pró-ativa na aplicação do

direito ao caso concreto ou na análise da constitucionalidade de matérias de cunho político/moral.

O ativismo judicial serve de plano de fundo para a discussão do papel das teorias jurídicas na descrição do sistema jurídico, principalmente porque o ativismo judicial é um ponto de divergência entre teorias jurídicas que partem de premissas distintas sobre qual é o papel das cortes e tribunais dentro do sistema jurídico e, por isso, discordam sobre qual é a melhor forma de interpretar a norma legal e exercer a função principal do direito que é, nas palavras de Luhmann (2004), a manutenção das expectativas normativas¹.

A escolha pela abordagem do tema a partir do STF parte da premissa inegável que o STF exerce, na atualidade, um papel importante na atividade jurídica brasileira e que, em virtude desse importante papel, é alvo constante de críticas e elogios, principalmente quando julga casos controversos dentro do ambiente político e social brasileiro. De fato, a corte em muitos momentos históricos atuou de maneira protagonista nos palcos políticos e jurídicos, vindo a julgar a famosa Ação Penal 470, o segundo *impeachment* de um presidente da república em pouco mais de 30 anos do retorno da democracia e diversas outras ações polêmicas como a possibilidade ou não de progressão de regime para crimes hediondos, a legalização do abortamento de fetos anencefálicos e a criação do tipo penal de homofobia.

Embora dotada de certos méritos inegáveis, não se pode deixar de apontar os problemas que certas visões do panorama judicial brasileiro podem fazer com os direitos e garantias constitucionais, especialmente quando se está sugerindo uma atuação “pró-ativa” (BARROSO, 2015, p. 426) do Poder Judiciário para a confirmação dos direitos previstos na Constituição Federal. Um olhar prudente e um tanto relutante com as benesses da tal postura da corte talvez tivesse que ser a regra da atuação judicial brasileira, impedindo que utilizasse o momento oportuno de certa composição ministerial do Supremo Tribunal Federal para defender posições doutrinárias que possuem extrema relevância nas discussões acadêmicas, mas não parecem funcionar no ambiente das cortes, que pode favorecer o desenvolvimento

1 Tradução literal do texto em inglês em que Luhmann (2004) afirma qual é a função do direito: “*The function of law is to maintain normative expectations in face of disappointment.*” (LUHMANN, 2004, p. 9)

de uma “inventiva jurisprudência” (FERRAJOLI, 2012, dnp²) que se pautem mais pelo ativismo judicial do que pela correta atuação jurisdicional.

O aumento da atuação da corte em casos políticos controversos está ligado com um novo panorama jurídico mundial, com a crescente judicialização da política, fenômeno presente em diversos governos ao redor do mundo em que cortes nacionais, munidas de novos instrumentos de revisão judicial, decidem questões religiosas, de propriedade privada, comércio, educação, imigração, trabalho e proteção ambiental (HIRSCHL, 2011). A judicialização da política é o fenômeno oriundo da mudança paradigmática da democracia do pós segunda guerra e permitiu a confirmação do constitucionalismo na doutrina mundial e brasileira, como uma expressão de “nunca mais” (FERRAJOLI, 2012, dnp) às experiências dos regimes totalitários, que busca limitar o exercício de poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania (STRECK, 2012).

Inserido nesse contexto histórico das teorias democráticas e constitucionalistas está também a ruptura dos postulados hermenêuticos do século XIX, que dá a ilusão de que o neoconstitucionalismo, essa nova abordagem normativa do constitucionalismo no Brasil, superou o positivismo jurídico, mas que vive na dependência de posturas axiologistas e voluntaristas, que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo ou a discricionariedade judicial (STRECK, 2012).

A discussão sobre a judicialização da política e do ativismo judicial não se limitam às esferas da teoria e da prática do direito brasileiro, possuindo origens e ecos em outros países, principalmente a discussão teórica norte-americana de onde se extraem as origens do ativismo judicial, expressão cunhada por Schelsinger (KMIEC, 2004), da ampliação da discussão desses pressupostos democráticos e jurídicos nas teorias procedimentais e nas teorias garantistas sobre os limites entre o direito e a moral na correta proteção e garantia de direitos fundamentais.

O que se pretende apontar, portanto, são os fenômenos que servem de plano de fundo desse atual panorama jurídico, onde o Supremo Tribunal Federal ganhou protagonismo ao exercer a jurisdição constitucional em casos difíceis e de forte

2 O documento referenciado é não paginado por se tratar de livro digital no formato .epub usado pelo leitores de livros digitais Kindle, que não possui numeração de página, variando a localização de palavras e frases a depender do tamanho da tela e da fonte.

repercussão e se haveria nesse novo panorama jurídico espaço para discussão de posições ativistas ou de posições de resistência ao ativismo judicial, especialmente na fundamentação das decisões de ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento desses casos difíceis.

Para melhor compreender o ponto central da pesquisa, parte de uma distinção entre a judicialização da política e o ativismo judicial. O aumento dos poderes das cortes e tribunais, em geral, está vinculado à redemocratização e à renovação dos modelos constitucionais do fim da Segunda Guerra Mundial que muniram as cortes com novos instrumentos de controle de constitucionalidade e as colocaram na posição de confirmação ou negação da política majoritária segundo seus próprios instrumentos decisórios (VALLINDER, 1994). Nessa atuação, as cortes foram chamadas a julgar casos complexos sobre direitos religiosos, propriedade privada, comércio, imigração trabalho e proteção ambiental. Essa mudança no entendimento do papel das cortes e a sua frequente atuação em casos complexos é o que se costumou chamar judicialização da política e, embora seja vinculado com o ativismo judicial ao colocar as cortes e tribunais no centro de discussões políticas complexas, não pode ser confundido com o ativismo judicial (HIRSCHL, 2011).

Para a distinção entre os conceitos, busca apontar que a judicialização não implica ativismo judicial, visto que ser chamado a decidir a corte está apenas exercendo o seu papel de decidir, do qual não pode prescindir por ser a sua obrigação (RIBEIRO, 2016), enquanto o ativismo judicial está vinculado à maneira como as cortes e tribunais decidem, se pautando pelas próprias convicções morais na reinterpretação dos direitos e princípios constitucionais (DWORKIN, 2010). É nessa delimitação conceitual que se buscou apresentar o tema central da pesquisa. A resistência ao ativismo judicial parte do pressuposto de que o ativismo judicial implica a vinculação do direito com a moral, subordinando o direito aos princípios jurídicos previstos ou não na Constituição Federal, mesmo que em tal subordinação se abra mão dos instrumentos políticos próprios de criação normativa, o que difere da judicialização da política e dos processos democráticos do pós-guerra que buscaram subordinar tanto a atividade jurídica quanto a atividade política ao texto previsto em constituições escritas.

A partir dessa distinção se podem definir pontos de abordagem da resistência ao ativismo judicial. A deferência ao Poder Legislativo e uma limitação desse poder de decidir é o que defende a autocontenção ou o *judicial self-restraint* (POSNER, 2012) e as primeiras menções ao ativismo judicial e, conseqüentemente, a resistência à prática do ativismo pelas cortes tratavam dessa deferência ao Poder Legislativo e a superioridade da política para a solução de controvérsias jurídicas (KMIEC, 2004). O problema dessa primeira resistência é a subordinação do direito às vontades políticas majoritárias e a ausência a definição do momento onde as cortes deveriam agir. Ao subordinar o direito à política, exercício de função típica do Poder Legislativo, tal posicionamento não escapa da vinculação entre direito e moral, enquanto é na política que estão os valores morais a serem discutidos pela sociedade na criação legal e a deferência ao Poder Legislativo, ao ser uma deferência à maioria, é, conseqüentemente, uma deferência à vontade e os valores majoritários.

Para resolver as insuficiências de uma resistência ao ativismo judicial, pautada pela autocontenção, e apontar as falhas dessa lógica que em muito se assemelha ao próprio ativismo se apresentou uma segunda visão de resistência ao ativismo judicial que reafirma o direito positivo dentro de uma renovada visão do constitucionalismo, ao mesmo tempo, em que renova a lógica democrática ao estabelecer a supremacia da Constituição na limitação de todos os poderes, inclusive os poderes legislativo e judiciário. O constitucionalismo garantista resiste ao ativismo judicial ao estabelecer a separação entre o direito e a moral/política dentro de uma lógica constitucionalista e supera os limites da autocontenção judicial ao definir com clareza os momentos onde as cortes devem agir na atividade de controle de constitucionalidade, na defesa da constituição em face do direito vigente e criado pelo legislativo, subordinando a política ao direito (FERRAJOLI, 2014).

Esses pontos de resistência, no entanto, trazem outro problema. A conciliação do próprio STF com a teoria só pode ser encontrada nas decisões tomadas pela corte. Nesse ponto, as teorias servem de instrumentos para a tomada de decisões e, como parte do princípio e oposição a uma lógica estabelecida que prioriza a vinculação do direito e da moral, também partem da premissa que as cortes decidem contrárias ao próprio direito. O constitucionalismo garantista serve de contraponto à

prática das cortes enquanto aponta a suas insuficiências, mas essas insuficiências são e serão encontradas na prática das cortes em boa parte de suas decisões.

A atuação da corte e a sua relação com o ativismo judicial, como ponto principal da pesquisa, exige duas abordagens. A primeira aponta os problemas do ativismo judicial, principalmente a vinculação entre o direito e a moral, que retira do direito a sua autonomia em relação às forças políticas e sociais majoritárias e enfraquece a supremacia da constituição ao subordinar o texto legal às convicções morais daqueles que julgam. A segunda busca apontar como o próprio sistema jurídica lida com essas distinções entre a teoria jurídica, que nega e resistente ao ativismo judicial em uma abordagem renovada do direito, e a prática dos tribunais e cortes que, em uma abordagem sistêmica do direito, ocupam a posição central do sistema jurídico (LUHMANN, 2016).

Ao permitir uma visão interna e externa de funcionamento do sistema jurídico, a teoria sistêmica permita a abordagem da pesquisa empírica de duas formas. Ao delimitar a pesquisa às decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal é possível apontar a resistência ao ativismo judicial com base nas teorias da autocontenção e do constitucionalismo garantista, enquanto se analisa as divergências e similaridades com a prática da corte que, por sua vez, possui características próprias para a prática do ativismo judicial, recorrendo a instrumentos teóricos e práticos para justificar uma postura de resistência que permite o ativismo judicial em casos excepcionais. As distinções entre a teoria e a práticas das cortes são abordadas, nesse segundo momento, não na insuficiência da prática como a melhor visão do direito, mas a partir de uma descrição de como o sistema lida com essas distinções que, em uma abordagem sistêmica, é considerada uma autodescrição do sistema jurídico (LUHMANN, 2016).

Para identificar empiricamente não apenas a crítica ao ativismo judicial e a crítica à atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal em relação ao ativismo judicial, mas também a maneira como a corte lida com o ativismo judicial em suas decisões, foi realizada pesquisa de análise documental para identificar nos fundamentos de decisões tomadas pela corte a resistência ao ativismo judicial e em que momentos a corte justifica a sua atuação ativista.

Como o objetivo da pesquisa não é apenas criticar a atuação da corte com relação a práticas de ativismo judicial, mas compreender de que forma o STF trata a temática, seja concordância e justificando o ativismo judicial ou resistindo ao ativismo, foi delimitado um conjunto de decisões que tratavam expressamente do ativismo judicial. O sítio eletrônico de jurisprudências do STF, ao permitir pesquisa jurisprudencial por termos ou expressões, foi escolhido como o melhor local para se encontrar decisões que abordam expressamente o tema.

A delimitação do objeto de pesquisa às decisões que possuem, expressamente, em suas fundamentações os termos “ativismo” e “judicial” auxilia na definição dos pontos de resistência específica ao fenômeno analisado e permite a abordagem temática com relação ao tema específico, sem necessidade especulativa sobre a maneira ou como a corte age, enquanto não se está definindo o perfil da corte como ativista ou não ativista, mas analisando quando a corte assume posição de resistência ou não ao ativismo judicial.

A incidência do termo ao longo dos anos não é suficiente para delimitar o conjunto de decisões que se quer analisar. A menção ao ativismo judicial não serve de base para determinar como a corte lida ou descreve a si mesma em relação ao fenômeno, visto que a menção pode ser encontradas no relatório da decisão, presentes nas decisões recorridas ou nas petições das partes interessadas na causa submetida a análise da corte. Apenas a identificação do contexto onde o ativismo judicial é mencionado e a maneira como a corte lida, nos fundamentos decisórios, com os termos permite um melhor esclarecimento do objeto de pesquisa.

A metodologia escolhida, da pesquisa em jurisprudência da corte disponível no sistema de pesquisa de jurisprudência do STF apresenta, portanto, suas próprias limitações. Primeiro, a pesquisa por termos ou operadores é limitada pelo que se pode chamar de ponto de partida de qualquer pesquisa jurisprudencial que é a expressão de busca, ou seja, as palavras submetidas à pesquisa. Além disso, o grupo de decisões encontradas é limitado pelo próprio serviço de pesquisa, que entrega para o usuário um grupo fechado de decisões que contenham as expressões pesquisadas e, por essa característica, é taxativo e não extensivo.

Tal método de pesquisa se mostrou o mais efetivo para se atingir os objetivos pretendidos e se investigar as hipóteses apresentadas em razão da situação em que

se encontrava o ambiente de pesquisa nos anos de 2020 e 2021, período em que a pesquisa foi realizada. O mundo estava imerso na tragédia da pandemia da COVID-19³ e a maior parte das pesquisas acadêmicas precisaram se adequar ao um novo ambiente online, para reuniões, debates e apresentações de pesquisas, e é nesse contexto que a pesquisa bibliográfica dentro do serviço de jurisprudência do STF se mostra não apenas fundamental, mas como a única opção disponível em razão das eventualidades trágicas da pandemia. Como grande parte da pesquisa foi realizada em ambiente online e através dos instrumentos publicamente disponíveis para consulta, não foi necessário financiamento para a pesquisa.

Usando os termos “ativismo” e “judicial” no sítio eletrônico de jurisprudência do STF, até a data de 20/01/2021, foram encontrados: a) 17 (dezenove) acórdãos, 2 (dois) com repercussão geral e 1 (uma) questão de ordem; b) 57 (cinquenta e sete) decisões monocráticas; e c) 8 (oito) informativos. As decisões foram encontradas em um espaço de tempo de 10 (dez) anos.

Analisando as decisões, verifica-se que todas as menções ao ativismo judicial foram encontradas no período compreendido entre os anos de 2010 e 2021, sem existir uniformidade no tratamento do tema pelo STF, com um grande número de ocorrências de menções ao ativismo judicial nos anos de 2017, 2018 e 2020 e menções esporádicas nos demais anos, principalmente em decisões monocráticas (**ANEXO B**).

Não foram realizadas limitações temporais à pesquisa por termos e não se pode presumir que todas as decisões que tratem do tema tenham sido encontradas, dado que o acervo de jurisprudência conta com “julgados selecionados” e “não é exaustiva”, conforme se retira da resposta à solicitação de acesso à informação realizada pelo serviço oferecidos pela Central do Cidadão no próprio sítio eletrônico da corte (**ANEXO A**).

Dos 17 (dezessete) acórdãos onde foram encontrados os termos “ativismo” e “judicial”, 03 (três) deles⁴ fazem referência à doutrina da “autorrestrrição” e ao “elemento da deferência” associados com a doutrina jurídica norte-americana do *judicial self-restraint* (POSNER, 2016, p. 520), oposta ao ativismo judicial (PECH, 2001), tratada na língua portuguesa como “autocontenção judicial” (BARROSO,

3 Abreviação para o termo “Corona Virus Disease of the Year 2019”.

4 ADO 2/DF (BRASIL, 2020); ADO 22/DF (BRASIL, 2015); e ADI 5062/DF (BRASIL, 2016).

2015, p. 44). O termo “autocontenção” é utilizado expressamente em dois dos acórdãos⁵ que fazem referência à doutrina de deferência aos demais poderes, apontando que a associação do *judicial self-restraint* e da autocontenção tem reflexos na jurisprudência do STF.

A referência expressa a doutrina jurídica contrária ao ativismo judicial apontaram dois caminhos para a análise dos julgados: 1) identificar e criticar os fundamentos decisórios com base na autocontenção e o seu uso como instrumento de resistência ao ativismo judicial; e 2) a utilização da autocontenção como instrumento de descrição da corte em relação ao ativismo judicial, delimitando os usos e limites do fenômeno como parte da prática da atividade jurisdicional da corte.

Em 1 (um)⁶ dos acórdãos encontrados foi realizada referência à doutrina de Ely (1980). A teoria procedimental de Ely (1980) é associada a uma oposição ao ativismo judicial (HABERMAS, 1996) e a utilização da doutrina em relação à menção ao ativismo judicial no fundamento de decisão do STF aponta uma vinculação entre a doutrina e a atuação da corte analisada com maior profundidade em subcapítulo da presente pesquisa.

Em 4 (quatro)⁷ dos acórdãos foram encontradas, além da referência expressa ao ativismo judicial, referências ao “garantismo”. O constitucionalismo garantista de Ferrajoli (2014) é oposto ao ativismo judicial como teoria jurídica e a sua menção em oposição ou relação ao ativismo judicial em julgamento da corte parece sugerir uma resistência da corte, ou a utilização da doutrina como fundamento decisório contrário ao ativismo judicial, que foi analisado em subcapítulo próprio.

Além dos argumentos contrários ao ativismo judicial, foram encontradas em 3 (três) dos acórdãos analisados fundamentações que justificavam uma posição “mais ativa”⁸ do Poder Judiciário, a atuação ativista do Poder Judiciário nos casos de lacuna legal⁹ e o uso dos princípios republicanos ou democráticos para “corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo”¹⁰, fundamentos vinculados à

5 ADO 2/DF (BRASIL, 2020); ADO 22/DF (BRASIL, 2015).

6 ADI 4650 (BRASIL, 2015).

7 ADI 4578 (BRASIL, 2012); ADC 29 (BRASIL, 2012); ADC 30 (BRASIL, 2012); e AP 937 QO (BRASIL, 2018).

8 ADI 5105/DF (BRASIL, 2016).

9 ADI 4277/DF (BRASIL, 2011).

10 ADI 4650/DF (BRASIL, 2015).

posição doutrinária do ativismo judicial (BARROSO, 2015; STRECK, TASSINARI E LEPPER, 2015; SILVA E SANCHEZ, 2014; MORETTI E COSTA, 2016).

A presença de justificativas para o ativismo judicial e resistência ao ativismo judicial são a base para a análise das autodescrições do sistema do direito, enquanto a corte não se limita a uma posição doutrinária jurídica específica ou uma teoria jurídica específica na tomada de decisões que tratam expressamente do tema. Embora se possa fazer a crítica com base nas teorias jurídicas que fazem resistência ao ativismo judicial, a base empírica de análise, as decisões julgadas pela corte, parecem indicar uma leitura complexa do fenômeno nas cortes e uma visão jurídica/sociológica com base na teoria sistêmica de Luhmann facilita a descrição da atividade da corte e sua relação com o próprio direito e suas teorias.

Tal abordagem permite uma dupla visão do ativismo judicial na corte. Enquanto se analisa as decisões com base nas teorias jurídicas contrárias ao ativismo judicial, se está analisando a corte por dentro do sistema e dos instrumentos utilizados para fundamentação, crítica e aplicação de teorias jurídicas. Ao mesmo tempo, ao identificar o ativismo judicial como prática corrente das cortes e, conseqüentemente, a aceitação do ativismo judicial e dos pontos de resistência a depender da fundamentação e das matérias submetidas a juízos, se está partindo de uma visão externa ao próprio sistema do direito e como ele aborda das diferentes teorias jurídicas e como descreve a si mesmo com relação ao ativismo judicial. A teoria sistêmica de Luhmann funciona, nesse ponto, como acoplamento estrutural entre os dois sistemas, do direito e da ciência (BÔAS FILHO, 2010).

Esse é o mesmo motivo que leva a exclusão de parte das decisões encontradas, principalmente decisões monocráticas, de uma análise qualitativa. Das 57 (cinquenta e sete) decisões monocráticas encontradas com referência expressa aos termos “ativismo” e “judicial”, foram encontradas decisões que negavam provimento apontando: a) a impossibilidade de atuação da corte em caso adstrito ao âmbito infraconstitucional¹¹; b) impossibilidade de atuação da corte em substituição ao administrador público¹²; c) impedimento da gerência do Poder Judiciário sobre decisão orçamentária do Poder Executivo¹³; d) impossibilidade do Poder Judiciário,

11 ARE 1175295.

12 ARE 1177823.

13 AI 767681.

por ausência de competência legislativa, de aumentar vencimentos com base na isonomia¹⁴; e) a defesa da contenção judicial contra um “ativismo antiliberal” do Poder Judiciário¹⁵; e f) a impossibilidade de aplicação casuística e contra a segurança jurídica de norma constitucional¹⁶.

Embora existam referências a deferência ao Poder Legislativo, o que está em conformidade com a doutrina do “*judicial self-restraint*” (POSNER, 2016, p. 520) e “autocontenção judicial” (BARROSO, 2015, p. 44), as menções ao ativismo judicial não foram feitas pela própria corte na maioria das ações: a) em 25 (vinte e cinco) das decisões, a menção ao ativismo judicial está presente na decisão de tribunal inferior e objeto de recurso ao STF¹⁷; b) em 11 (onze) das decisões, a menção ao ativismo judicial é realizada pelos requerentes, na petição de razões recursais à corte¹⁸; c) em 9 (nove) das decisões, existe menção a ativismo em sentido geral ou em ativismo legislativo ou político¹⁹; e d) em 1 (uma) das decisões a menção ao ativismo judicial é feita em justificativa para abertura de CPI para investigação de ministros do STF²⁰. Apenas em 5 (cinco) das decisões monocráticas há menção expressa ao ativismo judicial em fundamentação da corte²¹.

Em razão do objetivo proposto, apenas essas 5 (cinco) decisões monocráticas onde há menção do ativismo em fundamentação da corte foram analisadas mais a fundo pela pesquisa, o restante das decisões nem mesmo foram referenciadas para evitar a repetição ou ampliar o grupo de decisões pesquisadas e o escopo da pesquisa. A maneira como a corte lida com o ativismo judicial é o ponto crucial da pesquisa. A referência expressa pela própria corte descrevendo a si mesma com relação ao ativismo judicial e as possíveis críticas e apontamentos que se retiram dessas referências é o objetivo principal da pesquisa.

14 ARE 834786, Rcl 26310, Rcl 27591 e Rcl 24966.

15 Rcl MC 24760, Rcl MC 22328.

16 ADPF MC 323.

17 ARE 1165829; ARE 646366; ARE 983119; ARE 1177823; RE 636549; ARE 1066016; ARE 1157715; ARE 1036936; RE 1250896; ARE 937655; RE 1049519; Pet 5757; RE 1062597; AI 767681; HC 151559; ARE 1170694; RE 1296154; AI 858067; RE 1068528; ARE 1145481; ARE 721003; AC 3748; HC 177853; ARE 1279981 e Rcl 38492.

18 ARE 1175295; Rcl 42000; MS 35502; ARE 964206; Rcl 30169 MC; ARE 834786; ARE 1065384; ARE 1066618; ARE 1302829; Rcl 31252 AgR-ED; SL 1411 MC.

19 Pet 5763; Rcl 24760 MC; Rcl 21242; Rcl 26310; Rcl 25959 MC; Rcl 27591; Rcl 25461; Rcl 24965; Rcl 24966.

20 MS 36649.

21 ADI 5946 MC-AgR (BRASIL, 2020); MS 32033 MC (BRASIL, 2013); ADI 6327 MC (BRASIL, 2020); MS 33729 MC (BRASIL, 2015) e ADPF 323 MC (BRASIL, 2016).

As decisões encontradas, em razão dos fundamentos apresentados em resistência ao ativismo judicial e em justificção do ativismo foram analisadas em dois momentos distintos e com dois objetivos distintos. A referncia à teoria jurfdica contrria ao ativismo judicial, especialmente a defesa de uma autocontenção ou autorrestrição da corte, foi analisada em comparação com a própria teoria jurfdica da autocontenção, formulada por Bickel e apresentada por Posner (2012), com a finalidade de identificar as similaridades e as diferentes entre a teoria jurfdica e o uso prático da teoria pela atuação do STF. Igualmente, a referncia ao garantismo, como parte da teoria constitucionalista garantista, foi utilizada para descrever as divergências e similaridades da teoria com a prática da corte.

Em razão dessas similaridades e divergências, em um segundo momento de analisou o uso das teorias jurfdicas e do próprio ativismo judicial como parte do funcionamento da corte na formulação de suas fundamentações e, conseqüentemente, de suas decisões. O ativismo judicial, a autocontenção, o garantismo, a resistência ou a justificção são parte dos instrumentos teóricos e práticos utilizados pelo STF e, em uma visão ampla e sistêmica do judiciário, servem ao propósito de funcionamento do próprio sistema. Nesse ponto, uma análise sistêmica com base em uma teoria ao mesmo tempo de base sociológica e jurfdico forneceu os meios e fins para posicionar tais divergências e similaridades entre a teoria e prática como parte do próprio sistema.

Em resumo, a revisão bibliográfica serve para delimitar o tema e, ao mesmo tempo, em comparação com a pesquisa empírica, apontar as carências teóricas da fundamentação jurfdica do STF quando trata do tema do ativismo judicial e de que forma a própria corte utiliza o ativismo judicial e delimita os parâmetros de controle e uso do ativismo judicial. Nos próximos capítulos, em razão da pesquisa encontrada, foi delimitado o conceito de ativismo judicial, apontada a resistência teórica ao ativismo judicial dentro de três visões distintas de como o sistema jurfdico deveria funcionar, descrita a maneira como o STF lida com o ativismo judicial e estabelecida tanto a teoria quanto a prática como autodescrições do sistema jurfdico em relação ao seu próprio funcionamento, que determinam os limites e exceções à prática do ativismo judicial e definem a regra geral de resistência ao ativismo judicial.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

O constitucionalismo, fenômeno mundial do pós-guerra que atinge boa parte das nações modernas do ocidente, inclusive o Brasil, é o paradigma daquilo que se pode chamar estado constitucional de direito, um aprimoramento do estado de direito pela difusão de constituições escritas e rígidas como parâmetro de validade do direito vigente caracterizado pela “*subordinación de la legislación misma al derecho*” (FERRAJOLI, 2014, p. 19). Ao estabelecer a subordinação da legislação ao direito, o constitucionalismo acaba por transferir às cortes constitucionais um papel institucional central no controle da validade da legislação, cabendo às cortes decidirem até mesmo questões centrais da política nacional, no que se pode chamar judicialização da política, um dos fenômenos mais significantivos do início do século XXI (HIRSCHL, 2011).

Para Ribeiro (2013), a expressão “judicialização” tem sido usada para descrever a maior ocupação do espaço social pelas decisões judiciais, inclusive de natureza política. Ainda nessa linha, a judicialização é fenômeno social ligado com o aumento de complexidade da sociedade e do aumento de demandas sociais que exigem a atuação do Poder Judiciário, proibido de não decidir, e do que se escolheu chamar neoconstitucionalismo em que se observa, no Brasil e ao redor do mundo, um aumento de consciência em relação aos direitos humanos e fundamentais, e uma ostentação e defesa desses direitos que, por vezes, “alija o legislador ordinário do seu papel de editor da legislação abstrata e genérica” (RIBEIRO, 2013, p. 27).

A defesa do constitucionalismo e de um estado democrático de direito exige instituições sólidas e independentes capazes de defender a sociedade dos egoísmos da maioria parlamentar ou dos abusos de uma minoria autoritária com base nos fundamentos constitucionais. Significa dizer que haverá um incremento da tensão entre os poderes constituídos, em especial do judiciário em oposição às vontades parlamentares do legislativo e do atos monocráticos do executivo, chamado a manifestar-se sobre a legitimidade constitucional dos atos dos demais poderes.

O constitucionalismo e a importante atuação do Poder Judiciário na consolidação das previsões constitucionais é uma tendência mundial e a atuação

dos juízes e dos tribunais passa a ser compreendida de dois modos: como judicialização da política e/ou ativismo judicial (STRECK *et al.*, 2015).

A judicialização da política e o ativismo judicial, embora possam ser considerados dois “lados de uma mesma moeda” (RODRIGUEZ, 2013, p. 183), não são sinônimos e embora sejam frutos do constitucionalismo mundial com implicações no Brasil, não servem aos mesmos propósitos. A judicialização da política pode ser entendida como a consequência constitucional da ampliação das capacidades de controle de constitucionalidade que, embora tenha origens nas ideias de um estado liberal de direito, modificou-se ao longo dos anos para servir de instrumento de controle concreto e abstrato dos atos executivos e legislativos dos poderes constituídos atuando em oposição à constituição.

Por outro lado, o ativismo judicial é a atuação em oposição a um constitucionalismo sólido, buscando-se fundamentações e atuações das cortes em defesa de interesses difusos, as vezes políticos e outras vezes dogmáticos, que embora possam ser valorados e defendidos por parte da sociedade e possuam seu valor social, não respeitam a ordem constitucional estabelecida.

Para Ribeiro (2013), o ativismo judicial é fenômeno social que deriva da anomia, entendido como a ausência de lei, que pode ter seu conceito alargado para compreender, também, uma atuação defeituosa do Poder Judiciário que vai além de suas funções constitucionais, passando de aplicador a criador de legislação, mas dentro de uma atuação derivada da anomia, se compreende como “possível e necessário” (RIBEIRO, 2013, p. 27).

Há na construção de Ribeiro (2013) uma ligação entre a judicialização e o ativismo judicial, mas os dois são conceitos distintos sobre a maneira como Poder Judiciário atua no sistema jurídico e não podem ser confundidos, principalmente quando analisada a atuação específica do Poder Judiciário. A ausência de legislação e a transformação da sociedade são o motivo e a força motora da atuação jurisdicional que, com base nelas, decide atuar em substituição ao legislador.

Existem, portanto, pontos fundamentais que distinguem o ativismo judicial da judicialização da política. Embora ambos estejam vinculados com o alto grau de judicialização que assume a atual conjuntura jurídica brasileira, o ativismo está mais associado com um “ato de vontade” do órgão julgador, sendo uma questão ligada à

interpretação da Constituição Federal, enquanto a judicialização é um fenômeno jurídico-político criado pelos instrumentos democráticos das nações modernas, como resultado do constitucionalismo do pós Segunda guerra Mundial (SALIM; SILVA, 2016).

As distinções entre os dois fenômenos é ainda mais importante em razão das “consequências equivocadas da recepção do conceito norte-americano de ativismo judicial no Brasil” (STRECK *et al.*, 2015, p. 53), que podem levar juristas e juízes a fundamentarem suas ações e decisões em argumentos para além dos argumentos jurídicos e constitucionais.

2.1 A origem histórica da judicialização da política

A defesa dos interesses políticos minoritários sempre foi uma preocupação do mundo contemporâneo. A possibilidade de uma posição majoritária calar as vozes minoritárias é uma realidade da ordem democrática e uma das suas principais falhas, senão a maior delas. A regra majoritária de deliberação democrática sempre será correta se não implicar na total impossibilidade das vozes dissonantes de terem as suas pretensões atendidas, mesmo que com alguma composição com a maioria divergente. Na pretensão de se dar instrumentos de controle das posições majoritárias em face das minorias democráticas é que se buscou instrumentalizar a judicialização da política.

A judicialização da política e o ativismo judicial são conceitos do mundo jurídico e sociológico que andam juntos e muitas vezes se confundem. Não há entre os dois uma relação de originalidade, um não surgiu do outro e outro não surgiu do um, mas eles são ligados por fazerem parte de uma construção jurídica e social da competência do Poder Judiciário atuar sobre os atos de outros poderes.

Quando o Poder Legislativo cria uma lei, geralmente pela deliberação e aprovação da maioria eleita para representar parte ou a totalidade da sociedade em casas de representação parlamentar, essa lei deve passar por critérios de validade próprios das democracias consolidadas e a avaliação desses critérios é feita, em parte, pela judicialização da política, definida de maneira simplória como a transformação de um ato típico da política deliberativo em objeto processual, sendo

a revisão judicial a principal dessas formas de judicialização da política. Ao realizar a revisão de um ato do Poder Legislativo, o Poder Judiciário está sendo contrário à vontade da maioria eleita e tal controle deve ser limitado à constitucionalidade da lei objeto de revisão ou do conflito de uma lei inferior na hierarquia de leis construída pelo ordenamento de uma nação.

A revisão judicial é um tipo menor do gênero maior chamado judicialização da política, porque é ato do Poder Judiciário chamado a decidir a validade de um ato que teve origem em outro poder democrático que exerce o poder político da representatividade parlamentar ou de governo. Isso não significa que o Poder Judiciário está exercendo poder político, visto que o controle de constitucionalidade pela revisão judicial não considera as posições políticas ou ideológicas daqueles que votaram e aprovaram um determinado ato, mas exerce um controle da validade do ato ao confrontá-lo com o texto normativo e com os princípios contidos na Constituição. Por isso que o instrumento de controle de constitucionalidade é próprio das nações constitucionais, ou seja, aquelas que possuem uma carta magna que transcreve direitos, obrigações e as maneiras de garanti-los, permitindo a criação de mecanismos de controle de atos dos poderes representativos por um terceiro poder.

Embora a judicialização da política e sua principal forma, o *judicial review* (VALLINDER, 1994), tenham origem nas primeiras discussões sobre a democracia estatal liberal do século XIX, com Tocqueville, Mill, e tantos outros, a possibilidade de revisão dos atos dos demais poderes pelo legislativo está cada vez mais presente nas democracias modernas do século XXI e embora a judicialização seja convencionalmente tratada como uma prática antidemocrática, em democracias não-consolidadas é um claro sinal de sucesso da democratização (MAZMANYAN, 2015).

A judicialização da política ganha força nessas circunstâncias exatamente porque democracias tardias e nações que sofreram com as mazelas de governos autoritários se veem diante da necessidade de consolidar a garantia dos direitos de seus cidadãos, esquecidos ou represados pela impossibilidade da revisão de atos dos demais poderes por suas cortes, ou pela ineficiência da ordem democrática de dar ouvido às vozes minoritárias.

Ao mesmo tempo, a vontade moderna de resolver os problemas sociais do presente pode levar ao ativismo judicial, que nada mais é do que a prática do poder

político por parte do Poder Judiciário e a usurpação das competências próprias do Poder Legislativo, evitando que toda a construção da judicialização da política e da revisão judicial sejam respeitados de maneira democrática.

Judicializar significar tratar juridicamente, dar/assumir caráter judicial ou recorrer à via judicial para resolver um problema²² e Vallinder (1994) acrescenta que também deve significar como se julga, na posição de juiz, em relação à administração da justiça, por processo legal ou por sentença de uma corte de justiça. Judicialização da política, portanto, significa:

“(1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.” (Vallinder, 1994, p. 92)

Em regra, em países democráticos, dentro de suas casas parlamentares, o poder de decisão é baseado em um princípio majoritário e na liberdade do debate público entre iguais. No entanto, o mesmo não pode ser dito das cortes de justiça, que possuem uma organização e um método de trabalho especializado e burocrático. A diferença entre as formas com que os meios político e jurídico resolvem conflitos foi teorizado por Vallinder (1994) em dois tipos ideias com atores, métodos de trabalho, bases de decisão, resultados e implicações próprios.

	Cortes	Legislatura
Atores	Duas partes e um juiz	Diversas partes (partidos)
Método de Trabalho	Audiências abertas	Barganha, as vezes a portas fechadas; Comprometimentos; <i>Quid pro quo</i>
Regra básica de decisão	Decisão tomada por um juiz imparcial	Princípio majoritário
Resultado	A resolução de um caso individual com criação de precedentes (judicial review)	Regras gerais (leis, orçamentos), criação de políticas
Implicações	Determinar os fatos (o que aconteceu); “solução correta”	Distribuição de recursos (econômicos); solução política possível

Figura 1 – Tipos ideais para tomada de decisões de Vallinder (1994)

22 Fonte: dicionario.proberam.org/judicializar

Esses tipos ideais não definem todas as maneiras como as cortes e as casas legislativas tomam suas decisões, mas fornecem um panorama básico para o entendimento das diferenças entre os métodos dos dois poderes, que possuem princípios diferentes e claros que distinguem a atuação do Poder Legislativo da atuação do Poder Judiciário, ambos fundamentais para a democracia. Segundo essa construção, as cortes possuem a obrigação de defender os direitos fundamentais dos cidadãos, a chamada liberdade negativa e as casas legislativas possuem o dever de cuidar dos direitos e obrigações da maioria (VALLINDER, 1994).

A judicialização da política se caracteriza pela priorização do primeiro princípio em detrimento do segundo princípio, ou seja, a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos em primazia aos direitos e deveres da maioria (VALLINDER, 1994).

Para Vallinder (1994), a principal forma de judicialização da política é a revisão judicial (*judicial review*) dos atos dos poderes legislativo e executivo pelas cortes de justiça. Tal instrumento tem como base a codificação de uma constituição por um país, seja por uma assembleia constituinte ou por corpo legislativo, e essa revisão judicial pretende manter o Poder Legislativo nos limites próprios previstos na constituição e, assim, protegendo-a de usos indevidos de seus poderes.

Vallinder (1994) prossegue em seu entendimento afirmando os primeiros pensadores da democracia, como Thomas Paine, não previram o conflito entre os dois tipos de resolução de conflito entre cortes e legislativo. No entanto, os pais fundadores dos Estados Unidos, em 1787, tiveram uma visão um pouco mais cética em relação à regra majoritária e, conseqüentemente, tinham maior interesse no papel constitucional das cortes, para exemplificar a sua posição, o autor traz trecho presente no *Federalist Papers* (N. LXXVIII) de Alexander Hamilton que afirma ser o judiciário o mais fraco dos três poderes constituídos e defendia a possibilidade de revisão judicial:

“The complete independence of the courts of justice is peculiarly essential in a limited Constitution. By a limited Constitution I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority: such, for instance, as that it shall pass no bills of attainder, no ex postfacto laws, and the like. Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to

declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing” (MADISON, et al. 1987: 438 *apud* VALLINDER, 1994, p. 94).

Ceticismo contra a regra majoritária que está presente em diversos pensadores do liberalismo europeu do século XIX, como Benjamin Constant, Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill. Tocqueville (1835) defende os poderes garantidos às cortes americanas de julgarem a inconstitucionalidade das leis como uma das principais barreiras contra a tirania das assembleias políticas:

“Enclosed within its limits, the power granted to the American courts to rule on the unconstitutionality of laws still forms one of the most powerful barriers that has ever been raised against the tyranny of political assemblies.” (TOCQUEVILLE, 1835, p. 175).

Segundo Vallinder (1994), Mill seguiu o mesmo caminho de Tocqueville ao defender em seu livro *On Liberty*, de 1859, a possibilidade da checagem, pela revisão judicial, das tiranias da maioria, incluindo a tirania da opinião pública.

2.1.1 A judicialização da política na visão europeia

A revisão judicial também está presente na tradição europeia, embora tenha origem própria e independente da tradição americana. No período posterior à primeira guerra, Hans Kelsen foi encarregado de redigir uma nova constituição para o estado austríaco. A Constituição austríaca de 1920 previa a possibilidade da revisão judicial, mas diferente da tradição americana, no modelo austríaca a revisão judicial deveria ser executada por uma corte constitucional criada especialmente com essa finalidade (VALLINDER, 1994).

Tais ideias voltaram a ser discutidas no período posterior à Segunda Guerra Mundial, em que ocorreu um aumento expressivo no papel das cortes e juízes (VALLINDER, 1994).

Com a derrota da Alemanha na segunda guerra, buscando evitar as atrocidades cometidas pelo regime totalitário, a República Federativa da Alemanha redigiu uma nova constituição (*Grundgesetz*) que continha uma extensiva Carta de Direitos, uma Corte Constitucional e a possibilidade de revisão judicial e as demais

economias mundiais, socialistas ou capitalistas, também realizaram diversas reformas em suas ordens legais para incluir, no caso socialista, uma economia planificada com extenso serviço de seguridade social e, no caso da Inglaterra e da Suécia, por exemplo, sugestões de políticas que promovessem a igualdade econômica e a liberdade política (VALLINDER, 1994).

No Reino Unido, verificou-se uma forma de judicialização de política diversa de sua forma habitual, o *judicial review*, com a inclusão no direito administrativo de regras e princípios desenvolvidos pelas cortes (SUNKIN, 1994), principalmente pelo trabalho do comissário do fundo social e do inspetorado, embora seus métodos não tivessem uma natureza adjudicativa (DRABBLE; LINK, 1989 *apud* SUNKIN, 1994), definida por Vallinder (1994) como a expansão dos métodos jurídicos para fora da esfera de atuação própria judicial.

Além da judicialização da política em sua outra forma, também pode-se afirmar que a judicialização da política no Reino Unido se expandiu para uma judicialização política inspirada nas cortes e uma judicialização politicamente inspirada. Na judicialização inspirada pelas cortes, verificou-se uma extensão do escopo de revisão judicial para abranger a competência judicial para além da competência tradicional, incluindo decisões sobre política educacional, licenciamento televisivo, regulação de companhias aéreas e previdência. A principal forma de judicialização política inspirada nas cortes se deu em matéria prisional, uma vez que permitiu a garantia dos direitos civis dos prisioneiros:

“(...) the Court of Appeal, in *ex parte St Germain*, asserted jurisdiction to review disciplinary decisions of the Prison Board of Visitors. The decision apparently came as something of a shock to administrators who thought that the roof had fallen in on them. *St Germain* was followed by a series of decisions holding that prisoners retain their civil rights whilst in prison; that Boards of Visitors have a duty to consider allowing legal representation;² that governors' disciplinary adjudications and certain managerial decisions are also reviewable.¹³ These English cases were reinforced by decisions under the European Convention on Human Rights.” (SUNKIN, 1994, p. 127)

A Convenção Europeia de Direitos Humanos foi importantíssima para a formalização dessa forma própria da judicialização política do Reino Unido ao forçar emendas legislativas com o objetivo de garantir os direitos dos cidadãos nos países

de rígido e estabelecido *rule of law* uma espécie de judicialização política estrangeira (VALLINDER, 1994).

Passando do mundo pós segunda guerra para o mundo pós guerra fria, pode-se verificar que na transição de um governo autoritário para uma democracia, os constituintes criaram corpos separados para a implementação de revisão judicial das decisões de caráter majoritário (MAZMANAYA, 2015).

Na Rússia, a corte constitucional foi criada em 1991 e, no papel, se tornou o maior tribunal deste tipo (a Primeira Corte Russa) e, entre seus poderes, estavam incluídos tanto a revisão concreta quanto abstrata de acordos internacionais, leis, atos de governo ou presidenciais, disputas jurisdicionais, *impeachment* de oficiais do estado-maior e revisão constitucional da suspensão de partidos políticos (MAZMANAYA, 2015).

Atualmente, a maior parte dos países da antiga união soviética, exceto o Turcomenistão, possuem cortes constitucionais com algum tipo de poder de revisão judicial. Por exemplo, as cortes constitucionais do Azerbaijão, Georgia, Rússia e Tajiquistão podem rever disputas entre braços do governo e as cortes da Armênia, Moldávia e Georgia podem decidir a constitucionalidade de partidos políticos (MAZMANAYA, 2015).

A criação da corte e de seus poderes para revisão judicial, no entanto, não ficaram sem contestação por parte das autoridades eleitas. Na Rússia, em 1993, após tomar decisão contrária às vontades do Presidente Yeltsin, a corte constitucional russa foi suspensa e o mesmo aconteceu na corte constitucional do Cazaquistão, em 1995 (MAZMANAYA, 2015).

Em Belarus, o presidente Lukashenko forçou a demissão dos juizes da corte constitucional em 1996, após a corte agir em diversas vezes para rever leis antidemocráticas editadas por ele e, atualmente, embora mantenham certos poderes de *judicial review*, nenhuma das cortes constitucionais emergiram como instituições independentes, as cortes dos estados da ásia central, como o Cazaquistão e o Tajiquistão, são meras instituições de fachada e as demais cortes, na Armênia, Georgia, Quirquístão, Moldávia, Ucrânia e Rússia, embora vigorosas, estão submetidas a algum nível de restrição pelo poder político dominante (MAZMANAYA, 2015).

O que parece ser comum entre diversas democracias ao redor do mundo e que também é observado em países da americana latina é a ligação entre a existência de garantias e independência de cortes constitucionais e a adoção de medidas práticas informais de líderes eleitos para ameaçar ou manipular as cortes com a possibilidade, ou não de judicialização (COUSO; HUNEEUS; SIEDER, 2010).

Pode-se dizer que o efeito da judicialização da política ao redor do mundo foi a transformação das cortes constitucionais em parte crucial do aparato de decisão política de seus respectivos países em um processo que pode ser descrito como transição para uma *juristocracy* (juristocracia). É nesse contexto de modernização que, ao requerer a existência de um judiciário independente, em conjunto com um catálogo constitucional de direitos e mecanismo de revisão judicial, facilita-se o ativismo judicial ao prover outros atores com meios alternativos para o avanço de seus objetivos políticos (HIRSCHL, 2011).

2.1.2 A judicialização da política e o controle de constitucionalidade no Brasil

A judicialização da política e sua forma expressiva, o *judicial review* ou *judicialization from without*, como instrumento de controle da tirania das assembleias majoritárias se moldou e transformou-se ao longo dos anos e expandiu-se por todo o mundo e, evidentemente, teria suas implicações nas práticas políticas e jurídicas brasileiras, com as peculiaridades próprias da construção histórica de nosso país e da mudança paradigmática de atuação do Poder Judiciário no início de nossa independência aos dias atuais.

No Brasil império, o juiz possuía uma posição informal, em que agia como um mediador entre as políticas locais e o centro do poder imperial. Apenas na República o juiz transformou-se de mediador político para um magistrado moderno e, conforme Arantes (1994), o preâmbulo do Decreto 848 de 1890 aponta com clareza essas diferenças:

“(…) A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica.” (BRASIL, 1890, dnp).

É possível identificar no documento influências políticas e ideológicas importantes, como o dever de constituição de poderes limitados que serviriam de base para a política que se iniciaria com a República brasileira:

“A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglês, foi oppor um limite ao poder violento dos reis; o dever do liberalismo na epoca actual é oppor um limite ao poder illimitado dos parlamentos. Essa missão historica incumbe, sem duvida, ao poder judiciario, tal como o architectam poucos contemporaneos e se acha consagrado no presente decreto” (BRASIL, 1890, dnp).

A Constituição Republicana de 1891 foi um marco crucial no estabelecimento da revisão judicial, através do controle de constitucionalidade difuso, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição e foi replicado no regimento interno do corte, no mesmo ano²³. Embora tenha diminuído o espectro de atuação política dos juízes, a Constituição Republicana de 1891 produziu uma maior autonomia do Judiciário em relação aos poderes representativos (CARVALHO, 2010).

O paradigma constitucional brasileiro continuou sendo o mesmo até a nova Constituição de 1934, redigida e aprovada durante o governo de Getúlio Vargas, que transformou parte da estrutura do Poder Judiciário, diminui o número de ministros, aposentou ministros opositores ao regime e alterou o controle de constitucionalidade, determinando que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais e atribuiu ao Senado a competência de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário (CARVALHO, 2010).

Além das limitações das revisões judicias de atos dos demais poderes, a Constituição Federal de 1934 trazia em seu corpo uma restrição específica à judicialização da política ao afirmar, em seu artigo 68 que era “vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas” (MARTINS; MENDES *apud* CARVALHO, 2010, p. 182). Restrição à revisão judicial que se ampliou na Constituição Federal outorgada de 1937, que previa em seu corpo a possibilidade do

²³ Artigo 59, §1º, alíneas "a" e "b", da Constituição de 1981 e art. 15, § 2º, "b", nos 1 e 2 do regimento interno do Supremo Tribunal Federal também de 1981.

presidente da república remeter ao Congresso lei que fosse declarada inconstitucional, contrária ao bem-estar do povo e à promoção ou defesa do interesse nacional (CARVALHO, 2010).

Com o final da Segunda Guerra Mundial, o Brasil sofreu influência do movimento constitucional que tomou conta da Europa e, embora tenham ocorridos mudanças nas competências do STF, o controle de constitucionalidade permaneceu o mesmo da Constituição de 1934, ainda exigindo a maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e atribuindo ao Senado a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF (CARVALHO, 2010).

Embora os instrumentos de revisão judicial fossem mantidos nos termos da Constituição de 1934, a judicialização da política ganhou força de outra forma, com o aumento das possibilidades de intervenção efetuadas pelo Procurador-Geral da República, e a Constituição Federal de 1946 deu o primeiro sinal de que lhe interessava judicializar aspectos que antes estavam restritos ao mundo político (CARVALHO, 2010).

É importante destacar as origens dessas mudanças em muito similares às democracias europeias, conforme explicitadas por Vallinder (1994), que emergiram da Segunda guerra Mundial, de estados de repressão autoritária, para estados democráticos:

“É interessante destacar que as Constituições de 1946 e 1988 não foram elaboradas com base em um projeto preordenado que fosse oferecido previamente à Assembléia Constituinte. Talvez, não por acaso, sejam elas pioneiras na delegação de poderes de controle ao Judiciário. A abertura política antecedida de um regime de exceção criou o ambiente propício às mudanças institucionais que mitigassem o forte poder exercido pelo Executivo. Essa tendência de expansão do poder judicial em momentos de forte mudança do *status* político, econômico e/ou social culmina com a experiência européia.” (CARVALHO, 2010, p. 186).

Mudanças que logo foram mitigadas, em uma trágica reestruturação do controle autoritário antidemocrático, pelo Regime Militar de 1964 que “teve a oportunidade de extinguir o controle difuso da constitucionalidade” (CARVALHO, 2010, p. 188) quando o próprio Supremo Tribunal Federal propôs a introdução do instrumento de “representação da inconstitucionalidade como forma de ação direta, com controle abstrato das normas” (ARANTES *apud* CARVALHO, 2010, p. 189).

Proposta que não teve o respaldo do Poder Executivo, que manteve o poder do Procurador-Geral da República de encaminhar apenas o que entendesse como lesão à Constituição para apreciação do Poder Judiciário.

A resolução desse problema beneficiou o Regime Militar por sua praticidade, evitando que precisasse controlar todos os membros vitalícios do STF, precisando controlar apenas a nomeação de um único indivíduo, o Procurador-Geral da República:

“Se a proposta do Supremo Tribunal Federal tivesse sido aceita, o Executivo perderia o controle sobre o que poderia ser analisado de forma abstrata, ou seja, sobre o que poderia ser judicializado. Ao invés de ter apenas o Procurador-Geral da República como intérprete dos problemas constitucionais, também teríamos todos os ministros do Supremo. Controlar um Procurador, que é indicado a cada dois anos pelo Presidente da República, é bem diferente do que controlar mais de dez juízes com todas as suas prerrogativas e garantias, entre elas a vitaliciedade.” (CARVALHO, 2010, p. 189).

O controle sobre o que pode ser judicializado, portanto, um controle sobre a judicialização da política, sobre o que a corte constitucional pode se manifestar, apenas reforça a ideia do instrumento da judicialização como um garantidor dos direitos básicos do cidadão e reforçam a ideia de que as limitações a essa judicialização intensificam as características autoritárias de um regime, em muito similar as formas como as nações pós-soviéticas fizeram e ficou demonstrado por Mazmany (2015).

O STF ainda foi vítima de uma norma de controle institucional com a edição do Ato Institucional n. 2, de 27/10/1965, que ampliou o número de Ministros de onze para dezesseis e retirou as garantias de vitaliciedade e inamovibilidade para toda a magistratura (CARVALHO, 2010), além de excluir da apreciação do Poder Judiciário os “atos praticados pelo comando da revolução e pelo governo federal” (BEDÊ Jr, 2013, p. 164).

Embora a instauração do Regime Militar e a edição de seus Atos Institucionais tenham assegurado a manutenção da Constituição de 1946, essa passou a ter um caráter meramente formal, visto que o comando da revolução “tinha poderes para sumariamente cassar direitos políticos, aposentar e demitir juízes, sem

que houvesse a possibilidade de discussão judicial desses atos” (BEDÊ Jr, 2013, p. 164).

O enfraquecimento do Poder Judiciário acentuou as distorções próprias das maneiras de tomada de decisões democráticas, impedindo qualquer tipo de aprimoramento da garantia dos direitos fundamentais do cidadão e, sem os freios próprios da revisão judicial, intensificou as liberdades dos demais poderes de impôr suas vontades através da deliberação majoritária do Poder Legislativo e dos atos discricionários do poder executivo, “ao ponto da falta de controle levar o presidente Castello Branco a baixar nada menos que três atos institucionais, 36 complementares, 312 decretos-leis e 3746 atos punitivos” (BONAVIDES; ANDRADE *apud* BEDÊ Jr, 2013, p. 165) apenas nos anos entre 1965 e 1966.

A sequência de modificações da ordem legal brasileira para reduzir ainda mais as capacidades de revisões dos atos dos demais poderes pelo judiciário acabariam por culminar na edição do Ato Institucional n. 5 que instalou a certeza de uma ditadura “centralizada na figura do Presidente da República” (BEDÊ Jr, 2013, p. 167) e uma série de emendas constitucionais ampliaram “a capacidade do Procurador-Geral da República para judicializar conflitos políticos” (CARVALHO, 2010, p. 189) ao ponto de transformá-lo no “maior protagonista da engenharia institucional patrocinada pelos militares no controle de constitucionalidade” (CARVALHO, 2010, p. 190).

A judicialização da política, portanto, embora pudesse acontecer em casos-chaves, estava restrita à vontade de um único indivíduo, o Procurador-Geral da República, que era controlado pelo Regime Militar e tirava do cidadão a possibilidade de garantir, por meios diversos, os seus direitos de cidadania. Portanto, embora o sistema jurídico fosse revestido de um véu de legalidade, essa legalidade era apenas aparente e “não sobrevive a uma análise mais profunda dos requisitos para que haja uma democracia ou um regime constitucional adequado” (BEDÊ Jr, 2013, p. 171).

Como aconteceu com o próprio Brasil, com boa parte das democracias europeias após a segunda guerra e como aconteceu com as nações pós-soviéticas, as buscas pela institucionalização de garantias dos cidadãos ganhou força com o final do regime militar. No entanto, as turbulências da redemocratização brasileira

levaram à aprovação da Constituição Federal de 1988 com certa falta de “unidade lógico-formal, pela ausência de fios condutores entre suas normas, incisos e parágrafo, pela carência de um espírito balizador entre seus capítulos” (FARIA *apud* CARVALHO, 2010). Embora dotada de qualidades claras, os seus vícios que são inegáveis levaram, entre o período de 1992 e 2020, a promulgação de cento e seis emendas constitucionais. Apenas para fins comparativos, a Constituição Americana possui vinte e sete emendas ratificadas e a Constituição Alemã (*Grundgesetz*) foi emendada pouco mais de sessenta vezes desde 1949.

No entanto, apesar dos seus problemas, a Constituição Federal de 1988 buscava consolidar uma ideia democrática de sociedade e, conseqüentemente, trouxe “uma nova filosofia para a função de julgar” (FERREIRA FILHO *apud* CARVALHO, 2010, p. 193), revisando uma ideia mais tradicional da lei e permitindo, com a inclusão dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, previstos nos incisos LIV e LV do artigo 5º, que não haja “questão processual nenhuma que não chegue ao STF sob a alegação de ofensa a um desses incisos” (MOREIRA ALVES *apud* CARVALHO, 2010, p. 194).

O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988, especialmente a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de constitucionalidade, fazem do Poder Judiciário um “legislador negativo” (FERREIRA FILHO *apud* CARVALHO, 2010, p. 195) e garantem o papel das cortes de protegerem os direitos fundamentais do cidadão no que, nas palavras de Vallinder (1994), é chamado de liberdade “negativa”.

Há ainda um ponto a ser reforçado, a ampliação da capacidade de propor ações de controle de constitucionalidade, por força do Art. 103 da Constituição Federal, tornou o nosso modelo menos rigoroso do que a maioria dos países que adotam o controle abstrato, em que 1/3 do parlamento tem legitimidade para propor tais ações (CARVALHO, 2010).

No caso da Alemanha, por exemplo, a forma de revisão judicial pelo controle abstrato só pode ocorrer por requerimento do governo federal (*Bundesregierung*), do governo de estado alemão (*Landesregierung*) ou por um quarto dos membros da casa alemã de representantes (*Budestag*). No entanto, tal controle pela revisão

judicial abstrata não é permitido até que uma lei seja aprovada pelo corpo de representantes eleitos (DETERMANN; HEINTZEN, 2018)

Essa diferenciação entre os modelos tradicionais e o modelo brasileiro gira em torno das insatisfações com o modelo antes adotado durante o regime militar que concentrava o monopólio da propositura das ações diretas de inconstitucionalidade na figura do Procurador-Geral da República e parte da preferência pelo modelo de controle de constitucionalidade concentrado, com a ampliação dos atores legitimados pelo art. 103 da Constituição Federal, está, do ponto de vista político, no caráter de “maior visibilidade de uma ação direta de inconstitucionalidade e seu efeito midiático provado pela abrangência *erga omnes* do julgamento” (CARVALHO, 2010, p. 196).

Ampliação que também permitiu a atuação de minorias partidárias, agora capazes de ingressar diretamente ao Supremo Tribunal Federal para a defesa de suas posições, declarando-se contrárias ao conteúdo e a forma de determinas políticas, questionando a sua constitucionalidade na corte (TAYLOR; DA ROSS *apud* MARTINS; KOPANYSHYN, 2018).

A associação dos ideais democráticos de controle contramajoritário com o incremento dos poderes constitucionais do Poder Judiciário, em um paralelo histórico entre boa parte da Europa e o Brasil pós-redemocratização, fornecem os instrumentos para uma análise sociológica das mudanças promovidas no Poder Judiciário, das relações entre os poderes constituídos e dos possíveis impactos que exercem sobre um novo paradigma social instituído a partir desses novos mecanismos.

2.1.3 Judicialização da política e os sistemas jurídico e político

O Brasil, com a adoção de novos instrumentos de controle de constitucionalidade, buscou seguir o exemplo já consolidado nas democracias europeias recentes com a finalidade de instaurar um estado democrático moderno que, embora com as limitações e problemas próprios da realidade brasileira, não se transformaram em meros instrumentos de fachada, como é o caso dos países da ásia central referenciado em parágrafos anteriores.

Resumindo o panorama constitucional de uma democracia moderna, que aparentemente o Brasil buscou ingressar com a redemocratização, se diria que um estado democrático moderno é fundado na separação dos poderes, com cada um dos três poderes provendo serviço público e mantendo os demais responsáveis por suas ações. Nesse modelo democrático, nenhum dos poderes age segundo seus interesses próprios, mas segundo os interesses do povo em geral e estão sujeitos ao “*rule of law*”, “*Etat de droit*” ou “*Rechtsstaat*”, devendo agir com base e nos limites legais²⁴.

A judicialização da política, conforme abordado nos parágrafos anteriores, é um dos reflexos dessa separação de base democrática entre os poderes constituídos e as exigências constitucionais de responsabilização dos poderes pelas suas práticas sob a ótica de um estado democrático de direito com fundamento em uma ordem constitucional que possui fortes implicações sociológicas sob a forma como as instituições democráticas se comunicam entre elas e com a sociedade.

O que parece surgir das mudanças realizadas em prol de uma democratização tardia no Brasil e no mundo, de onde deriva a crescente judicialização da política, é não mais uma sujeição de um poder constituído ao outro, tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Legislativo atuam em horizontalidade, não havendo uma superioridade do Legislativo sobre o Judiciário ou vice-versa, mas uma observação dos parâmetros constitucionalmente previstos para funcionamento de ambos os sistemas da sociedade civil democrática.

A Constituição Federal, nesse sentido, atua como um eixo de ligação entre os poderes que devem respeitá-la e se conformar às suas características. Assim, perde-se a necessidade de uma superação de um poder pelo outro porque é na Constituição que estão previstos os poderes de cada um e os limites de atuação das instituições.

Talvez uma das melhores formas de compreender as distinções e similaridades entre a política, representada pelo Poder Legislativo, o direito, representado pelo Poder Judiciário, e as formas com que demandas antes únicas do legislativo são levadas a serem respondidas pelo judiciário com base em premissas

24 Tal definição está presente na Opinião n. 18 (2015) do Conselho Consultivo de Juizes Europeus, disponível através do endereço eletrônico: <https://rm.coe.int/16807481a1>

constitucionais seja uma visão sistêmica da sociedade, principalmente com base em um pequeno recorte teórico da teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann.

Segundo a teoria de Luhmann, embora a Política e o Direito difiram, eles não estão isolados. Tal entendimento permite apontar que, embora haja uma diferenciação entre o sistema da política e o sistema jurídico, a sociedade desenvolveu um relacionamento horizontal entre eles, com a Constituição Federal funcionando como acoplamento estrutural entre os dois sistemas, permitindo que os sistemas transformem a desordem que recebem do entorno em ordem segundo critérios de seletividade próprios do sistema (SCHWARTZ; RIBEIRO, 2017).

Sendo esse instrumento de relação horizontal entre a Política e o Direito, a Constituição Federal é o que permite que o sistema da política apresente soluções políticas aos problemas políticos e que o sistema jurídico apresente soluções jurídicas para os problemas jurídicos, sem haver isolamento entre os sistemas, permitindo a subordinação do poder político ao Direito, através da Constituição e, ao mesmo tempo, concedendo ao poder político o poder de modificar o Direito (SCHWARTZ; RIBEIRO, 2017).

Os sistemas autopoieticos, na teoria Luhmanniana, são abertos cognitivamente ao seu entorno, no sentido que tomam conhecimento do mesmo, mas, paradoxalmente, fechados operacionalmente, porque cabe ao sistema jurídico decidir sobre o que é direito e ao sistema da política decidir sobre o que é política e, dentro dessa configuração, não se pode dizer que existe uma subordinação ou uma hierarquia entre sistemas dentro de uma ordem democrática constitucional e “a democracia não implica um *in dubio pro legislatore*” (SCHWARTZ, RIBEIRO, 2017, p. 215).

Não havendo subordinação ao legislativo, a produção de lei pelo mesmo ocupa uma posição periférica no sistema jurídico, atuando como filtro das irritações que irradiam do sistema político para o sistema jurídico e os tribunais, e juízes ocupam posição centralizada no sistema, apenas reproduzindo operações filtradas e colocando em prática o código de funcionamento do sistema jurídico (SCHWARTZ, RIBEIRO, 2017).

Assim, havendo uma divergência política submetida a apreciação do Poder Judiciário através de instrumentos de controle de constitucionalidade, o que se está

chamando aqui de judicialização da política, essa divergência entra no sistema jurídico como irritação que será filtrada e acomodada pela legislação e será operada ou decidida pelo Poder Judiciário, segundo seu funcionamento especializado, ou seja, segundo critérios e programas jurídicos e o código binário daquilo que é lícito ou ilícito.

Nessa abordagem, o sistema político de uma sociedade é apenas mais um entre tantos outros sistemas de comunicação, não possuindo primazia sobre os demais sistemas ou centralizando o controle das trocas e interações entre a sociedade toda, havendo a necessidade de se olhar para a política como uma série de comunicações entre tantas outras comunicações (THORNHILL, 2010) e o mesmo pode se dizer do sistema jurídico que é mais um dos sistemas que compõe o intrincado grupo de sistemas de organizações (RIBEIRO, 2013).

Nesse contexto, o constitucionalismo e as modificações constitucionais realizadas nos sistemas sociais que permitiram uma crescente judicialização da política acabam por reforçar a posição do Poder Judiciário como órgão central do sistema jurídico, principalmente se analisadas as decisões do Supremo Tribunal Federal em matérias que tratam sobre o controle de constitucionalidade de questões centrais para o poder político.

A análise histórica da judicialização da política parece apontar para um crescente aumento dos poderes do Poder Judiciário no tratamento de temas que antes eram exclusivos dos Poderes Legislativo e Executivo, dando um protagonista ao Poder Judiciário cada vez mais acentuado a medida que as sociedades se tornam mais complexas (RIBEIRO, 2013) e a atuação do Supremo Tribunal Federal pós-redemocratização, em diversos casos submetidos à sua apreciação e vinculados com a política, como a consolidação do sistema político pós-plebiscito e na participação de casos de *impeachment* já foi identificada com as funções constitucionais de um Estado Democrático de Direito (RIBEIRO, 2019).

Como fruto da complexidade da sociedade, cada vez mais voltada para uma visão democrática de suas instituições, a judicialização da política não pode ser vista apenas como um ponto de abordagem política, como uma interferência ou ingerência de um poder constituído sobre o outro, visto que os instrumentos que fundamentam a crescente participação do Poder Judiciário na revisão de atos dos

demais poderes constituídos têm origem na própria Constituição Federal que o legitima.

Como descrito nos parágrafos anteriores, tanto no Brasil quanto na Europa, a judicialização da política é fruto de instrumentos de controle de constitucionalidade formulado em razão de uma crescente complexidade da sociedade que modificou as formas com que o Poder Judiciário atua na revisão dos atos dos demais poderes e o faz em razão de sua diferença nas formas de tomar decisões.

A construção histórica e legal do atual sistema jurídico brasileiro, por sua complexidade, mostra um dinamismo e uma abertura entre diferentes áreas da sociedade, o Direito e a Política no caso da judicialização da política, em que não há mais a possibilidade de se pensar um sistema político ou jurídico que existam sem o seu entorno ou ambiente. Ao mesmo tempo, ao existirem diferenças entre o sistema, o entorno e seu ambiente, há também diferença entre sistemas, não existindo confusão na maneira como cada um deles funciona internamente.

Essa distinção é o que também impede uma confusão na maneira como as decisões são tomadas. Afinal, operando de maneira fechada internamente, cada um dos sistemas funciona segundo códigos especializados de funcionamento, o sistema político segundo o código binário de governo/oposição e o sistema jurídico segundo o código binário de lícito/ilícito, cabendo, portanto, ao sistema jurídico analisar as questões políticas levadas a julgamento segundo os critérios de conformidade com o Direito (SCHWARTZ; RIBEIRO, 2017).

Pode-se dizer que a judicialização da política é fruto dos instrumentos de controle constitucional do regime democrático brasileiro e inescapável quando se considera a separação dos poderes e o papel das cortes, principalmente a corte constitucional, dentro de uma ordem democrática sólida. O STF, ao exercer o controle de constitucionalidade, conforme os procedimentos previstos na Constituição, opera para garantir as bases do processo democrático.

Além disso, é nessa distinção entre direito e política que a judicialização da política acontece e a democratização incentiva essa distinção ao colocar a Constituição Federal como o elemento vinculante entre esses dois subsistemas sociais, estabelecendo vínculos normativos que subordinam a política ao Direito, enquanto decisões são filtradas e validadas através do texto legal e,

simultaneamente, alimentam a política com os parâmetros para criação e modificação do texto legal, permitindo um eterno processo de diferenciação entre os dois subsistemas sociais.

O ativismo judicial, por outro lado, embora na sua origem esteja associado com a vinculação do direito e da política, ao longo dos anos, à medida que a sociedade e, conseqüentemente, o direito se transformavam e abordavam o tema de diferentes maneiras, passou a ser associado com uma confusão entre o direito e a moral e tem na sua questão central os limites institucionais para que cortes e tribunais passem decidir questões jurídicas segundo convicções morais.

2.2 A origem histórica do ativismo judicial

Embora a ideia de ativismo judicial esteja presente nas discussões doutrinárias do direito até mesmo antes do Século XX²⁵, o termo específico de “ativismo judicial” foi utilizado pela primeira vez em artigo de Arthur Schlesinger, publicado em 1947 na revista *Fortune*, em que descrevia o perfil de cada um dos membros da Suprema Corte (*Supreme Court*) americana. O artigo caracterizava os juízes (*justices*) Black, Douglas e Rutledge como “ativistas judiciais”, os juízes Frankfurter, Jackson e Burton como “campeões da autocontenção” e os juízes Reed e Vinson como intermediários entre as duas posições (KMIEC, 2004).

Parte desse artigo, com grande valor para a discussão contemporânea do assunto, é apresentada por Barroso (2015):

"Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus

25 KMIEC (2004, p. 1444) faz referência a Blackstone, Bentham, John Austin e à Era Lochner como discussões anteriores sobre o ativismo judicial, que tinham como plano de fundo os méritos da legislação judicial e a crítica à legislação constitucional judicial.

seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano" (BARROSO, 2015, p. 440).

Segundo Schlesinger, as divergências entre as duas posições seriam produto de pontos de vista distintos do direito, a visão de Black-Douglas teria suas raízes na Yale Law School, que percebia a razão legal como algo maleável, ao invés de científica, e a visão de Frankfurter-Jackson estava voltada para uma visão cética das noções de justiça, acreditando que as leis possuíam significados fixos e desvios desses significados seriam inapropriados, e que, em seu âmago, buscavam resistir à supremacia judicial, seja de direita ou esquerda, em nome da deferência à vontade legislativa (KMIEC, 2004).

Em seu texto, para melhor exemplificar as posições descritas por ele, Schlesinger promove um diálogo hipotético entre as correntes. No texto, chama a posição de autocontenção de Frankfurter-Jackson de "*self denial*":

"Self-denial has thus said: the legislature gave the law; let the legislature take it away. The answer of judicial activism is: in actual practice the legislature will not take it away - at least until harm, possibly irreparable, is done to defenseless persons; therefore the Court itself must act. Self-denial replies: you are doing what we all used to condemn the old Court for doing; you are practicing judicial usurpation. Activism responds: we cannot rely on an increasingly conservative electorate to protect the underdog or to safeguard basic human rights; we betray the very spirit and purpose of the Constitution if we ourselves do not intervene." (KMIEC, 2004, p. 1448)

O que se desprende do artigo de Schlesinger é que, embora tenha criado a base para a discussão do termo "ativismo judicial", não conseguiu definir o seu conceito, ao não formalizar as características de cada lado, impossibilitando determinar com clareza se casos complexos da jurisdição norte-americana, como *Bush v. Gore* e *Roe v. Wade*, poderiam ser considerados ativismo judicial (KMIEC, 2004) e nem determinar porque Black e Douglas deveriam ser rotulados dessa forma (GREEN, 2008). Além disso, em seu artigo para a Fortune, Schlesinger claramente defende uma posição. Embora se mostre simpático às ideias trazidas pelo lado Black-Douglas da *Supreme Court*, ele as entende como uma ameaça à democracia e, em última análise, prefere limitar o "ativismo judicial" aos casos de liberdades civis (KMIEC, 2004).

O problema teórico de Schlesinger na construção de definições claras para as posições dos juízes da *Supreme Court* parece guardar alguma semelhança com a dificuldade de identificarmos posições dogmáticas ou ideológicas claras nos fundamentos de muitas decisões judiciais. Nem todos os pontos de vista são claros quando o assunto é direito e, muitas vezes, é difícil determinar uma corrente ideológica absoluta para um ou outro julgador. O juiz Douglas, por exemplo, descrito por Schlesinger como um ativista, hesitou por muito tempo em abraçar posturas ativistas quando as decisões da Suprema Corte tinham como objeto a primeira emenda à Constituição Americana e ao longo de anos tomou decisões caso-a-caso até consolidar sua posição sobre o assunto em 1962 (MCKEEVER, 1990).

De outro lado, a ligação do juiz Black com o conceito de ativismo judicial, feita por Schlesinger, tem como base uma citação em que Black elogiava as cortes federais como o refúgio daqueles que estariam, de outra forma, sofrendo por serem vítimas de preconceito e execração pública, mas tal afirmação não tinha como base nem o ativismo, nem o realismo jurídico, visto que fazia parte de uma rejeição unânime da *Supreme Court*, em *Chambers v. State of Florida*, um caso de pena de morte com fortes implicações racistas (GREEN, 2004).

Afora as considerações e as poucas delimitações, é indubitável que o termo cunhado por Schlesinger ganhou popularidade, entrou no léxico dos debates públicos e acadêmicos sobre o papel do judiciário (YUNG, 2011) e as três pessoas envolvidos em seu artigo – Black, Douglas e Frankfurter – se transformaram em personagens extremamente influentes no ambiente do direito norte-americano, Black e Douglas como defensores da expansão das liberdades constitucionais e Frankfurter como um defensor do estudo acadêmico de cortes federais (GREEN, 2008).

2.2.1 Conjugação das tradições jurídicas brasileiras e norte-americanas

O termo “ativismo judicial”, em que pese as considerações do autor que o criou, nos primórdios da sua existência possuía uma conotação positiva, muito semelhante ao termo “ativista dos direitos humanos”, ganhando uma conotação negativa apenas na década de 1950 (KMIEC, 2004), sendo empregado, sobretudo,

como rótulo para qualificar a atuação da *Supreme Court* durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, anos de 1954 a 1969, época em que ocorreram mudanças profundas em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, como o direito ao voto das mulheres e a ilegitimidade da segregação racial (BARROSO, 2015) e, em tempos mais recentes, foi utilizado para formular acusações de que os conservadores da Corte Rehnquist, época em que a *Supreme Court* foi presidida por William Rehnquist, de 1986 a 2005, seriam os verdadeiros ativistas (LINDQUIST, 2006), o que levou Cass Sunstein a afirmar estarem “em um período marcado pelo ativismo judicial de direita” (YOUNG, 2002, p. 1139).

Portanto, para melhor compreender o conceito de ativismo judicial é preciso livrar-se das limitações do termo e das conotações positivas e negativas atribuídas desde a sua primeira formulação e entender que o conceito de ativismo judicial é multifacetado (SMITHEY, 2004), para além da mera crítica ideológica, que pode ser tanto progressista quanto conservador (BARROSO, 2015) e emergiu como parte de uma complexa tradição de crítica judicial (GREEN, 2008).

Por tais motivos, a identificação de ativismo judicial pode ser uma tarefa difícil e essa dificuldade é, muitas vezes, associada a um elemento crítico subjetivo do conceito que impede uma definição concreta ou clara, o que não significa dizer que a determinação de um significado seja impossível e que o mau uso do termo lhe retire qualquer valor (LINDQUIST, 2006).

Em 1972, Ronald Dworkin construiu um argumento original e influente sobre ativismo judicial, especialmente na proteção dos direitos constitucionais do indivíduo (BRUBAKER, 1984). Para ele, o ativismo judicial é a contraparte da autocontenção judicial, cuja definição ele extrai dos termos de James Bradley Thayer, que em 1893 escreveu um artigo para *Harvard Law* em que afirmava que um *statute*²⁶ só deveria ser invalidado se sua inconstitucionalidade fosse “tão clara que não haveria abertura para uma questão racional” (POSNER, 2012, p. 522). Portanto, para Dworkin, o ativismo judicial determina que as cortes devem rebater decisões de outros braços do governo quando elas ofendem as percepções dos juizes sobre os princípios determinados pela Constituição, mesmo que as decisões tenham suporte em entendimentos razoáveis da Constituição (BRUBAKER, 1984).

26 Que em inglês significa uma lei escrita aprovada por um corpo legislativo.

Cass Sunstein defende linha semelhante de pensamento ao afirmar que ativismo judicial é toda decisão que julga inconstitucional uma determinada legislação que é, discutivelmente, constitucional e reconhece certa zona de incerteza sobre a constitucionalidade da legislação, o que difere, em parte, da conceituação de Richard Posner, que associa o ativismo judicial à invalidação, por cortes judiciais, das decisões de representantes eleitos (LINDQUIST, 2006).

A definição de Dworkin sobre o ativismo judicial, a atuação dos juízes com base em suas percepções dos princípios constitucionais violados pelos poderes legislativo e executivo, mesmo que tais atos tenham fundamento constitucional, parece ser a mais precisa para identificar os problemas atuais na fundamentação de decisões consideradas ativistas e seu distanciamento do constitucionalismo próprio de um estado democrático de direito.

Segundo esse entendimento, o ativismo judicial é caracterizado pela revisão dos princípios constitucionais, como a igualdade ou a liberdade, à luz do que parece ser a visão moral corrente recente da *Supreme Court* e usar essa visão para julgar os casos que lhe são apresentados (DWORKIN, 2010).

Para exemplificar a sua posição, Dworkin (2010) afirma que a *Supreme Court* seguiu uma posição ativista no julgamento das questões de segregação racial, porque a cláusula de igual proteção deixava em aberto a questão sobre se as diferentes práticas educacionais dos Estados violavam ou não a Constituição. Para os juízes ativistas, a decisão da *Supreme Court* sobre a segregação racial foram corretas porque estavam em conformidade com o objetivo social que lhes parecia desejável e seriam erradas caso as decisões tomadas desfavorecessem esse mesmo objetivo social (DWORKIN, 2010).

Há ainda, nos entendimentos de Dworkin (2010), uma forte vinculação das questões de ativismo judicial com as discussões acadêmicas sobre a revisão judicial, tratadas no início do capítulo como um tipo específico de judicialização da política.

As discussões acadêmicas sobre o tema foram incapazes de descrever as diferenças entre ativismo judicial e moderação judicial e deram margem a uma falsa escolha entre ativismo judicial, como um programa em prol de uma cruzada moral, e a moderação judicial, como um programa em prol da legalidade (DWORKIN, 2010).

Para resolver esse problema, Dworkin (2010) aponta que a questão central sobre o tema do ativismo judicial deveria ser formulada da seguinte maneira:

“Se deixarmos as decisões de princípios exigidas pela Constituição a cargo dos juízes, e não do povo, estaremos agindo dentro do espírito da legalidade, tanto quanto nossas instituições o permitam, mas correremos o risco de que os juízes venham a fazer as escolhas erradas” (DWORKIN, 2010, p. 232).

Para resolver o problema e tocar a questão central da diferença entre ativismo e moderação judicial, Dworkin (2010) aponta a necessidade da vinculação do direito constitucional com uma teoria da moral, que permita o progresso do direito constitucional ao isolar a questão dos direitos contra o Estado e transformando-os em sua própria agenda.

Há nos estudos de Dworkin (2010) uma clara preocupação com o sistema constitucional norte-americano, baseado na teoria moral de que os homens têm direitos morais contra o Estado e que a aplicação dessa teoria moral pede por uma atuação mais ativista dos tribunais, o que justifica o seu chamado para o progresso do direito constitucional com base na desvinculação dessa teoria de direitos negativos.

A preocupação com o ativismo, no entanto, não deriva apenas da descrição do sistema constitucional norte-americano sob o ponto de vista apresentado por Dworkin (2010). A visão republicana norte-americana, com foco na tradição da “política” aristotélica, afirma que os direitos civis são liberdades positivas e os direitos subjetivos da ordem legal liberal devem sua existência a uma ordem legal objetiva que garanta a integridade e a autonomia da vida com base no respeito mútuo (HABERMAS, 1996).

Em sua contribuição para o direito e para a democracia, Habermas (1996) aponta que a visão republicana trata com maior ambiguidade a resposta à questão com que agressividade uma corte constitucional deve atuar sobre os poderes legislativos.

A ideia republicana, embora afirme que as cortes estão sujeitas à mesma suspeição ideológica da legislatura política, não podendo manter-se neutra e fora do processo político, não advoga por uma contenção judicial, mas clama por ativismo

judicial porque a adjudicação constitucional busca compensar os vãos que separam o ideal republicano da realidade constitucional (HABERMAS, 1996).

O que parece estar em conformidade com a preocupação de Dworkin (2010) com o debate acadêmico sobre a atuação das cortes ao tomarem decisões sobre princípios. Afinal, tanto o ponto de vista apontado por Dworkin quanto a visão republicana lidam com o ativismo judicial da mesma forma. Na visão de Dworkin, o sistema judicial norte-americano de direitos negativos pede pelo ativismo judicial, em razão da própria estrutura de construção do sistema constitucional norte-americano e a visão republicana de liberdades positivas apresentada por Habermas (1996) pede pelo ativismo judicial ao buscar a aproximação do ideal republicano da realidade constitucional.

A visão de Dworkin sobre o ativismo judicial em muito se baseia em sua análise das posições de Nixon²⁷ e do seu desejo de apontar para a *Supreme Court* juízes que fizessem oposição à Corte Warren. Embora os juízes apontados por Nixon tivessem o objetivo de aplicar o direito como ele é, sem distorções, o que se identificou, na prática, é que os membros da *Supreme Court* que sucederam à Corte Warren acabaram indo ainda mais para a direita do espectro político-ideológico, tomando, por exemplo, decisões a favor da posse de armas e financiamento de campanhas em oposição às leis mais restritivas (POSNER, 2012).

O que parece indicar que o próprio sistema constitucional norte-americano acabou levando a essa atuação ativista das cortes de justiça, em razão do modelo e da visão da estrutura do sistema e da maneira com que os juízes são chamados a julgar casos que tem como centralidade princípios constitucionais, uma vez que mesmo juízes considerados autocontidos acabaram usando os mesmos instrumentos praticados pelos juízes considerados ativistas para a tomada de decisões, distanciando a visão de ativismo judicial da mera insubordinação às decisões políticas majoritárias do Poder Legislativo.

STRECK *et al.* (2015) aponta que, no contexto das reflexões norte-americanas, a intervenção das cortes na revisão dos atos do Poder Legislativo “é resultado da compreensão da existência de um ‘governo das leis’ (*rule of law*) à distinção de ‘governo dos homens’” (STRECK *et al.*, 2015, p. 57) e complementa

27 Richard Nixon, presidente americano no período de 1969-1974.

que com o fortalecimento das cortes norte-americanas com instrumentos de controle de constitucionalidade, como o *judicial review*, a tradição judicial americana ficou marcada pelo “risco de uma passagem da supremacia das Constituições à supremacia das Cortes Constitucionais” (STRECK *et al.*, 2015, p. 57).

A mudança de entendimento da tradição norte-americana, em parte pela crescente intervenção do Poder Judiciário na esfera política, a partir da Corte Warren é o que influenciou a produção doutrinária brasileira que manifesta, sem reservas, uma aproximação da cultura jurídica norte-americana com a cultura jurídica brasileira (STRECK *et al.*, 2015).

2.2.2 Doutrina jurídica brasileira e autodescrições do sistema jurídico

Essa aproximação entre a tradição americana e a cultura jurídica brasileira pode ser bem identificada na maneira como o atual ministro do STF, Luís Roberto Barroso, trata ativismo judicial. Para o ministro, a ideia do ativismo judicial está “associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência na atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2015, p. 442) e a postura ativista do STF acaba distanciando os juízes e tribunais de sua “função típica” de aplicação do direito existente e os aproximam da criação do direito (BARROSO, 2015).

Embora apresente críticas ao ativismo judicial que está formulando, o ministro aponta que a diferença metodológica do ativismo de sua contraparte, a autocontenção, está na legitimidade do ativismo judicial em “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)” (BARROSO, 2015, p. 443), fazendo a aproximação entre a jurisdição brasileira com a tradição norte-americana, embora não faça como Dworkin, deixando de apontar o problema da reinterpretção dos princípios segundo as convicções próprias dos juízes.

Argumento muito semelhante ao apresentado pelo Ministro Alexandre de Moraes, embora este mostre preocupação com os limites que devem ser mantidos na atuação ativista, afirmando que a “necessidade de garantir às normas

constitucionais a máxima efetividade deve guiar o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial” (MORAES, 2017, p. 551).

O que se busca apontar é que o ativismo judicial é exótico ao ambiente judicial brasileiro, construído segundo as discussões doutrinárias da tradição norte-americana que chegaram ao Brasil forçando uma “conjugação de duas tradições” (STRECK *et al.*, 2015, p. 58) que tornam a interferência judicial perigosa ao vincular a prestação jurisdicional à vontade do julgador, inclusive permitindo ao julgador a invocação de “variáveis metajurídicas” (STRECK *et al.*, 2015, p. 59).

Quando se fala em uma preocupação com os limites que as instituições estabelecem para que tribunais ou juízes recorram a argumentos morais para a tomada de decisões jurídicas e se fala em uma conjugação de tradições jurídicas distintas no sistema jurídico, com as influências de diferentes sistemas uns sobre os outros, com a possível intromissão de valores morais ou político no âmbito de decisão do sistema jurídico, uma visão sistêmica, com base na diferenciação entre diferentes sistemas sociais, parece fornecer os instrumentos para uma melhor compreensão, com base na teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann (2004).

Para Luhmann (2004), o sistema jurídico funciona para a manutenção das expectativas normativas em face do desapontamento e se comunica sobre o “deve ser”. Como outros subsistemas, incluindo o sistema da moral, também se comunicam sobre o que “deve ser”, apenas o funcionamento do sistema jurídico não é suficiente para diferenciá-lo dos demais subsistemas, diferenciação que só se torna suficiente ao atingir esse funcionamento codificando eventos segundo o seu código binário único: lícito/ilícito ou direito e não-direito.

No entanto, na teoria apresentada por Luhmann, com base em paradoxos de sistemas autopoieticos, o sistema é considerado, simultaneamente, fechado operativamente e aberto cognitivamente, sem que o seu fechamento implique um isolamento, de tal modo que esse fechamento operacional seja uma condição de possibilidade de abertura (SCHWARTZ, RIBEIRO, 2017).

O que implica dizer que o sistema jurídico pode reconhecer as normas de um sistema moral como fatos e responder-lhes apenas na medida que suas próprias normas, as normas legais, conseguem reconhecer essas normas como fatos. Nesse

sentido, o sistema jurídico não responde à totalidade do seu ambiente, ele responde apenas à parte do ambiente selecionada pelas normas legais e que são possíveis de serem identificadas pelo sistema jurídico em referências às suas comunicações existentes, no caso, a legislação existente (LUHMANN, 2004).

Assim, a leitura da norma moral não é feita pelo sistema jurídico segundo os códigos de operação do sistema da moral, mas utilizando o seu próprio código de operação e, considerando que os tribunais e os juízes se encontram no centro do sistema jurídico e operam apenas depois que as irritações com o ambiente foram filtradas por suas normas legais, programas jurídicos ou legislação, segundo critério de lícito/ilícito ou direito/não-direito, a preocupação com essa irritação, ou seja, com o reconhecimento da normal moral pelo sistema jurídico através da norma legal parece ser a grande questão envolvendo o ativismo judicial.

Sendo o sistema jurídico um sistema autorreferencial, ou seja, voltado para si mesmo, as discussões dos filósofos do direito sobre o ativismo judicial ou da autocontenção derivam da maneira como o sistema jurídico deve responder a essa abertura cognitiva no momento da tomada de decisão e da impossibilidade de uma corrente autocontida, como apontada por Posner (2012), vencer a inclinação ao ativismo judicial no sentido de impedir a ligação do sistema jurídico com o seu ambiente.

As discussões sobre ativismo judicial ou sobre uma resistência ao ativismo judicial, portanto, versam sobre a preocupação dos teóricos do direito sobre a utilização de correntes de maior abertura interpretativa que permitem, conseqüentemente, um maior reconhecimento da normal moral segundo critérios normativos legais e o problema que tais correntes podem causar nos critérios de diferenciação normativa/operacional do sistema jurídico.

As discussões teóricas sobre o ativismo judicial e a resistência ao ativismo judicial, por se tratarem de teorias preocupadas internamente com o funcionamento do sistema jurídico, com a maneira como valores morais são reconhecidos pela norma legal, são chamadas por Luhmann (2016) de “autodescrição” que tem com função “ordenar o sistema que ela descreve” (LUHMANN, 2016, p. 674) que dá “conta dos programas normativos do sistema jurídico” (LUHMANN, 2016, p. 675).

Nesse sentido, a conjugação do direito americano com o direito brasileiro apenas aproximou as autodescrições vinculadas com o *common law* norte-americano, principalmente de base principiológica que permite a utilização de axiomas morais no julgamento, com as teorias discutidas no território brasileiro e as posições contrárias podem ser compreendidas como resistências a essas teorias, sempre voltadas internamente para o funcionamento do sistema jurídico.

As distinções entre correntes teóricas sobre o funcionamento do sistema devem ser tratadas como autodescrições e voltadas para dentro do sistema jurídico, portanto, autorreferência, porque o raciocínio justificador e a validade das posições apresentadas são inconciliáveis e o sistema jurídico precisa optar por uma versão ou outra (LUHMANN, 2016).

Portanto, o que se buscará apontar no capítulo seguinte é uma visão normativa da resistência ao ativismo judicial, partindo do pressuposto autodescritivo das teorias do direito que resistem ao ativismo judicial e que, portanto, buscam delimitar os programas normativas do sistema jurídico quando se está diante das confusões entre direito e moral, para no terceiro e último capítulo trazer uma visão descritiva do funcionamento do sistema jurídico com base nessas autodescrições e com base na jurisprudência do STF, que como corte de justiça ocupa o centro do sistema jurídico.

3 RESISTÊNCIA AO ATIVISMO JUDICIAL

Embora a prática jurídica brasileira tenha sido alterada pela crescente judicialização da política e pela conjugação das doutrinas jurídicas norte-americanas e brasileira, que levaram a um aumento da atuação do Poder Judiciário para além de suas funções típicas, tomando decisões em matérias que antes eram objeto de deliberação apenas dos poderes políticos, a preocupação crescente com o ativismo judicial que deveria desse comportamento das cortes e tribunais é parte das discussões acadêmicas e jurídicas que buscam opôr-se ao esse comportamento apresentando teorias jurídicas que resistem ao ativismo judicial.

A crítica moderna ao ativismo judicial e ao aumento da participação do judiciário na tomada de decisões de cunho político, principalmente com a revisão de princípios constitucionais ou da legislação, está ligada com as críticas ao neoconstitucionalismo que acaba por conjugar questões morais, principalmente conceitos de justiça, e questões jurídicas. No entanto, a resistência ao ativismo judicial é tão antiga quanto o próprio ativismo judicial e tem origem nas primeiras discussões do fenômeno, principalmente através de diversas teorias jurídicas que buscavam apontar a distinção entre a atividade jurisdicional e a produção legislativa, com base no antigo estado legislativo e nas premissas do direito positivo.

Nesse ponto, a resistência ao ativismo judicial pode ser construída de maneira histórica, partindo das primeiras teorias que faziam resistência ao ativismo judicial e a origem das premissas de deferência ao Poder Legislativo em detrimento de uma atuação expansiva do Poder Judiciário, nas teorias da autocontenção e procedimental, e terminando em uma atualização da teoria jurídica com base no constitucionalismo garantista para se compreender os problemas do ativismo judicial na contemporaneidade.

Com relação à atuação do STF, as teorias deixam de ser apenas relatos históricos e passam a fazer parte tanto da prática quanto da crítica à prática da atuação da corte, dado que a autocontenção ou a teoria procedimental são utilizadas pela corte em suas decisões em resposta ao próprio ativismo judicial e o constitucionalismo garantista serve de ponto de vista tanto para a crítica da

autocontenção e da teoria procedimental em suas insuficiências teóricas, quanto para a crítica da própria atuação do STF.

Compreendendo as teorias jurídicas como autodescrições do funcionamento do sistema jurídico, a análise das teorias jurídicas que resistem ao ativismo judicial em comparação com a resistência ao ativismo judicial, promovida pelo próprio STF, serve de base para entender como o próprio sistema jurídico descreve a si mesmo quando voltado para a solução de problemas jurídicos que envolvem o ativismo judicial.

3.1 A resistência formalista do Direito

A resistência ao ativismo judicial já estava presente quando termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez, em 1947, no artigo de Schlesinger para a revista *Fortune* descrevendo o perfil dos membros da *Supreme Court* (KMIEC, 2004). Naquele momento, a resistência ao ativismo judicial se fazia com base em uma teoria jurídica formalista, na autocontenção ou *judicial self-restraint*, que subordinada a teoria jurídica ao direito positivo e à compreensão que o papel do judiciário se limitava à aplicação do direito criado pelo legislador. Antes do constitucionalismo e da formulação de teorias jurídicas com base em constituições rígidas, a regra da atividade jurídica se pautava pela defesa da distinção entre a prática do juiz aplicador da lei e do legislador criador do texto legal, os pontos centrais das divergências entre o ativismo judicial e a resistência ao ativismo judicial no nascimento do termo.

A distinção entre o criador e o aplicador da lei é um dos principais fundamentos dos defensores das posições de resistência ao ativismo judicial com base na autocontenção judicial e parte do pressuposto de competência absoluta das vontades políticas majoritárias para decidirem os rumos políticos da sociedade na criação legislativa. Essa posição possui as suas carências, principalmente a ausência de um elemento valorativo claro ou uma teoria jurídica que explique em que momentos o juiz não deve aplicar a autocontenção judicial, dado que não se baseia em uma subordinação do legislador a qualquer elemento normativo previsto

em uma constituição, mas serve de ponto de partida para a análise da resistência judicial.

3.1.1 Autocontenção e a contribuição da teoria procedimental

Embora a autocontenção judicial, conhecida em sua descrição norte-americana como *judicial self-restraint*, tenha seu uso limitado até mesmo nos Estados Unidos da América, vivendo seus “*evil days*” (POSNER, 2012, p. 519), é uma das mais antigas linhas de atuação do Poder Judiciário que resistem ao ativismo, principalmente a linha conhecida como escola de Thayer, em homenagem ao jurista James Bradley Thayer, que advogava pela contenção da atividade jurisdicional ao declarar atos legislativos como inconstitucionais (POSNER, 2012).

O termo autocontenção ou *self-restraint* possui diversas conceituações na doutrina jurídica, mas três linhas são as mais exploradas: 1) os juízes aplicam a lei, não a criam, linha mais conhecida como formalista; 2) todos os juízes devem deferência às decisões do legislativo e do executivo, com base na modéstia e na competência institucional; e 3) juízes devem ser relutantes ao declarar atos do legislativo e executivo inconstitucionais, linha da contenção constitucional (POSNER, 2012).

A linha da escola Thayer e abordada por Posner (2012) é uma mistura das linhas 1 e 2, com uma diferença quanto à motivação, visto que o ponto 2 advoga por uma contenção com base nas noções de competência, enquanto o ponto 3 advoga por uma contenção com base no respeito pelos braços eleitos do governo e na crença que o Poder Legislativo faz política melhor que as cortes (POSNER, 2012).

A formação da escola de Thayer, que começou com artigo publicado pelo jurista de Harvard em 1893, repousava nas contradições e conflitos entre essas linhas de compreensão da autocontenção para afirmar que uma lei só poderia ser invalidada se a sua inconstitucionalidade fosse tão clara que não existisse abertura para uma questão racional (POSNER, 2012).

Tal teoria se sustentava em 4 premissas chaves: 1) a autorização para que cortes invalidassem leis era uma inovação americana com base no texto constitucional e controvertida na época em que escreveu; 2) a lei entrava em vigor

muitos anos antes de ser submetida à apreciação de uma corte, o que exigia um juízo de constitucionalidade por parte do próprio legislativo e, nesse ponto, Thayer defendia um modelo próximo ao inglês, onde o parlamento era a corte máxima da nação; 3) questões relativas aos poderes dos braços do governo são questões eminentemente políticas e quando são chamadas a tomar decisões políticas e não legais, as cortes deveriam favorecer a contenção; 4) se as cortes aplicassem limitações constitucionais ao extremo, o legislador deixaria de pensar sobre a constitucionalidade de uma lei e passaria a pensar apenas em quais reações teriam as cortes aos projetos de leis (POSNER, 2012).

Os seguidores do pensamento de Thayer, no entanto, modificaram bastante o entendimento do jurista, principalmente a sua crença na capacidade do Poder Legislativo de realizar um bom trabalho e de exercer o controle de constitucionalidade que defendia como fundamento de sua teoria de autocontenção e, para exemplificar as mudanças no entendimento inicialmente formulado por Thayer, é possível fazer uma construção histórica das mudanças com base na compreensão de três juristas que seguiram a sua mesma linha: os juízes Oliver Wendell Holmes e Louis Brandeis e o jurista Alexander Bickel.

Em 1893, em carta endereçada a Thayer, o juiz da *Supreme Court* Oliver Wendell Holmes afirmou que o seu conceito de autocontenção judicial se baseava no conceito formulado pelo jurista. De fato, ele utilizava a fórmula de Thayer, o teste de razoabilidade, em suas opiniões, mas não comprou a suas premissas. Holmes não admirava o Poder Legislativo e pensava que os legisladores não tinham o potencial para serem intérpretes da Constituição, afirmando que nem mesmo poderiam ser racionais. Para Holmes, a legislação era um filtro que revelava o balanço do poder político em uma sociedade e juízes que pensassem em termos políticos estariam inclinados a invalidarem leis se a sua política ideológica divergisse da política ideológica da legislatura (POSNER, 2012).

O juiz Louis Brandeis, outro seguidor do conceito de Thayer, que como Holmes era um realista legal "*avant la lettre*" (POSNER, 2012, p. 528), mas divergia do juiz ao defender uma posição política do conceito. Originário no Kentucky e com grande hostilidade a um governo centralizador, participou de uma Corte Constitucional conservadora extremamente ativista e adotou uma posição de

contenção constitucional com posições doutrinárias que não possuíam base no texto constitucional e nem mesmo nos antigos precedentes ingleses, inclusive participando de decisões que invalidariam o *New Deal* e colocaram a corte em problemas políticos nos anos de 1930 (POSNER, 2012).

Alexander Bickel, em uma versão mais recente da autocontenção, foi um dos muitos defensores dessa linha de compreensão da escola de Thayer promovida por Louis Brandeis e, embora falasse em princípios, tais princípios eram ideias políticas nos mesmos moldes utilizados pelos juízes cujo ativismo Thayer e Holmes criticavam. Em seu entendimento, a *Supreme Court* deveria se mover com cautela para evitar que demais instituições pudessem revidar e defendia que a corte deveria promover um diálogo coercitivo com o Poder Legislativo, invalidando leis consideradas más. Para Bickel, a *Supreme Court* deveria ser a liderança moral da sociedade e, nesse ponto, divergia de Thayer (POSNER, 2012).

Bickel muitas vezes criticou a *Supreme Court* por não aderir à doutrina da autocontenção que, para ele, era um ideal a ser aplicado sem considerar os resultados das decisões da corte nos termos de seu mentor, o juiz da *Supreme Court* Felix Frankfurter, defensor do mesmo ideal com base na premissa que o judiciário, historicamente, negava a vontade popular ao confundir noções privadas com requisitos constitucionais (FREYER, 1987).

Essa inclinação política de Bickel pode ser vista na compreensão que tinha de si mesmo, vendo-se como um membro do movimento *whig*, tradição liberal inglesa, e na percepção de virtude passiva do Judiciário, com a impossibilidade do exercício de jurisdição ampla. Embora fosse um crítico do ativismo judicial, a sua crítica se pautava na política, afirmando que o Poder Judiciário desequilibrava o jogo democrático ao atuar de maneira contramajoritária e que o papel das cortes se assemelhava à desobediência civil muito presente nas décadas de 1950 e 1960 nos Estados Unidos (GODOY, 2014).

A sua produção doutrinária também aponta essa inclinação política, dado que um de seus livros, *The Least Dangerous Branch*, faz referência ao artigo federalista 78, escrito por Alexander Hamilton, que apontava o Poder Judiciário como “o mais fraco dos poderes” (GODOY, 2014) e defendia uma contenção como uma questão de prudência e um expediente político, enquanto para preservar e assegurar a

autoridade jurídica seria necessário minimizar os riscos de avançar sobre os demais poderes (POSNER, 2012).

A escola de Thayer e seus seguidores, no entanto, não fizeram as ideias originais e as suas modificações florescerem e, com a morte de Bickel, em 1974, acabaram por se perderem no tempo, embora existam diversas razões para isso ter acontecido: 1) ela repousava em uma falsa premissa sobre deliberação judicial; 2) a escola de Thayer não possuía uma comunidade de pensamento; 3) ela não possuía um ponto final, não podendo explicar quando se deveria declarar a inconstitucionalidade; 3) ela era vulnerável a teorias constitucionais; e 4) as decisões da corte Warren e os juízes conservadores que se seguiram à corte mantiveram as decisões liberais (POSNER, 2012).

Do mesmo jeito que o ativismo judicial sobrevive até os tempos de hoje como um vago sentido pejorativo, a autocontenção judicial sobrevive como um elogio vago e distante, embora tenha deixado um legado de instrumentos procedimentais, noções de contenção para um desempate pragmático e uma lista de considerações para se arguir a contenção em casos particulares (POSNER, 2012).

O que pode-se retirar das diversas construções teóricas do tema e a preocupação política ou jurídica do uso do termo é a base de sua definição, embora a prática seja conturbada como mostrado nos parágrafos anteriores, o significado do *judicial self-restraint* ou autocontenção judicial reside na vontade do juiz de exercer contenção e não colocar a suas próprias convicções à frente da lei²⁸ (CATTERALL, 1956).

O problema da autocontenção como doutrina jurídica reside exclusivamente nas suas premissas justificadoras. Os defensores da escola de Thayer defendiam a autocontenção com justificativas políticas baseadas na suspeição dos juízes agirem segundo convicções políticas ou em defesa dos ideais conservadores contra o progressismo política da época e mesmo juízes que se seguiram à escola de Thayer, como o caso do *justice* Wallace, defendiam a autocontenção com base em princípios democráticos, que muito se aproximavam da teoria procedimental de John Hart Ely,

28 No original em inglês, CATTERALL definiu o significado do *judicial self-restraint* como o seguinte: “*The meaning of judicial self-restraint is that the judge will successfully restrain himself from putting his own convictions ahead of the law. If he does not like the written Constitution, it is not for him, in the words of Omar, to ‘shatter it to bits – and then re-mould it nearer to the Heart’s Desire’*” (CATTERALL, 1956).

mas que acabavam por justificar as decisões da *Court Warren*, considerada uma das mais ativistas da história jurídica americana (POSNER, 2012).

Nesse sentido, Ely (1980) afirmava que a reputação da *Court Warren* como ativista era merecida, mas a divergência com a academia resultava na diferença estrutural entre as decisões da corte e a abordagem axiológica²⁹ da academia. Para o jurista, as decisões controversas da corte tratavam-se de decisões orientadas pelo procedimento e que a *Court Warren* foi a primeira corte a abordar com seriedade a conexão da atividade política com o funcionamento do processo democrático (ELY, 1980).

As decisões tomadas pela corte e consideradas intervencionistas, da onde Posner (2012) retira a sua definição da corte como ativista, tratavam-se, para o procedimentalista Ely (1980), de decisões que buscavam assegurar que o processo político acomodasse todos os pontos de vistas em uma abordagem de base igualitária.

A teoria procedimental de Ely tinha como objetivo separar a decisão judicial da orientação com base em princípios legais de origem moral ou ética, assumindo que a Constituição americana regulava, principalmente, problemas de ordem procedimental e, com base nessas premissas, adotava uma atitude cética com relação ao ativismo judicial, apontando que a *Supreme Court* deveria observar a aderência à Constituição olhando, primeiro, para as normas procedimentais e organizacionais e que o *judicial review* servia apenas para impedir o bloqueio de acesso aos procedimentos democráticos (HABERMAS, 1996).

Reforçando que as ideias dos juristas autocontidos, exemplificados na figura da escola Thayer, tinham como base elementos políticos na busca pela contenção da atividade jurisdicional, partindo da premissa que as vontades políticas deveriam ser respeitadas por terem maior validade na origem da formulação da lei, no caso originário de Thayer e na visão de Holmes, ou para a defesa do ideal político conservador, como era o caso de Bickel, conforme apontado por Posner (2012).

A teoria procedimental escolhe outro caminho. A defesa da corte Warren realizada por Ely (1980) não repousa nas posições políticas da corte ou na defesa de princípios morais, éticos ou legais. Para ele, o que há de benéfico na condução

29 “Value-oriented approach favored by the academy” no original em inglês (ELY, 1980, p. 73).

da corte pode ser identificado nas suas decisões “*process-oriented*” (ELY, 1980, p. 74), ou seja, decisões orientadas pelos procedimentos em seu sentido mais ordinário.

O que não significa que a teoria procedimental defenda um ativismo judicial. Pelo contrário, o entendimento procedimental da Constituição é usado para justificar o *judicial self-restraint*, visto que na visão procedimentalista a *Supreme Court* só mantém a sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher o seu exercício interpretativo da Constituição com valores morais, ou seja, o ceticismo de Ely é contrário tanto à jurisprudência valorativa quanto à interpretação orientada por princípios, no sentido da interpretação construtivista de Dworkin (HABERMAS, 1996).

Nas palavras de Habermas (1996), a teoria procedimental de Ely dá à desconfiança liberal das maiorias tirânicas um *procedural twist*, ou uma torção procedimental, uma vez que está preocupado com os limites factuais do pluralismo formalmente reconhecido e usa a noção de representação virtual para pedir oportunidades iguais de participação para grupos minoritários tecnicamente representadas, mas factualmente excluídos ou marginalizados.

Embora falte à teoria procedimental de Ely pressupostos de validade para a sua própria teoria, dado que os princípios procedimentais possuem conteúdo normativo e o conceito de democracia exige um princípio de justiça que presume igualdade de respeito para todos, o que Ely deixa apenas no plano de fundo de sua teoria procedimental, o seu ceticismo em relação a uma visão paternalista da jurisdição constitucional é justificado, na medida que esse paternalismo é alimentado por uma desconfiança, entre os teóricos legais, a respeito da irracionalidade do legislativo que depende das disputas de poder e das opiniões emocionadas da maioria (HABERMAS, 1996).

Tal paternalismo é identificado tanto nas posições que defendem a autocontenção, como a posição de Holmes, quanto na visão em defesa do ativismo judicial que justificam a atitude do Poder Judiciário “pela necessidade de certos avanços sociais que não consigam fazer por via da política majoritária” (BARROSO, 2017, p. 2183).

Segundo essa visão paternalista, a jurisdição criativa de uma corte ativista é justificada tanto pela distância da corte das discussões políticas quanto pela racionalidade superior do seu discurso profissional e pela imparcialidade e independência das instituições da justiça quando, de fato, embora tenham presunção de racionalidade porque o discurso jurídico é especializado para questões de aplicação normativa, eles não podem substituir o discurso político, que é especializado para a justificação das normas e das políticas públicas (HABERMAS, 1996).

Assim, embora mantenha apenas como plano de fundo uma teoria democrática necessária para incluir os elementos normativos que justifiquem os princípios procedimentais que defende, o ceticismo de Ely na teoria procedimental é contra a superioridade do discurso jurídico sobre o discurso político, se pautando pela defesa dos princípios procedimentais que servem de base ou fundamento para ambos os discursos e, por negar a superioridade do discurso jurídico, acaba sendo contrário ao ativismo judicial que se justifica na presunção dessa superioridade.

Embora resistente ao ativismo judicial, existe uma carência na teoria procedimental para dar uma resposta ao ativismo judicial contemporâneo que repousa exatamente no que Habermas (1996) apontou ser a insuficiência da teoria de Ely, a ausência de uma teoria da democracia que seria o conceito central da justiça procedimental. Carência resolvida com uma teoria que considere o direito e a democracia do ponto de vista de um constitucionalismo moderno que é o que propõe Ferrajoli (2011) levando como objeto teórico o direito positivo e a democracia constitucional de teor axiológico que dê uma resposta satisfatória ao plano de fundo do exercício da jurisdição.

Como teorias contrárias ao ativismo judicial, mesmo que careçam de premissas fortes e uma base axiológica clara e suficiente para justificar a resistência, a autocontenção e a teoria procedimental já foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para dar resposta ao ativismo judicial no exercício jurisdicional da corte constitucional, embora adicionadas as peculiaridades da corte no tratamento do tema.

3.1.2 Autocontenção e ativismo judicial no STF

Apresentados os pressupostos teóricos que fundamentam as teorias da autocontenção e procedimental, e suas visões a respeito do ativismo judicial, é possível fazer uma aproximação entre a teoria e a prática analisando decisões judiciais que tratam, especificamente, das teorias apresentadas em resposta a um possível ativismo e como as cortes e tribunais referenciam os postulados teóricos e os aplicam aos casos levados a julgamento, na aproximação entre prática e teoria, fornecem novos pressupostos para discussão das teorias e sua relação com o ativismo judicial.

Como resultado da pesquisa de plano de fundo da presente dissertação, realizada no corpo de jurisprudência disponível em seu sítio eletrônico³⁰ do STF pelos termos “ativismo” e “judicial”, em 2 (dois) dos acórdãos julgados pela corte foram encontradas menções à “autocontenção judicial” como posição de resistência ao ativismo judicial e em 1 (um) dos acórdãos foi utilizado o termo “autorrestrrição” judicial, em substituição à tradução mais tradicional do judicial *self-restraint* como autocontenção, para justificar resistência ao ativismo judicial³¹.

Em termos gerais, as três decisões analisadas fazem menção à autocontenção com certa conotação positiva para a prática jurisdicional do STF, embora a autocontenção seja tratada de maneira distinta dentro de cada uma das ações, uma com maior deferência com o Poder Legislativo, outra mais voltada para uma visão procedimental e a terceira justificando a autocontenção como regra geral da atuação jurisdicional.

Em julgamento da ADO nº 2, julgada em 2020, onde a corte julgou possível omissão legislativa e administração na criação de novos cargos da defensoria pública, o STF entendeu haver, no caso analisado, a necessidade de uma posição autocontida. Embora a decisão possa ser enquadrada como uma posição de resistência ao ativismo judicial, boa parte da ementa e do voto do ministro-relator é dedicada a justificar o controle judicial de omissão em matéria de políticas públicas, principalmente em casos de “violação sistemática dos direitos fundamentais”, nos termos da ADO nº 2:

30 <https://jurisprudencia.stf.jus.br>

31 ADO 2, ADO 22 e ADI 5062.

“(...) 4. O controle judicial de omissão em matéria de políticas públicas é possível – e, mais que isso, imperativo – diante de quadros de eternização ilícita das etapas de implementação dos planos constitucionais ou, ainda, em face de violação sistêmica dos direitos fundamentais, uma vez que o princípio da separação dos Poderes não pode ser interpretado como mecanismo impeditivo da eficácia das normas constitucionais, sob pena de transformar os programas da Carta Maior em meras promessas. Precedente: ADPF 347 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 9/9/2015, DJe 19/2/2016. (...)” (BRASIL, 2020, p. 2)

Na metade inicial de seu voto, o ministro relator faz consideração sobre a forma com que a administração do Estado busca materializar “valores, direitos e objetivos constitucionalmente estipulados”, entendendo que elas podem ser múltiplas, seja em razão da abertura constitucional ou das complexidades próprias da realidade concreta e das variações dos desejos políticos ocasionais:

“As formas de atingimento dos objetivos constitucionais fundamentais do Estado, contudo, podem ser múltiplas, seja em razão da tessitura aberta do texto constitucional, das complexidades inerentes à realidade concreta ou das variações político-administrativas inerentes ao princípio democrático.” (BRASIL, 2020, p. 22)

Portanto, no entendimento da corte, a possibilidade de tornar realidade os mandamentos constitucionais está submetida às diversas flutuações sociais, políticas e econômicas, exigindo em alguns pontos uma “atuação coordenada de múltiplas esferas administrativas”:

“A concretização do plano constitucional, destarte, não é nem instantânea nem estanque, mercê das constantes alterações econômicas, políticas, sociais e culturais. Embora alguns mandamentos fundamentais possam ser perfectibilizados, apenas, pela via normativa, outras políticas públicas demandam atuação coordenada de múltiplas esferas administrativas, assim como tempo de maturação, planejamento estrutural e orçamentário e, quiçá, uma certa dose de experimentalismo.” (BRASIL, 2020, p. 23)

A submissão da materialização dos mandamentos constitucionais às inconstantes e complexas transformações sociais, políticas e econômicas é o ponto-chave da justificativa do voto da corte que, no momento de análise dos pedidos levados a juízo, pede por “autocontenção judicial”, conforme se extrai de parágrafo do voto do ministro-relator:

“Neste momento, pois, entendo que a situação sub examine clama por autocontenção judicial. (...) Entender em sentido contrário seria fechar os olhos para a realidade fática — marcada que é pelos paulatinos avanços na estruturação da Defensoria Pública Federal, mesmo diante de um quadro de intensa crise econômica —, para as capacidades institucionais do Poder Judiciário em matérias com intenso impacto orçamentário e, finalmente, para o que o próprio Poder Constituinte Derivado estipulou, ao editar a Emenda Constitucional 80/2014.” (BRASIL, 2020, p. 33 de 34)

Embora a justificativa da corte no caso julgado encaminhe para apontar as complexidades de funcionamento institucional do Estado como um impeditivo da atuação do Poder Judiciário nos casos de possíveis omissões administrativas na concretização dos mandamentos constitucionais, no corpo do voto o ministro relator faz referência à ADO nº 26, julgada em 2019, afirmando que não pode ser admitida a “eternização das etapas de implementação desses planos constitucionais” (BRASIL, 2020, p. 24), como foi o caso, no que considera omissão do Poder Legislativo, da criação de tipo penal incriminatório de atos contra direitos fundamentais da comunidade LGBT. Fazê-lo seria defender um excesso de autocontenção. No voto:

“(...) isso não significa admitir a eternização das etapas da implementação desses planos constitucionais, como ficou claro no julgamento, por neste Plenário, da ADO 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do MI 4733, relatado pelo Ministro Edson Fachin, em que se afirmou a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Seria impossível cogitar de uma margem de liberdade de conformação do legislador que nulificasse proteções conferidas a grupos vulneráveis pela própria Carta Constitucional, descartando a faceta contramajoritária da atuação judicial em prol de uma excessiva autocontenção, justamente, nos momentos em que a intervenção jurisdicional se mostraria mais necessária.” (BRASIL, 2020, p. 24).

Ao mesmo tempo, ao apontar a necessidade de uma autocontenção no caso submetido à análise, a corte decide em sentido contrário, reafirmando a sua posição na concretização das previsões normativas constitucionais, nos casos que julga existir omissão do Poder Legislativo. A corte, portanto, ao afirmar a discricionariedade dos demais poderes constituídos reafirma a sua posição na concretização do que entender ser a ausência da prestação material por parte desses mesmos poderes.

O que acaba modificando conceito de autocontenção para mais do que uma simples deferência em relação ao Poder Legislativo. A leitura da corte submete a contenção na atuação do judiciário à complexidade da sociedade e aos limites

próprios de uma sociedade complexa. Muito em parte com que foi informado por Ribeiro (2013), a corte parece informar não haver possibilidade de atuação do Poder Legislativo em todas as demandas exigíveis pela sociedade e uma atuação autocontida deve ser a regra a não ser que seja identificado uma omissão legislativa justificável para a atuação pró-ativa do Judiciário.

No caso da ADO nº 22, julgada em 2015, no entanto, o STF é mais contido na sua análise das próprias competências e das possibilidades de atuação da corte em matérias levadas a seu juízo. A ação versa sobre a omissão (ou mora) do legislador na criação de lei que regulamente a propaganda de bebidas alcoólicas, em oposição à previsão constitucional contida no Art. 220, § 4º³², da Constituição Federal.

No início do voto há referência a julgamentos anteriores e à jurisprudência sobre os limites de interpretação da corte em matéria de princípios, afirmando a ministra-relatora que a harmonia e separação de poderes impede que o Poder Judiciário substitua o Poder Legislativo na criação legislativa:

“A pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou, com fundamento na interpretação dos princípios da harmonia e independência entre os poderes, a impossibilidade de, em sede jurisdicional, criar-se norma geral e abstrata em substituição ao legislador.” (BRASIL, 2015, p. 13)

No caso da eventual omissão a ser apontada, afirma a corte que a matéria já foi debatida pelo Congresso Nacional por 7 (sete) anos e que existe, de fato, regulamentação da política nacional sobre o álcool e fiscalização implementada pelo CONAR, órgão de regulamentação da propaganda³³, não havendo demonstração da “omissão inconstitucional” (BRASIL, 2015, p. 41).

O ponto de divergência com o acórdão da ADO nº 2 está no fato de que a corte considera os pontos sociais trazidos pelo autor no caso da propaganda de bebidas alcoólicas, mas aponta que a questão levada à apreciação da corte estaria

32 O artigo 220, §4º prevê: “(...) A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

33 No voto da ministra relatora, nas pg. 23 a 41, são apresentados os anexos A, P e T do Código Brasileiro de Autorregulação Publicitária que apontam a existência de regulamentação da propaganda de bebidas alcoólicas nos termos da Constituição, que pelo extenso teor do conteúdo não foram apresentadas na dissertação.

mais afeita ao Poder Legislativo que a resolveu segundo determina a constituição.

No voto:

“Sem desconsiderar os relevantes argumentos de cunho social trazidos pelo Autor, relativos à saúde pública e à proteção da família, a análise dos dados constantes da norma vigente e mesmo do elemento histórico (não o melhor critério de interpretação, mas de se aproveitar como fator demonstrativo da ação legislativa, a deitar por terra a afirmativa de omissão do legislador), comprovam que a questão novamente trazida à apreciação do Supremo Tribunal Federal está afeta ao Poder Legislativo, no qual foi cuidada segundo a Constituição determina e concluiu ele no exercício legítimo de suas competências.” (BRASIL, 2015, p. 42)

Em complemento, mesmo que as razões sociais apontadas sejam consideradas relevantes, essas razões não são suficientes para afastar a competência do Poder Legislativo em tratar da matéria, conforme preveem os princípios fundamentais do direito constitucional. No voto:

“(…) Ainda que se possam considerar relevantes as razões sociais motivadoras do agir da Procuradoria-Geral da República no ajuizamento da presente ação, o pedido não pode prosperar. Tão importante quanto a preservação da saúde daqueles que se excedem no uso de bebidas alcólicas e que poderiam consumi-las em níveis menores é a observância de princípios fundamentais do direito constitucional, como o da separação dos poderes.” (BRASIL, 2015, p. 42)

Há clara diferença na fundamentação da ADO nº 22 quando comparado com os fundamentos apresentados pela corte nos julgamentos da ADO nº 2. Não há naquela a vontade de manter a competência da corte em julgar as matérias que entender necessárias, enquanto no julgamento da ADO nº 22 desconsidera as razões sociais, por mais relevantes que sejam, para se fiar pelas competências constitucionais determinadas pela separação de poderes.

O que se traduz em parte posterior do acórdão em que um dos ministros aponta que houve discussão no Congresso Nacional sobre a restrição publicitária de todas as bebidas alcoólicas, mas a posição que venceu o “debate técnico e democrático” (BRASIL, 2015, p. 56) foi no sentido de que a atual previsão legislativa é a que melhor traduz a previsão normativa do art. 220, §4º, da Constituição Federal. Situação que pediria por uma “autocontenção judicial” da corte:

“Assim é que, embora tenha sido expressamente ventilada no Congresso a opção de restringir a publicidade de todas as bebidas, independentemente do seu teor alcoólico, venceu, no debate **técnico** e **democrático**, o entendimento de que a disciplina jurídica atual é a mais razoável à luz do art. 220, §4º, da CRFB. Nesse cenário, entendo haver situação que clame por **autocontenção judicial.**” (BRASIL, 2015, p. 56) (grifo do texto)

A discussão da matéria pelo Poder Legislativo e sua competência para definir os parâmetros constitucionalmente previstos para regulamentar a publicidade de bebidas alcoólicas teria uma “autoridade jurídico-constitucional” indisputável, com atribuição expressa na Constituição da competência legislativa:

“Na espécie, acredito estarem presentes as duas razões que fundamentam a autorrestrição estrutural do Poder Judiciário. Por um lado, a **autoridade jurídico-constitucional** do Congresso Nacional é indisputável. O artigo 220, §4º, da CRFB atribui expressamente ao legislador – e não ao Poder Judiciário – a tarefa de definir as restrições concretas à publicidade de bebidas alcoólicas. Ante essa evidente atribuição de autoridade do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal deverá ser deferente às escolhas legislativas, o que se reforça pela trajetória do processo legislativo que marcou a aprovação da Lei nº 9.294/96, marcada pelo diálogo com a sociedade civil.” (BRASIL, 2015, p. 57) (grifo do texto)

A deferência à escolha deliberada do Congresso Nacional em tema submetido à apreciação do STF é o que parece ser o ponto central da discussão. Não existem motivos que justifiquem uma eventual omissão constitucional se o Congresso Nacional escolheu pela interpretação em vigor da legislação sobre publicidade de bebidas alcoólicas. A vontade social ou uma leitura mais particular da corte sobre os caminhos que a sociedade deveria tomar não foram considerados.

A decisão no caso da ADO nº 22 se mostra mais próxima à teoria da autocontenção do que a decisão analisada anteriormente, mas os motivos que justificam a posição autocontida divergem da formulação teórica. As teorias da autocontenção fazem deferência ao Poder Legislativo ao compreender ser o Poder Legislativo que cria a legislação e que caberia ao poder político definir os rumos da sociedade. No caso analisado, a defesa dos poderes legislativos têm base constitucional, na separação de poderes e competência de cada um dos poderes constituídos.

Ainda, parte dos votos dos ministros que compõem a corte apontam a autocontenção como medida justificada no debate técnico e democrático, em

similaridade com a teoria procedimental, dado que a autocontenção é justificada em relação aos procedimentos de discussão e criação legislativa.

A menção à “autorrestrrição” está presente na ADO nº 5062, julgada em 2016, que tratou da inconstitucionalidade de artigos da Lei nº 9.610/98 alterados e introduzidos pela Lei nº 12.853/13, marco regulatório do gerenciamento coletivo de direitos autorais no Brasil, que na palavra dos autores da ação direta de inconstitucionalidade tornavam públicas informações de natureza privada sobre a execução pública de obras musicais e a respectiva arrecadação de direitos autorais, contrários a cláusulas de confidencialidade e ainda estabeleciam penalidades.

Já na ementa de julgamento, o ministro-relator afirma que os princípios previstos na Constituição Federal também são interpretados pelo legislador ordinário e, em razão dessa previsão, não se pode fazer alegações genéricas de direitos fundamentais que transformem a decisão judicial em veto absoluto da atuação do Poder Legislativo. Na ementa:

“(…) A interpretação ampliativa dos princípios constitucionais não deve se convolar em veto judicial absoluto à atuação do legislador ordinário, que também é um intérprete legítimo da Lei Maior, devendo, nesse mister, atuar com prudência e cautela de modo que a alegação genérica dos direitos fundamentais não asfixiem o espaço político de deliberação coletiva.” (BRASIL, 2016, p. 2)

Nos primeiros parágrafos de seu voto, o ministro-relator afirma que as hipóteses de interferência do Poder Judiciário em parte do processo político precisa possuir previsão expresse nas normas da Constituição Federal, senão corre-se o perigo de reduzir o espaço de atuação própria dos agentes políticos eleitos, que precisam de liberdade para acomodar todas as variedades de anseios sociais divergentes. Nas palavras do relator:

“(…) a interferência judicial no âmago do processo político, para justificar-se, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto expresse das normas da Constituição da República. É que, do contrário, correr-se-ia o grave risco de sufocar e de engessar a dinâmica própria aos agentes políticos eleitos, aprisionando-a por força externa em fórmulas rígidas que não se ajustam bem à cambiante necessidade de acomodar uma ampla gama de anseios sociais divergentes no Parlamento.” (BRASIL, 2016, p. 46)

Há nas palavras do relator uma clara preocupação com os limites de atuação do Poder Judiciário em matéria do Poder Legislativo, por mais complexo que seja o tema levado a apreciação da corte, como é o caso do marco regulatório de direitos autorais de gerenciamento coletivo, submetido a audiência pública, com participação de diversas entidades interessadas no resultado do pleito julgado.

Há ainda uma apreciação do processo legislativo utilizado para o trâmite da Lei nº 12.853/13, afirmando que não houve ofensa ao devido processo legislativo e que não há na Constituição Federal a definição de prazos para tramitação de projetos, sujeitos à “cadência” que o legislador “julgar adequada” (BRASIL, 2016, p. 47).

Essa é a base do juízo formal da constitucionalidade apontada pelo ministro-relator, mas que serve de parâmetro para a subsequente análise material da constitucionalidade. Após uma extensa apresentação dos conceitos de direitos autorais, o ministro-relator faz considerações sobre o papel do Poder Judiciário na revisão dos marcos regulatórios definidos pela legislação.

Para o ministro-relator, existe a necessidade de uma orientação geral que busque conduzir o Poder Judiciário à racionalidade e previsibilidade de atuação na revisão dos marcos regulatórios setoriais com base na “transparência”, com a identificação clara dos motivos que determinam as escolhas legislativas, que, no que lhe concerne, pede por uma “autorrestrrição estrutural” do Poder Judiciário em razão da legitimidade político-democrática dos órgãos reguladores, como o Poder Legislativo:

“Havendo transparência na escolha regulatória, o primeiro parâmetro postula, para usar categoria apresentada pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a *autorrestrrição estrutural* em razão tanto da legitimidade político-democrática quanto da capacidade epistêmica dos órgãos reguladores, como, *in casu*, o Poder Legislativo (*Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 180-181).” (BRASIL, 2016, p. 61)

Essa autorrestrrição judicial é justificada para evitar a interferência do Poder Judiciário na “inflação semântica dos enunciados constitucionais” (BRASIL, 2016, p. 61) que possam reduzir o espaço de atuação das escolhas majoritárias, fruto das decisões dos representantes eleitos de cada nova geração de cidadãos que

atribuem significados para os dilemas sociais não predefinidos na Constituição Federal. No voto:

“Em uma democracia, a Constituição é o documento fundante, mas não exauriente do Estado. Isso significa que a resposta para a maioria dos dilemas sociais, embora balizada, não está predefinida na Lei Maior. Cabe a cada geração, através de seus representantes eleitos, disciplinar, com significativa margem de conformação, os conflitos intersubjetivos. Nesse cenário, toda inflação semântica dos enunciados constitucionais implica supressão de espaço de escolha das maiorias eleitas. Bem por isso já advertia o Chief Justice Marshall, da Suprema Corte Norte-americana, que *“We must never forget that it is a constitution we are expounding”* (McCulloch v. Maryland – 1819).” (BRASIL, 2016, p. 61)

O que se extrai dos fundamentos do ministro-relator é a exigência de deferência ao Poder Legislativo quando os procedimentos legislativos forem respeitados e existir transparência suficiente que impeçam qualquer atuação do Poder Judiciário sob pena de restringir a atuação da vontade majoritária dos representantes eleitos, que teriam o papel de, geração após geração, resolver os dilemas sociais não previamente regulamentados pela Constituição Federal e, ao fazê-lo, evita carregar as normas constitucionais de significados que não possam ser interpretados por esses mesmos representantes eleitos.

A fundamentação da deferência com base na “transparência” também é utilizada para afirmar que, em caso de ausência de transparência, se abre a possibilidade para uma postura mais “particularista” do Poder Judiciário, expressão associada com o ativismo judicial pelo próprio ministro-relator. No voto:

“(…) A *transparência* exigida cria um ambiente propício à consistência regulatória, na medida em que constringe os agentes decisórios a explicitar, com maior rigor analítico, os motivos causadores e fins perseguidos pela intervenção estatal. A falta de transparência, a seu turno, torna a medida *suspeita*, autorizando postura mais *particularista* do Poder Judiciário no exame da sua validade jurídica. (...) os parâmetros propostos buscam conciliar os *riscos* do ativismo excessivo com as *deficiências* da deferência exagerada.” (BRASIL, 2016, p. 62)

O parâmetro apresentado pelo ministro-relator, a transparência, parece ser o limite procedimental na possibilidade de atuação do Poder Judiciário em favor de um ativismo judicial. Havendo clara motivação que determina a atuação do Poder Legislativo, não haveria a hipótese de uma interpretação “pró-ativa”, expansiva ou

“particularista” do Poder Judiciário, cabendo a deferência ao Poder Legislativo que atua não apenas dentro de suas competências constitucionais, mas na solução dos dilemas sociais não constitucionalmente previstos.

As três decisões parecem indicar uma tentativa de determinar limites de atuação e interpretação da corte em relação ao que consideram ativismo judicial. Em matérias que tratem da formalidade da produção legislativa e do procedimento democrático a deferência será a regra, havendo possibilidade de atuação ativista, ou pró-ativa, apenas no caso de não existir transparência do procedimento ou legislação que busque fragilizar o equilíbrio democrática.

Essa posição da corte busca resolver um dos problemas das teorias da autocontenção com base na deferência, enquanto determina em que matérias a corte deveria abdicar da autocontenção, um problema que a origem das teorias de autocontenção não conseguiram responder, mas o foco no procedimento deixa em aberto a questão valorativa que definiria o motivo, dentro de uma teoria jurídica sólida, pelo qual se deveria prescindir da autocontenção. A preocupação com a transparência, a formalidade do processo legislativo e democrático não impediria uma atuação ativista, dado que o procedimento seja totalmente respeitada a questão material do direito deliberado pelo legislativo pode ser contrária à constituição, criando a situação em que se deixa de agir em matéria inconstitucional porque se compreendeu que o procedimento de criação de lei foi respeitado.

3.1.3 A teoria procedimental e o ativismo judicial no STF

A referência à teoria procedimental, muito semelhante com a visão de Ely (1980) sobre a corte Warren, vai no caminho contrário da resistência. A corte utiliza a teoria procedimental para justificar uma atuação crítica da corte, ou pró-ativa, na resolução de matérias submetidas a seu julgamento.

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico eletrônico³⁴ do STF pelos termos “ativismo” e “judicial”, em 1 (um) dos acórdãos julgados pela corte foram encontradas menções à teoria procedimental, com referência direta a Ely (1980)

34 <https://jurisprudencia.stf.jus.br>

para justificar uma atuação da corte em oposição à legislação criada pelo Poder Legislativo sobre contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais³⁵.

A decisão analisada, ADI nº 4650, julgada em 2015, diz respeito à inconstitucionalidade da contribuição de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, prevista nos, até então, artigos 23 e 24, incluindo seus incisos, da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) e nos artigos 31, 38 e 39 da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos).

Na parte inicial de seu voto, o ministro relator faz uma breve consideração sobre o que ele chama de “descolamento entre a classe política e a sociedade civil” (BRASIL, 2015, p. 24), uma crise de representatividade que colocaria de um lado o cidadão e, de outro, os políticos que priorizam os seus próprios interesses privados em relação ao interesse público coletivo:

“Existe verdadeiramente uma crise de representatividade no país, colocando em lados opostos os cidadãos, que a cada dia se tornam mais céticos em relação aos agentes eleitos, e os membros da classe política, que, não raro, privilegiam interesses particulares em detrimento do interesse público. E tal distanciamento compromete, com o passar do tempo, o adequado funcionamento das instituições.” (BRASIL, 2015, p. 24)

Essa posição do relator, que será acolhida pela corte, será utilizada como justificativa para a análise da inconstitucionalidade dos artigos acima referidos ao longo do voto. A causa do comprometimento do funcionamento das instituições, que dará como resultado o julgamento da inconstitucionalidade do financiamento por pessoas jurídicas de empresas privadas, se funda nesse descolamento entre a classe política e o cidadão e na necessidade, na visão da corte, de resgatar a “confiança e credibilidade da população geral no sistema político” (BRASIL, 2015, p. 24-25):

“(…) democracia não pode prescindir de uma atividade política intensa e preocupada com tutela dos valores republicanos. É preciso, assim, construir uma relação sinérgica entre os representantes do povo e a sociedade civil, resgatando, neste particular, a *confiança* e a *credibilidade* da população em geral no sistema político.” (BRASIL, 2015, p. 24-25)

35 ADI 4650 (BRASIL, 2015).

Quando analisa a possibilidade de atuação da corte, o ministro relator faz consideração sobre a possibilidade de uma atuação mais propositiva, evitando uma “deferência cega” do juízo constitucional às decisões do grupo político majoritário quando a proteção dos pressupostos do regime democrático está em questão:

“(...) em uma democracia, ao menos quando idealmente pensada, o espaço político, notadamente o Parlamento, é o *locus* por excelência em que devem ocorrer as deliberações sobre questões políticas fundamentais da sociedade. Seria, assim, antidemocrático atribuir a juízes não-eleitos e não responsivos à vontade popular a imposição de comportamentos e/ou a invalidação de atos normativos emanados de autoridades escolhidas pelo povo. Disso, porém, não decorre uma interdição completa do exercício da jurisdição constitucional e uma *deferência* cega do juiz constitucional com relação às opções políticas feitas pelo legislador (*judicial self-restraint*). (...) Com efeito, não raro se vislumbram hipóteses em que se exige uma postura mais *incisiva* da Suprema Corte, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático.” (BRASIL, 2015, p. 35)

Ao fazer consideração sobre a deferência às vontades políticas majoritárias na matéria de financiamento privado de campanhas políticas, o relator faz referência expressa à doutrina do *judicial self-restraint*, posição que deve ser evitada na hipótese analisada e que é comumente associada como oposição ao ativismo judicial (POSNER, 2012). Ao desfavorecer posição doutrinária oposta ao ativismo judicial, o relator revela que não possui uma inclinação doutrinária clara em relação ao ativismo ou não-ativismo em todas as temáticas levadas à apreciação da corte, porque em outro momento o mesmo ministro se mostrou favorável ao *self-restraint*³⁶, embora considere a doutrina falha quando o tema gira em torno dos pressupostos do regime democrático.

Para justificar a atuação da corte constitucional no controle dos modelos de financiamento eleitoral, o relator aporta em seu voto doutrina do jurista norte-americano Ely (1980) em faz uma analogia ao sistema de controle antitruste do campo econômico para explicar como deve ser dado o controle de constitucionalidade no campo jurídico. Tal posicionamento é o que justificaria a defesa de uma postura mais ativa do STF em matérias sobre o funcionamento do regime democrático, que iria além da hermenêutica constitucional, exigindo uma questão de “modelagem institucional” da democracia brasileira:

36 No julgamento da ADO 2/DF, o mesmo ministro afirmou que a situação analisada na ação clamava “por autocontenção judicial” (BRASIL, 2020, p. 33).

“Daí por que a defesa de uma postura mais *ativa* do Supremo Tribunal Federal em matérias como a presente não se reduz jamais ao campo estrito da *hermenêutica constitucional*, exurgindo, antes de tudo, como autêntica questão de *modelagem institucional* no Estado Democrático brasileiro (STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico). In.: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 540-544).” (BRASIL, 2015, p. 37)

Na visão do relator, os atuais mecanismos existentes não são capazes de incentivar os agentes políticos à mudança do *status quo* e implementar mudanças essenciais que aprimorem as instituições democráticas, permitindo manipulação e parcialidade dos atuais detentores de mandados eletivos, o que reforça a postura expansiva do STF, em detrimento da deferência ou formalismo da corte. No voto:

“(…) A rigor, tais desenhos não oferecem os *incentivos* corretos e necessários para que os agentes abandonem o *status quo* e, conseqüentemente, implementem as mudanças essenciais ao aprimoramento das instituições democráticas. (...) Exatamente porque matérias intimamente ligadas ao processo eleitoral aumentam consideravelmente as chances de *manipulação* e *parcialidade* no seu tratamento pelos órgãos eleitos por este mesmo processo, justifica-se, a meu sentir, uma postura mais *expansiva* e *particularista* por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais *deferentes* e *formalistas*.” (BRASIL, 2015, p. 38-39)

Cumprе ressaltar que a ação sob julgamento da corte trata dos mecanismos de financiamento de campanhas política e a posição da corte busca afirmar que faltam nas normas constitucionais e infraconstitucionais mecanismos satisfatórios para que se fuja do *status quo*. A corte aponta certo descontentamento com a estrutura e os instrumentos legais que a política tem à disposição para exercer o poder político e que, para corrigir dessas distorções, criando novos mecanismos, poderia agir de maneira “expansiva” e “particularista”.

A transferência do poder de decidir sobre matérias do regime democrático à corte, para além das competências constitucionais repousa na posição insular em relação aos demais poderes constituídos e no grau de imparcialidade e neutralidade do Poder Judiciário. No voto:

“o controle jurisdicional, aqui, decorre verdadeiramente da *posição* de maior insulamento de que desfruta o Poder Judiciário em face do poder político

quando comparado com o Legislativo e o Executivo. (...) O deslinde de controvérsias de natureza política não pode abster-se da análise de qual *agente* investido do maior grau de *imparcialidade* e *neutralidade* está apto para apreciar a matéria. Precisamente por isso, a objeção democrática, suscitada pela Presidência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, não desautoriza a intervenção judicial, visto que o exercício da jurisdição constitucional, na espécie, milita em favor do regime democrático.” (BRASIL, 2015, p. 40-41)

Para o relator, como membros de um poder constituído não-eleito, o Poder Judiciário estaria revestido de maior imparcialidade e neutralidade ao tratar de temática eleitoral do sistema político porque não estaria sujeitos aos interesses políticos dos detentores de mandatos eletivos. No caso, a corte toma posição contrária ao poder econômico ao impedir a sua participação ampla no financiamento de campanhas políticas/eleitorais ao tornar inválida legislação infraconstitucional que criou os mecanismos para tal financiamento, mesmo que a Constituição Federal não contenha, expressamente, norma que determine ou proíba certa forma de financiamento, o que é afirmado pelo relator em seu voto:

“A Constituição de 1988 não contém, em qualquer de suas disposições constitucionais, um tratamento *específico* e *exaustivo* no que concerne ao financiamento de campanhas eleitorais. Deveras, diversamente do elevado grau de detalhamento com que cuidou de inúmeros aspectos da vida, o constituinte originário não entregou ao legislador um modelo préelaborado de arrecadação de fundos para as campanhas eleitorais. Poderia fazê-lo, mas, verdadeiramente, não o fez.” (BRASIL, 2015, p. 41-42)

O distanciamento do Poder Judiciário em relação às motivações políticas do Poder Legislativo e essa visão de neutralidade e imparcialidade do Poder Judiciário, em superioridade à crítica apresentada as motivações políticas que se calam ou se manifestam para defesa de interesses políticos, só se justifica através de uma compreensão paternalista da jurisdição constitucional alimentada pela desconfiança sobre o Poder Legislativo, dependente de manobras de poder e opiniões majoritárias emocionadas. Nas palavras de HABERMAS (1997, p. 329):

“(…) Segunda essa interpretação, uma jurisdição juridicamente criativa do tribunal constitucional justificar-se-ia a partir de seu distanciamento da política, bem como a partir da racionalidade superior de seus discursos profissionais: ‘*The methods of reasoning of other branches of government are neither structured by requirements of an articulate consistence in the elaboration of underlying principles nor secured by institutional independence in their impartial exercise*’ (RICHARD, 1981, p. 336). De fato,

os discursos jurídicos podem pretender para si mesmos uma elevada suposição de racionalidade, porque discursos de aplicação são especializados em questões de aplicação de normas, sem por isso institucionalizados no quadro da clássica distribuição de papéis entre partidos e um terceiro imparcial (...)"

O cerne da questão, portanto, reside em uma superioridade do discurso jurídico sobre o discurso político para o exercício da jurisdição constitucional. Na ótica apresentada pelo Ministro, o Poder Judiciário passa a ter um papel central como defensor da moralidade pública, como guardião da integridade democrática do Estado e definidor das políticas públicas, buscando proteger os princípios fundamentais da sociedade, ainda que não existe matéria constitucional sobre o tema do financiamento de campanhas e partidos políticos, segundo a visão que lhe pareça a mais correta.

Ao mesmo tempo em que defende uma superioridade, com base na imparcialidade, do judiciário sobre o legislativo para decidir questões políticas eleitorais como o financiamento de campanha, a preocupação da corte em decidir pelo equilíbrio do pleito eleitoral com base na democracia é uma aproximação com a teoria de Ely (1980) que defendeu a atuação da corte Warren, chamada de "ativista" por seus críticos, quando atuava em prol dessa mesma igualdade democrática. Embora se mostre resistente ao ativismo judicial, a corte acaba por definir parâmetros para uma atuação ativista, criando uma exceção quando a matéria submetida a julgamento verse sobre o equilíbrio democrático, cabendo aí uma atuação da corte para corrigir eventuais distorções que surgirem.

A crítica à atividade política e o descolamento da classe política da sociedade só se justifica sob o ponto de vista moralizante da decisão judicial. A superioridade do discurso jurídico e a idealização dos parâmetros democráticos previstos na constituição são o fundamento justificadores para uma atuação jurídica pró-ativa contra a regra geral de deferência ou autorrestrição, uma preocupação da corte na definição dos seus próprios limites de atuação. O problema de tal atuação reside na vinculação necessária entre o direito e a moral, principalmente a visão idealizada da corte sobre os princípios democráticos e nas carências valorativas de uma teoria procedimental, o que é preocupação da própria corte que a todo momento busca justificar a atuação pró-ativa da corte de criação legislativa, função típica do Poder Legislativo.

3.2 A Contribuição do Constitucionalismo Garantista

Entendendo o ativismo judicial segundo a construção teórica de Dworkin, ou seja, a tomada de decisões com base nas convicções morais correntes dos juízes, o constitucionalismo garantista apresenta uma resposta de resistência ao ativismo judicial ao prescrever a separação do direito e da moral em seu “sentido prescritivo” ou “axiológico” como um fundamento do liberalismo político que “rejeita, para a garantia das liberdades fundamentais em relação a tudo o que não lesiona os outros, a utilização do direito como instrumento de reforço da (ou de uma determinada) moral” (FERRAJOLI, 2012, dnp).

Tal separação, no entanto, não significa uma aderência à tese de deferência ao Poder Legislativo visto que a separação entre direito e moral impõe um limite ao poder de juízes, retirando a possibilidade da decisão com base em um arbítrio moral e, ao mesmo tempo, limita o poder do legislador de invadir a esfera moral das vidas das pessoas (FERRAJOLI, 2012).

Na teoria do constitucionalismo garantista, portanto, há uma junção entre o paradigma juspositivista do direito e da democracia como um “sistema de limites e de vínculos substanciais” (FERRAJOLI, 2012, dnp) em que se adiciona ao formalismo do positivismo jurídico os princípios éticos, originados no jusnaturalismo, positivados na normatividade constitucional, convertendo-se “em princípios jurídicos vinculantes nos confrontos de todos os titulares das funções normativas” (FERRAJOLI, 2012, dnp).

Tal pressuposto está assente na vinculação entre direito e democracia dentro de uma teoria de direito positivo moderno que, assim como a construção da judicialização da política e dos ideais democráticos apontados no capítulo anterior, nasceram no estado de direito liberal e renasceram com o paradigma constitucional segundo o princípio da legalidade, limites e obrigações de conteúdo constitucional e separação de poderes públicos, nas palavras de Ferrajoli (2013):

“Sus presupuestos metateóricos han sido hasta el día de hoy las características estructurales del derecho positivo «moderno», tal y como se han venido configurando con el nacimiento del estado de derecho liberal y, más tarde, con su refundación constitucional: el principio de legalidad como

norma de reconocimiento y fuente de legitimación del derecho vigente, los límites y obligaciones de contenido impuestos por la constitución a la legislación misma, la jurisdicción como aplicación de la ley, el monopolio estatal y legal de la producción jurídica, la consiguiente forma estatal del derecho y la forma jurídica del Estado y, por otro lado, la representatividad política de las funciones legislativas y de gobierno, la separación de los poderes públicos, la igualdad, en fin, de los seres humanos en tanto que dotados todos de personalidad jurídica y titulares de derechos fundamentales.” (FERRAJOLI, 2013, p. 4)

O constitucionalismo garantista, portanto, como teoria do direito é uma teoria do direito positivo moderno e, em simultâneo, da democracia, visto que se preocupa com o estado de direito, na maneira como compreende a vinculação do estado legislativo de direito baseado no princípio da legalidade e compreende um estado constitucional de direito, baseado na subordinação rígida das leis aos princípios constitucionais como normas de reconhecimento de sua validade (FERRAJOLI, 2013).

A teoria garantista não é uma teoria de retorno ao positivismo formalista e à deferência ao Poder Legislativo que poderia compreender o juiz como a “boca da lei”. A defesa da separação de poderes e a impossibilidade de subordinação de um poder ao outro tem como base as premissas democráticas que fundamentam um estado constitucional de direito e a subordinação dos poderes constituídos aos princípios constitucionalmente positivados é o que impede a subordinação do Poder Judiciário ao legislativo, dado que os dois estão subordinados à constituição como o fio condutor e guia das práticas jurídicas e legislativas.

Ao resistir ao ativismo judicial não se está retornando às práticas que impossibilitavam a concretização dos direitos fundamentais, pelo contrário, é exatamente porque compreende a constituição e a positivação dos direitos fundamentais como os fundamentos do estado constitucional de direito que a atuação do Poder Judiciário não pode ser pautada senão segundo a normatividade constitucional.

Por ser compreendida como uma teoria do direito contemporâneo, não poderia a teoria garantista deixar de tratar dos problemas e dar alternativas ao estado do Direito moderno e as possíveis deteriorações que identifica no estado de direito e nas possíveis regressões ao particularismo e a confusão de fontes do

direito e é nesse ponto que se distancia das teorias do neoconstitucionalismo e busca se diferenciar.

Dessa forma, o constitucionalismo garantista diferencia-se do constitucionalismo principialista pela rejeição de três elementos que o fundamentam: 1) a conexão entre direito e moral; 2) a contraposição entre princípios e regras; 3) o papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional (FERRAJOLI, 2012).

Como são esses três elementos que o constitucionalismo garantista pretende superar, Ferrajoli (2012) faz uma análise desses elementos e de seus riscos, entre eles o risco do “ativismo judicial e o enfraquecimento da submissão dos juízes à lei e da certeza do direito, que colocam em xeque, por sua vez, as fontes de legitimação da jurisdição” (FERRAJOLI, 2012, dnp).

Entendendo o constitucionalismo como “a positivação dos princípios de justiça e dos direitos humanos historicamente afirmados nas cartas constitucionais” (FERRAJOLI, 2012, dnp), também significa dizer que o princípio do juspositivismo de separação do direito e da moral vale para o constitucionalismo, o que não quer dizer que as normas jurídicas não possuam conteúdo moral, dado que “as Constituições expressam e incorporam valores da mesma maneira, nem mais nem menos, como o fazem as leis ordinárias” (FERRAJOLI, 2012, dnp), no sentido onde o legislador ao produzir a lei exprime conteúdos morais, mesmo que pareçam aos olhos de outro um desvalor, são valorizados por quem produz e exprime tais conteúdos, mesmo que a legislação produzida seja injusta ou criminosa, ao menos para o legislador é tratada como justa.

O que diferencia a Constituição das leis ordinárias está no fato que os valores expressados na Constituição são formulados através de normas positivas de nível hierárquico superior àquela da legislação ordinária e, por serem hierarquicamente superiores, são vinculantes em relação a elas (FERRAJOLI, 2012).

A crítica ao constitucionalismo ético ou principiológico parte, portanto, de uma abordagem quanto à conceituação da moralidade tratada por seus defensores. Segundo Ferrajoli (2012), os principialistas como Alexy, Zagrebelsky e Dworkin tem uma visão objetiva do que seria a moral vinculada com o direito. Nesse sentido:

“a ‘pretensão de justiça à qual se refere Alexy não é, na verdade, uma pretensão em sentido apenas subjetivo. Ela equivale, ao contrário, à pretensão de que as normas válidas ‘não tenham o caráter de injustiça extrema’, de tal modo que ‘normas singulares em conformidade com o ordenamento perdem validade jurídico (...) se são extremamente injustas’, evidentemente em algum sentido objetivo. Por outro lado, Zagrebelsky afirma que o direito consiste, hoje, na ‘fusão da lei com princípios de justiça independentes’. Dworkin, por sua vez, considera incompreensível que um juízo moral seja algo diverso de um juízo ‘realmente’ ou ‘objetivamente’ ou ‘verdadeiramente’ moral” (FERRAJOLI, 2012, dnp).

Segundo Ferrajoli (2012), a consequência de uma conceituação objetiva da moral é o enfraquecimento do constitucionalismo ao transformá-lo em uma “ideologia iliberal, cujos valores pretende impor-se a todos – moral, além de juridicamente – porque, em algum sentido, são ‘objetivos’ ou ‘verdadeiros’ ou ‘reais’” (FERRAJOLI, 2012, dnp), ideologia que, no que lhe concerne, se reveste de um inevitável absolutismo moral cuja consequência é a intolerância com opiniões morais divergentes, afinal, “se uma tese moral é ‘verdadeira’, então não é aceitável que não seja por todos compartilhada e, provavelmente, não seja a todos imposta na forma de direito, do mesmo modo como não é aceitável que alguém não compartilhe que $2 + 2 = 4$ ” (FERRAJOLI, 2012, dnp).

A construção de uma moral objetiva como guia para a prática jurídica também tem como resultado que não é possível refutar nenhuma ética do tipo objetivo por outra ética de tipo objetivo. Nesse ponto, Ferrajoli (2012) faz um comparativo entre a ética católica e uma ética laica hipotética para afirmar que:

“A ética objetivista laica expressa por muitos expoentes do constitucionalismo não positivista, por exemplo, não está em condições de recusar, em seu próprio campo, a ética católica com a pretensão de impor os seus preceitos através do direito. Uma ética semelhante pode ser contestada somente rejeitando o próprio cognitivismo e o próprio objetivismo ético, porque privados de referências empíricas e incompatíveis, sob o plano metaético, com uma concepção laica não somente do direito, mas também da moral.” (FERRAJOLI, 2012, dnp)

Um constitucionalismo ético ou principialista que busque satisfazer, com base em uma moral objetiva, alguma pretensão de justiça ou um mínimo ético, exigindo para tanto a conexão do direito com a moral e, como consequência dessa conexão, torne a justiça um elemento necessário para o direito está apenas realimentando as antigas teses jusnaturalistas, que se afasta da tese clássica do juspositivismo da

separação do direito e da moral, exclui a implicação de justiça contida na norma e retira a justiça do critério de validade da norma (FERRAJOLI, 2012).

Assim, o constitucionalismo garantista rejeita essa conexão entre direito e moral e advoga por uma separação exatamente porque parte do ponto de vista de autonomia do direito, mas diverso do positivismo clássico, tem como base o liberalismo e a democracia constitucional que tem na separação o seu fundamento, exatamente porque:

“(...) o constitucionalismo democrático reconhece e busca tutelar o pluralismo moral, ideológico e cultural que atravessa toda sociedade aberta e minimamente complexa, a ideia de que ele se funde sobre alguma objetividade da moral ou que exprima alguma pretensão de justiça objetiva coloca-se em contraste com os seus próprios princípios, antes de todos com a liberdade de consciência e pensamento.” (FERRAJOLI, 2012, dnp)

Em uma reafirmação de sua posição em favor do constitucionalismo garantista, Ferrajoli (2012) afirma que é exatamente essa separação entre direito e moral que se torna uma garantia do pluralismo moral e do multiculturalismo, em busca da “convivência pacífica das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedade” (FERRAJOLI, 2012, dnp) e, simultaneamente, atua como garantia da “submissão dos juízes à lei e da sua independência” (FERRAJOLI, 2012, dnp).

O que não significa que o constitucionalismo garantista e a separação do direito e da moral busque ignorar as visões morais sobre o direito, que usa essa separação como fundamento para garantir a autonomia do direito e, também, o ponto de vista jurídico interno como ponto de vista da crítica externa e, se uma lei for considerada intoleravelmente injusta, servir “como fundamento do dever moral à desobediência civil” (FERRAJOLI, 2012, dnp), o que não seria possível na ideia dos principialistas, como Alexy, da inadmissibilidade de lei intoleravelmente injusta, porque além do peso jurídico, recairia sobre o revoltado “a responsabilidade moral da desobediência” (FERRAJOLI, 2012, dnp).

Na visão garantista da autonomia do Poder Judiciário e subordinação à Constituição, o papel de juiz, principalmente de um juiz constitucional, repousa na sua obrigação de anular ou reparar as lacunas e antinomias produzidas pelas violações das garantias constitucionais que obrigam o legislador a agir e o proíbem

de alterar a Constituição, senão através de emendas constitucionais (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012).

Antinomias e lacunas que se configuram como vícios jurídicos, pela criação de normas inválidas que não estão em conformidade com o ordenamento jurídico superior ou por omissão de normas de execução, que geram a obrigação por parte da autoridade competente na edição de lei indevidamente inexistente ou na sua remoção de lei indevidamente existente do ordenamento jurídico (FERRAJOLI, 2011).

O problema da existente dessas antinomias e lacunas é a vontade de reduzi-las pela interpretação, atribuindo significados a normas inferiores de maneira que se equiparem a normas superiores ou buscando no ordenamento jurídico, pela analogia ou por princípios gerais, a solução que supere a falta de plenitude (FERRAJOLI, 2011).

Mas a interpretação possui limites insuperáveis, dado que muitas das antinomias e lacunas são geradas através de divergências profundas entre a lei e a constituição que são reflexos profundos da própria estrutura do ordenamento e das relações históricas que não se pode negar, ocultar ou minimizar, como é o caso da Constituição italiana que elencou direitos fundamentais como a presunção de inocência e responsabilidade pessoal, mas precisa conviver com codificações originadas no fascismo italiano que ainda mantém figuras como a responsabilidade objetiva, poderes de instrução da polícia e inexistência de garantias de defesa (FERRAJOLI, 2011).

Nesses casos, visões realistas do direito acabariam por desconhecer os princípios normativos superiores e visões normativas teriam que ignorar as leis inferiores. Portanto, se o que se deseja é evitar contradições desse tipo, é preciso ter um duplo enfoque na leitura da teoria do direito que aponte a inefetividade das normas superiores e a ilegitimidade das normas de nível inferior (FERRAJOLI, 2011).

Como teoria do direito, portanto, a separação entre os poderes e a formação de uma teoria do direito que compreenda essa distinção e a possibilidade de ilegitimidade de normas legais e ineficácia de normas constitucionais acaba por consolidar essa separação ao dar aos poderes constituídos funções normativas

expressas e ao permitir e compreender o estado constitucional em suas carências e impossibilidades.

Enquanto parte das teorias constitucionais de base principiológica colocam o Judiciário na posição de concretizador da justiça, enquanto leis injustas ou omissões injustas devem ser afastadas pelo juízo que tem a liberdade para fazê-lo, o constitucionalismo garantista retira do Poder Judiciário essa capacidade e reforça a função legislativa de redigir legislação e esse reforço da posição do legislador é defendido até mesmo em se tratando de omissão legislativa, onde a obrigação do juiz “é apenas a de constatar a omissão, nunca a de prover direito em substituição ao legislador” (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012, dnp).

O que não significa uma superioridade de um poder sobre o outro, como o fazem as correntes que defendem uma deferência ao Poder Legislativo, mas uma subordinação de todos os poderes constituídos à constituição, visto que é tarefa do Poder Legislativo promover a normatividade constitucional para retirar as lacunas provocadas pelo não cumprimento das normas constitucionais sendo tarefa do Poder Judiciário promover a anulação das antinomias decorrentes de normas violadoras das garantias constitucionais (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012).

Em se tratando de omissões legislativas e a impossibilidade do julgador substituir o legislador na criação legislativa, o constitucionalismo garantista aponta que o conformismo com esse defeito do sistema é o preço que “o positivismo jurídico paga pela segurança jurídica” (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012, dnp) e acaba afirmando a incompletude do direito.

3.2.1 Nejuspositivismo e a separação entre direito e moral

O positivismo jurídico, com sua afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito existente, é o pressuposto de nascimento da política moderna que é reconhecida como a produção e transformação do direito e das regras de convívio social. É com a política moderna e com o positivismo jurídico que o direito se transformou em instrumento e a linguagem política, a disputa entre oposições majoritárias e minoritárias, em fórmula de solução para os problemas sociais que se configura na própria legislação e nas demandas por sua reforma, na

defesa do direito existe e na sua crítica, no governo da sociedade e nas alternativas políticas e institucionais da oposição (FERRAJOLI, 2018).

Tal postulado, o princípio da legalidade do positivismo jurídico, coloca uma distinção entre o direito e a política e, principalmente, determina a autonomia do ponto de vista da moral e da política em relação ao direito positivado vigente. Ao permitir que pontos de vista morais ou políticos se coloquem em oposição ao direito vigente, buscando a sua reforma na lógica de autonomia da política, o princípio da legalidade não se subsume a uma única moral vigente e permite a atuação de diversas correntes de pensamento na criação do direito positivo pela política. A distinção entre moral e política com base na definição de que o direito é o direito criado pelo legislador como base do positivismo jurídico é assim definido por Ferrajoli (2018):

“Si es cierto que derecho es todo y solo el puesto por el legislador, entonces su existencia y su validez se separan de la justicia, en el sentido de que no todas las normas jurídicas son justas solo por ser válidamente producidas y por eso jurídicamente válidas y, a la inversa, no todas las normas justas son normas jurídicas si no han sido válidamente producidas. Por efecto del principio de legalidad se genera una virtual divergencia entre el ‘deber ser moral (o político)’ del derecho y su ‘ser’ efectivo, o sea, entre el derecho existente y el derecho justo.” (FERRAJOLI, 2018, p. 64)

É apenas com essa distinção que se pode abordar o direito por diferentes pontos de vista. Apenas compreendendo o direito como o direito criado pelo legislador, na legalidade postulada pelo positivismo jurídico, que se pode fazer a leitura do direito pelo ponto de vista interno da política hegemônica que defende o direito vigente como o fundamento e fonte de legitimação do sistema político e jurídico. Essa fonte de legitimação que é relativa e imperfeita, que se origina nas divergências da representação política, e que pode, por ser imperfeita, eliminar ou silenciar o ponto de vista externo da política, aquele reformador ou revolucionário do direito ainda a ser produzido (FERRAJOLI, 2018).

Essa lógica é imprópria para as vontades populares que buscam acelerar as mudanças sociais que ainda compreenderem serem necessários à ordem social e, conseqüentemente, ao direito vigente. Diante de uma situação em que há uma clara injustiça do ponto de vista político minoritário, o juiz pode se ver diante da vontade de resolver o problema convertendo a sua decisão em instrumentos político/moral de

mudança social através do ativismo judicial. Por melhores que sejam as suas intenções e melhores que sejam os seus fundamentos políticos/morais, a sua decisão, contrária à ordem jurídica do direito vigente é contrária à legalidade que dá origem ao próprio direito. Essa vontade pode revestir-se das melhores intenções, mas ainda assim, no positivismo jurídico, não é direito.

Ressalta-se que é o mesmo direito positivo o instrumento utilizado para a consolidação dos princípios da igualdade e dos direitos fundamentais nas Constituições Estatais e os princípios da paz e dos direitos humanos, através da Carta da ONU e Declaração dos Direitos Humanos, em resposta às mazelas do autoritarismo que tomou a Europa na Segunda Guerra Mundial. Constitucionalização desses princípios em normas de direito positivo que promoveu renovação do constitucionalismo jurídico, aperfeiçoou o positivismo jurídico e transformou o direito. Se nas origens do positivismo jurídico havia a sujeição do direito à política, na medida que era a política a criadora do direito vigente, a renovação do constitucionalismo colocou a política subordinada ao direito e, mais precisamente, consolidou a constituição com o direito supremo que estipula as condições da convivência civil e pacífica (FERRAJOLI, 2018).

O momento atual do positivismo jurídico difere do primeiro momento, aquele em que se subordinava o direito à política enquanto a política era criadora do direito vigente. Hoje, a política se submete ao direito enquanto este último é o elemento de validação da produção legislativa da política, ou do direito vigente, o que não significa dizer que a política deixou de ter sua importância ou limitou-se a sua atuação em prol de qualquer de outros forças sociais. A política continua sendo a criadora do direito exatamente em virtude do princípio da legalidade, o postulado do positivismo, que coloca a política no papel de criadora do direito vigente, mas o constitucionalismo jurídico coloca a questão de legitimidade da política na dependência do respeito e da atuação do projeto político constitucional. O que, nas palavras de Ferrajoli (2018), articula em dois momentos da positivação do direito:

“La positivización del derecho se articula así em dos momentos: el momento constituyente, que es el momento alto, extraordinario y supremo de la política tal y como se manifiesta em la estipulación de los derechos fundamentales como límites y vínculos a todos los poderes públicos, y el momento legislativo, que es el momento ordinario y corriente de la política, es decir, de la correcta actuación e implementación de tales derechos a

través de la introducción y el respeto de las correspondientes garantías” (FERRAJOLI, 2018, p. 67-68)

É apenas com esses dois momentos que se pode afirmar a Constituição como um projeto de futuro para a sociedade e que, em razão de ser esse projeto de formação e construção social, subordina a atuação do Poder Legislativo que tem a função de garantir e atuar para a concretização do plano constitucional. Separada em dois momentos, a política se transforma em espaço gerado por limites e vínculos estabelecidos pela constituição e que, desenhado dessa forma, impõe à política a proibição de interferir no exercício dos direitos de liberdade. O efeito dessa construção é o estabelecimento dos limites de interferência política e, em simultâneo, requisitar a atuação política para introdução de garantias que correspondam aos direitos estabelecidos no texto constitucional (FERRAJOLI, 2018).

É nesse paradigma que o modelo garantista do constitucionalismo rígido tomará forma, na medida que as expectativas positivas e negativas estabelecidas pela Constituição a respeito dos direitos de liberdade e direitos sociais correspondem aos limites ou proibições de lesões e estabelecem os vínculos ou obrigações de prestação normativa aos poderes constituídos. O princípio da legalidade, postulado do positivismo e primeiro postulado do modelo garantista de constitucionalismo rígido, opera como princípio lógico e teórico que *“imponen al derecho producido por el legislador la coherencia y la plenitud que él, de facto, no siempre tiene, pero que de derecho debe tener”* (FERRAJOLI, 2014, p. 61).

Além do primeiro postulado da teoria positivista, o princípio da legalidade, existem outros 3 postulados que servem de base para o modelo de constitucionalismo garantista: a) o princípio da plenitude deontica; b) princípio de jurisdicionalidade; c) princípio da acionabilidade. Em conjunto com o princípio da legalidade, o modelo garantista de constitucionalismo rígido e seus quatro pressupostos são um novo paradigma de abordagem do direito, um modelo teórico e normativo nunca inteiramente realizado, visto que as normas de atuação são sempre imperfeitas e incompletas, precisando de modificação constante e, na prática jurídica, são constantemente violadas (FERRAJOLI, 2014).

A inovação apresentada pelo modelo garantista em relação com o modelo legislativo do primeiro momento do positivismo jurídico, fundado na produção legislativa de caráter formal, está, primeiro, na positivação dos direitos fundamentais em normas constitucionais superiores em relação com o resto do ordenamento jurídico, invertendo, com a noção de soberania, a relação entre instituições políticas e pessoas, transformando as instituições em funções de garantia dos direitos das pessoas, como parte de sua razão social. Ao atribuir os direitos a todas as pessoas, ao mesmo tempo, impõe, em garantia desses direitos, limites e vínculos a todos os poderes governantes. Em segundo lugar, graças às garantias e em razão da sua inevitável violação, aponta a existência do direito ilegítimo. Ilegítimo como ação, quando o legislativo cria lei em contradição com a proibição constitucional; e ilegítimo por omissão, quando o legislativo não cria lei que deveria criar como exigência constitucional. Surgem, portanto, condições de controle de validade das leis, que dependem do respeito às normas procedimentais de criação legislativa e substanciais sobre o seu conteúdo, ou seja, de coerência com os princípios de justiça estabelecidos pela constituição (FERRAJOLI, 2014).

Tal modelo não implica, no entanto, em uma crise democrática ou uma negação da democracia. Ao determinar limites e vínculos na atuação de todos os poderes, incluído o poder político como expressão da democracia representativa, as constituições rígidas impõem limites e vínculos sobre o que pode ser produzido e, graças a esses limites, o paradigma constitucional consegue integrar e reforçar a democracia política, inclusive colocando a democracia sempre em necessidade e capacidade de reparar a si mesma. A lógica de positivação dos direitos fundamentais formam, nesse sentido, uma igualdade em direitos, enquanto os direitos positivos pertencem a todos os cidadãos, e servem melhor ao interesse do povo, em superioridade ao princípio majoritário, dado que as expectativas criadas pela positivação dos direitos fundamentais funcionam como expectativas gerais de todos os indivíduos (FERRAJOLI, 2014).

No paradigma apresentado pelo modelo constitucional rígido do garantismo e sua vinculação com o positivismo jurídico, os direitos fundamentais por se configurarem como direito do povo e de cada um que compõem a coletividade não podem ser suprimidos e nem limitados pela maioria, enquanto os direitos pertencem

a todos, maioria e minoria, a maioria não pode deles dispor deles, ou, como afirma Ferrajoli (2014):

“(...) los derechos fundamentales, y por consiguiente las normas constitucionales em que consisten, precisamente porque son derechos de todos y de cada uno, no son suprimibles ni limitables por mayoría. En efecto, la mayoría no puede disponer de lo que no le pertenece. Si todos y cada uno somos titulares de la constitución en cuanto titulares de los derechos fundamentales adscritos en ella, la constitución es patrimonio de todos y de cada uno, y ninguna mayoría política puede violarlos sino con un golpe de estado y una ruptura ilegítima del pacto de convivencia.” (FERRAJOLI, 2014, p. 80)

No paradigma constitucional, os direitos fundamentais positivados na constituição são normas substanciais sobre a produção normativa e, ao mesmo tempo, são normas aplicadas de imediato e em abstrato a todos os titulares dos direitos fundamentais, são também normas substanciais sobre a produção de outras normas, no sentido em que, ao estabelecerem vínculos e limites à atuação dos poderes constituídos, determinam a forma e o sentido sobre o que pode ou não ser decidido, condicionando a validade da norma criada ou a ser criada em uma relação de coerência com os direitos e princípios formulados, as normas primárias de baliza para a criação das novas normas (FERRAJOLI, 2014).

A distinção entre o ativismo judicial e a atuação jurisprudencial em uma teoria de vinculação entre o direito e a moral, com base no neoconstitucionalismo ou em teorias jurídicas de base principiológica, e o modelo garantista de constitucionalismo repousa exatamente nessa última questão apresentada, a característica normativa dos direitos fundamentais no paradigma constitucional. No sentido que deve-se definir a natureza dos direitos fundamentais como normas e a natureza do conteúdo substancial das normas de direitos fundamentais.

No neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais são separadas em regras e princípios e, em caso de existirem conflitos entre princípios, esses conflitos devem ser resolvidos por meio da ponderação, e o conteúdo substanciais das normas é compreendido como princípios éticos e políticos de justiça, reestabelecendo uma conexão entre o direito e a moral que o modelo positivista, desde os primórdios de sua concepção como teoria do direito buscou afastar. O modelo garantista vai no sentido contrário, afirmando a características das normas de direito fundamentais

como regras, em sua maioria, e reafirmando a separação do direito e da moral, sem configurar uma perda substancial da democracia introjetada nas constituições através dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2014).

O problema das teorias de conexão do direito e da moral não repousa na afirmação óbvia de que a legislação possui conteúdo moral, obviedade que repousa na própria lógica de criação legislativa, visto que o legislador revestido no poder de criar a legislação o utiliza para criar um instrumento que considera justiça, dotando a legislação de um elemento subjetivo de justiça e pode levar aqueles que desejam interpretar a lei a realizarem valorações morais sobre o conteúdo ético-político da legislação argumentando de maneira racional a respeito da lei. O problema repousa no chamado “*deslizamiento semántico*” (FERRAJOLI, 2014, p. 98) que parte dessa banalidade para afirmar, na defesa da conexão do direito e da moral, que os princípios constitucionais possuem uma moral específica e determinada, compartilhada por todos e revestida de uma objetividade universalizante. É nesse sentido que, conforme aduzido acima, se faz a afirmação de que normas não são extremamente injustas em algum sentido objetivo. Essa tese de conexão do direito e da moral repousa em uma ideia de que não existe uma pluralidade de concepções morais e que, portanto, os princípios e direitos constitucionalmente previstos possuem conteúdo de justiça verdadeiros e objetivos, nas palavras de Ferrajoli (2014):

“Esta tesis se funda, pues, en la idea de que existe, no una pluralidad de concepciones morales y políticas diversas y a veces en conflicto, sino *la* moral; y que esta se identifica, en todo o en parte, con el conjunto o con la mayor parte de los valores establecidos por las actuales constituciones democráticas. Por tanto, para quienes sostienen una idea semejante, los principios formulados en nuestras constituciones – la igualdad, la libertad, los derechos fundamentales – no son simplemente valores de justicia compartidos y firmemente defendidos por ellos, sino principios y contenidos de justicia ‘verdaderos’ y, em algún misterioso sentido de la palabra, ‘objetivos’.” (FERRAJOLI, 2014, p. 100)

Um constitucionalismo ético e o retorno do jusnaturalismo é a consequência dessa tese, visto que a ideia de existência de uma moral anterior ao direito vigente, produzido pelo legislador segundo as competências a ele atribuídas e limitadas pela normatividade constitucional, transforma o direito em apenas instrumentos de reconhecimento da moral universalizante e, por consequência, é totalmente oposta

ao positivismo jurídico e ao constitucionalismo de base positivista, que reconhece a positivação como o resultado das diversas opções ético-políticas que devem governar o direito positivo (FERRAJOLI, 2014).

O que não significa que o positivismo jurídico ou o constitucionalismo garantista é contrário à positivação dos princípios de justiça, mas que a sua constitucionalização não incide de modo algum na separação do direito e da moral. A separação é um pressuposto do positivismo jurídico e fundamento do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito positivo vigente. A teoria garantista de base positivista, como teoria de ordenamento normodinâmico, prevê o direito como todo e apenas aquele criado como tal pelas autoridades juridicamente habilitadas para produzi-lo, *“sea cual fuere – guste o no guste, se considere justo o injusto – su contenido normativo; que, consecuentemente, el derecho es cosa distinta de la moral”* (FERRAJOLI, 2014, p. 100-101).

3.2.2 Garantismo, ativismo judicial e o STF

Estabelecidos os pressupostos do constitucionalismo garantista e sua aversão ao ativismo judicial, principalmente com base na resistência à conexão entre o direito e a moral, pode-se abordar o garantismo em relação com o ativismo judicial e a produção jurisprudencial do STF. Essa abordagem parte do pressuposto que o constitucionalismo garantista não permite o ativismo judicial, se o ativismo judicial for entendido com a ligação entre o direito e a moral como faz Dworkin (2010), dado que o constitucionalismo garantista, com sua base no postulado do positivismo jurídico do princípio da legalidade, nega tal conexão como própria do direito.

Diante disso, em pesquisa à jurisprudência do STF pelos termos “ativismo”, “judicial” e “garantismo”³⁷ foram encontrados 4 acórdãos do tribunal e 1 decisão monocrática. Três desses acórdãos trataram do mesmo assunto, matéria submetida a julgamento em conjunto, a ADI nº 4578 (BRASIL, 2012), a ADC nº 29 (BRASIL, 2012) e a ADC nº 30 (BRASIL, 2012). O quarto acórdão é uma questão de ordem relacionada com a Ação Penal 937 (BRASIL, 2018), de crime submetido à

³⁷ O termo “garantismo” foi escolhido em substituição ao termo “garantista” porque ao realizar a pesquisa com os três termos, “ativismo”, “judicial” e “garantista”, não foram encontrados quaisquer resultados.

competência originária da corte. Esses 4 acórdãos abordam com pouca profundidade a questão central do ativismo judicial e da resistência ao ativismo judicial, promovida pelo constitucionalismo garantista. A decisão monocrática, Agravo Regimental na medida Cautelar na ADI nº 5946 (BRASIL, 2020), é a única que faz uma ligação entre os pressupostos teóricos da teoria do constitucionalismo garantista e a prática da corte.

Os três acórdãos julgados em conjunto, a ADI nº 4578 e as ADCs nº 29 e nº 30, julgadas em 2012, tratam da possibilidade de revisão dos precedentes do STF em relação com as previsões de inelegibilidade eleitoral previstas na Lei Complementar nº 64/1990, alterada pela Lei Complementar nº 135/2010, conhecida popularmente como “Lei da Ficha Limpa”. A corte abordou o tema em razão de precedente anterior, a ADPF nº 144, que determinou a necessidade de condenação definitiva, ou seja, com trânsito em julgado, para se declarar a inelegibilidade em matéria eleitoral ter sofrido forte “reação social” (BRASIL, 2012, p. 26), com grande mobilização que culminaria na apresentação do projeto de lei complementar nº 518/09, que se tornaria a Lei Complementar nº 135/2010:

“(…) diante da manifestação da Corte no sentido que não se poderiam criar inelegibilidades sem a previsão em lei complementar, foi intensa a mobilização social que culminou na reunião de mais de dois milhões de assinaturas e a apresentação do Projeto de Lei Complementar nº 518/09. Este, com outros projetos similares a que foi apensado, foram submetidos ao debate parlamentar, do que resultou a Lei Complementar nº 135/2010.” (BRASIL, 2012, p. 26)

Do voto apresentado pelo ministro relator é possível retirar os fundamentos para que se realizasse a alteração do precedente da corte, alguns deles alinhados com uma visão do papel da corte e do legislativo em comparação com a vontade popular ou a moralidade pública, como:

“(…) é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo em que ora vivemos deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, ao menos no âmbito eleitoral (…)” (BRASIL, 2012, p. 25)

“(…) ou bem se alinha a interpretação da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição. Não atualizar a compreensão do indigitado princípio, *data maxima venia*, é desrespeitar a sua própria construção histórica, expondo-o ao vilipêndio dos críticos de pouca memória.” (BRASIL, 2012, p. 26)

Embora a conciliação entre a vontade popular e o texto constitucional seja um bom instrumento de leitura política da Constituição, servindo de base para que o legislador com atribuições realize as mudanças necessárias para tornar essa conjugação válida, transformando a vontade popular em direito positivo e, conseqüentemente, atualizando a Constituição à vontade do povo, eleitor de seus representantes legítimos, algo que muito se aproxima da noção de mobilização “desde abajo” (FERRAJOLI, 2014, p. 232), o constitucionalismo garantista subordina a todos, inclusive o povo, ao instrumento máximo de validade normativa que é a Constituição Federal.

Nesse ponto de confusão entre o direito e a moral, especialmente com a utilização da vontade popular como o instrumento de validação do direito sob análise da corte, é onde se encontra a menção ao ativismo judicial utilizando-se do fenômeno da judicialização da política como parte do movimento social que busca a moralização do exercício da representatividade democrática, em uma crise da política majoritária, que reconheceu a independência do Judiciário no contexto político/social brasileiro:

“(…) neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. Prova maior disso é o fenômeno da *judicialização da política*, que certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária, como bem relatado em obra coletiva organizada por VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE (*Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009). O salutar amadurecimento institucional do país recomenda uma revisão da jurisprudência desta Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral.” (BRASIL, 2012, p. 23)

Embora se pudesse fazer a crítica à decisão do STF sob esse ponto de confusão entre a vontade popular, majoritária ou minoritária, com a vontade constitucional, em um retorno ao positivismo jurídico do modelo legislativo e não

constitucional, a decisão do STF vai em sentido oposto. O que se está modificando na decisão é o precedente anterior que ignorava o texto legal e fazia uma leitura extensiva do princípio da presunção de inocência previsto no Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal³⁸, para utilizar em matéria eleitoral a exigência do trânsito em julgado, em detrimento da possibilidade de inelegibilidade já no momento de condenação eleitoral por órgão colegiado.

É nesse contexto que se faz menção ao “garantismo”, quando a corte traz ao corpo de seu fundamento uma série de doutrinas ligadas com o direito penal na doutrina internacional que indicam a possibilidade de aplicação de sanções típicas de condenados sem possibilidade de recurso aos simples acusados:

“Em suma, o debate sobre presunção de inocência é fortemente marcado pela possibilidade de se aplicar aos simples acusados as medidas sancionadoras típicas dos que se encontram em estado de condenação irrecorrível. Como referência, confira-se, na doutrina internacional: **Louis Favoreu** (La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, vers un droit constitutionnel penal. In. **Droit penal contemporain. Mélanges en l’honneur d’André Vitu**. Paris: Cujas, 1989. p.169-209); **Luigi Ferrajoli** (**Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p.555- 559); **Alexandra Vilela** (**Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 105) e **Américo A. Taipa Carvalho** (**Sucessão de leis penais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 315).” (BRASIL, 2012, p. 85) (grifo do texto)

A decisão da corte, portanto, busca fundamentar-se nos anseios populares e na descrença com a política majoritária para agir contra o seu próprio precedente e, sob esse ponto, a crítica do constitucionalismo garantista é válida, enquanto pautar-se pela moralização do direito, em especial usando a vontade popular como o local onde se encontrará essa moral necessária ao direito, é fazer uma conexão entre o direito e a moral que não pertence ao modelo normodinâmico do constitucionalismo garantista. O que a corte reverteu foi um precedente criado por uma leitura extensiva do princípio da presunção de inocência contrária ao texto legal, para incluir decisões eleitorais na proteção da presunção de inocência até o trânsito em julgado. Nesse ponto, volta-se à máxima do constitucionalismo garantista e o pressuposto do princípio da legalidade do positivismo jurídico que estabelece o direito vigente como o direito positivado e o direito positivado não impedia nem limitava a possibilidade de

38 Onde se lê: “Art. 5º. (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;” (BRASIL, 2021, dnp)

inelegibilidade de condenados por órgão colegiado, pelo contrário, reforçava essa possibilidade como base da criação da lei complementar conhecida como “Lei da Ficha Limpa”.

O que parece surgir da análise das decisões tomadas nas ADI nº 4578, ADC nº 29 e ADC nº 30 é que não existe um critério específico ou utilização dos pressupostos do constitucionalismo garantista na decisão proferida pela corte, pelo contrário, a decisão trata com veemência a extensão da interpretação do princípio da presunção de inocência em relação com a vontade popular e de lá se extraem as implicações que levam a corte, com o uso de instrumentos típicos da hermenêutica constitucional como a “exegese análoga à redução teleológica” (BRASIL, 2012, p. 1) para justificar a mudança de entendimento.

O garantismo em relação ao ativismo judicial não pode ser compreendido no fundamento de decisão da corte como uma resistência, mas apenas como parte de uma referência utilizada para justificar a reinterpretação de princípio constitucional constante em precedente da própria corte.

A outra menção ao garantismo em relação com o ativismo judicial é vista na questão de ordem da Ação Penal 937 e, da mesma forma que nas decisões anteriores, é utilizada em análise dos limites interpretativos e princípio constitucional, dessa vez o princípio do juiz natural. A questão de ordem na Ação Penal 937 tratou dos limites ao foro por prerrogativa de função ou foro privilegiado, em reinterpretação do previsto no Art. 102, inciso I, alíneas b e c, da Constituição Federal³⁹. A corte estabeleceu como novo entendimento a respeito da maneira, estabelecendo que:

“(…) O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, *b* e *c* da Constituição, inclusive os praticados *antes* da investidura no cargo e os que *não guardam qualquer relação* com o seu exercício.

39 Onde se lê: Art. 103. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999) (...) (BRASIL, 2021, dnp)

2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados *no cargo e em razão do cargo*. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. (...)” (BRASIL, 2018, p. 1)

A menção ao garantismo ocorre em voto vista de ministro da corte que não concordou com a tese formulada de limitar o foro por prerrogativa de função aos termos “no cargo” e “em razão do cargo” e defendeu um “marco tempo objetivo” (BRASIL, 2018, p. 316) do momento da diplomação para fixação da competência do STF no processamento e julgamento de membros do Congresso Nacional. No voto:

“(...) **resolvo a questão de ordem** no sentido de:

i) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão;” (BRASIL, 2018, p. 302) (grifo do texto)

Em seu voto, a menção ao garantismo se dá através de referência à obra de Ferrajoli em que, nas palavras do julgador, o jurista enfatiza “que o princípio do juiz natural impõe que a lei pré-constitua, ‘de forma rígida e vinculante’, os critérios de fixação de competência” (BRASIL, 2018, p. 283). Tal referência faz alusão a um momento da construção do constitucionalismo garantista, ao apontar a máxima positivista de necessidade de previsão legal anterior para estabelecimento das competências jurisdicionais, uma noção básica do direito positivo e da criação legislativa como base no princípio da legalidade.

Para o julgador, o posicionamento da doutrina “a respeito da imperiosidade da predeterminação em abstrato do juiz competente tem sido endossado pelo Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2018, p. 285), fazendo uma ligação entre a atuação da corte e a doutrina que trata do garantismo em matéria penal. O juízo vai mais longe, afirmando que essa posição da corte defende uma redução da margem de interpretação e, ao limitar essa margem, trabalha em benefício da segurança jurídica, o preço a ser pago por adotar-se o positivismo jurídico (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012):

“Nesse diapasão, **quanto menor a margem de apreciação atribuída ao intérprete, maior segurança se conferirá não apenas ao jurisdicionado**

– *que conhecerá previamente seu juiz natural* -, **como também às próprias instâncias inferiores, que poderão – ou não – instaurar investigações preliminares e ações penais com base em critérios inquestionáveis de determinação da competência.**” (BRASIL, 2018, p. 286) (grifo do texto)

A posição que faz referência e defende parte daquilo que compõe o constitucionalismo garantista, embora se caminhe no sentido de proteger a legitimidade constitucional da produção legislativa e buscar fundamentar a sua decisão com base em uma restrição de alcance interpretativo da norma constitucional, foi vencida no caso julgado pela corte e a interpretação de restrição do foro por prerrogativa de função foi adota de forma diversa do voto vista. Cumpre ressaltar que a menção ao ativismo judicial também está presente no mesmo voto e a preocupação com o ativismo é um dos pontos centrais de discordância com o voto do relator:

“Como ponto de equilíbrio do Estado Democrático de Direito, a Suprema Corte deve ser forte e atuante na concretização e na interpretação dos comandos constitucionais.

Mas a relação independente e harmoniosa entre os Poderes do Estado exige que essa atuação se dê, como exposto, “sem predominio” - sem passivismo nem ativismo exacerbado.

Com perdão pela redundância, a pedra de toque no exercício do Poder Moderador pelo Supremo Tribunal Federal é a *moderação*. A arte da prudência!

No exercício desse papel moderador, incumbe ao Supremo Tribunal Federal **distensionar** as fricções que possam ocorrer entre os demais Poderes constituídos.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, não pode atuar como fomentador de tensões institucionais.

E, a meu sentir, isso é exatamente o que ocorrerá se o Supremo Tribunal Federal abdicar de parcela de sua competência para julgar parlamentares federais.” (BRASIL, 2018, p. 277) (grifo do texto)

Essa preocupação não possui vinculação com o constitucionalismo garantista, visto que o perigo de gerar tensões entre os poderes na observação do mandamento constitucional é uma das consequências de um constitucionalismo forte. Se evitar a tensão significa deferência ou subordinação à vontade do Poder Legislativo se estaria voltando à lógica do positivismo legislativo que o constitucionalismo busca superar com a inclusão da constituição como o instrumento de controle de validade também do Poder Legislativo e subordina todos os poderes constituídos à própria constituição.

A preocupação apontada é válida, dado que o que está em jogo são as competências do STF estabelecidas pela constituição, afinal, o artigo que estabelece a prerrogativa de foro⁴⁰ não determina o momento onde o STF passa a ter competência e a vontade de limitar a interpretação do julgador, pretensão formulada no voto vista vencido, é um indicativo de caminho em prol do constitucionalismo garantista e em defesa do princípio da legalidade que rege a produção legislativa. Cumpre ressaltar, no entanto, que a omissão prevista no texto constitucional quanto ao momento de início da competência não poderia ser sanada pelo judiciário, senão apontada por ele e corrigida pelo próprio Poder Legislativo (FERRAJOLI, 2011).

As quatro ações julgadas pelo STF fazem menção ao garantismo e ao ativismo judicial, mas as vinculações à corrente jurídica do constitucionalismo garantista são muito limitadas. A noção de garantismo está presente em matéria de direito penal, onde se deu o início da discussão da temática que levaria a produção de uma teoria geral do direito com base em um constitucionalismo. Não se pode dizer que a corte desconhece o constitucionalismo garantista e que não existem preocupações com os excessos relativos ao ativismo judicial, mas são apenas menções e referências esparsas que indicam uma grande desvinculação da atuação da corte com as bases de um constitucionalismo garantista.

Ao mesmo tempo, o constitucionalismo garantista serve de instrumento de crítica à leitura do próprio direito feita pela corte, que, assumindo uma postura contrário à lógica proposta pelo positivismo jurídico e pelo aprimoramento proposto pelo garantismo ao positivismo, incorre em uma abordagem equivocada e incompleta do próprio direito, ao não considerar o direito vigente como o direito positivo e ignorar os vícios inerentes ao processo democrático de deliberação, principalmente a possibilidade a existência de lacunas legais que o legislador ainda não se manifestou a respeito e escolhe uma abordagem com base em princípios para atuar em substituição ao legislador, favorecendo teses principiológicas do direito.

Nesse ponto específico, o constitucionalismo garantista aponta as carências das teorias jurídicas principiológicas e a insuficiência de sua proposta dentro de um

40 O Art. 102, inciso I, alínea b do CF determina: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

paradigma democrática do direito, especialmente porque pressupõe que o direito é apenas aquele produzido pela autoridade habilitada para produzi-lo e que a separação de poderes fica comprometida com a doutrina principialista, visto que determinam os direitos constitucionalmente estabelecidos como princípios que podem ser ponderados e não como regras de aplicação, promovendo um ativismo judicial que possui o “*riesgo de disolverse en una profunda desnaturalización de la jurisdicción*” (FERRAJOLI, 2018, p. 129).

A própria preocupação da corte em reverter precedente dela mesma na questão da presunção de inocência aplicada de maneira extensiva aos casos eleitorais é um indicativo dessa insuficiência, dado que a noção principialista tem origem na prática dos precedentes do *common law* norte-americano e tem sido aplicado tanto no constitucionalismo europeu quanto nos casos analisados, segundo Ferrajoli (2018):

“Nacida em el sistema jurídico americano de *common law* basado en los precedentes como fuente y en la no completa identificación entre derecho y legislación, esa concepción ha sido aplicada por tales doctrinas al constitucionalismo europeo, mediante una lectura de este en términos de principios morales sugerida, sobre todo en Alemania, por la «jurisprudencia de los valores» adoptada por el Tribunal Constitucional alemán en oposición al formalismo paleopositivista. De aquí el aval, en nombre de una mayor racionalidad, a la discrecionalidad judicial a través de la técnica de la ponderación y la consideración de la jurisprudencia constitucional como ‘fuente primaria’ del derecho.” (FERRAJOLI, 2018, p. 129)

A prática do STF, portanto, se aproxima muito mais daquilo que o constitucionalismo garantista deseja superar, ainda que haja menção ou referência expressa ao “garantismo” quando em oposição ao ativismo judicial. O constitucionalismo garantista funciona, então, como crítica à atuação da corte ao apontar as insuficiências da atuação jurisdicional que se utiliza de instrumentos interpretativos para analisar casos segundo uma lógica do direito de base principiológica, ainda que a vontade da corte nos casos analisados seja a de evitar um ativismo judicial.

Essa questão deixa em aberto a posição da corte em relação a si mesmo. Afinal, ela não pode ser compreendida como uma corte garantista, do mesmo jeito que não pode ser compreendida como uma corte ativista, embora o ativismo judicial e o garantismo sejam utilizados pela corte em diversos pontos de seus votos. Lido

em conjunto com a autocontenção, o garantismo é utilizado apenas como referencial para justificar um posicionamento contrário ao ativismo judicial sem que implique em um posicionamento doutrinário da corte ou uma mudança paradigma da mesma e aponta que a tradição jurídica brasileira, especialmente a atividade do STF, está mais voltada para a conjugação das tradições jurídicas brasileiras e norte-americanas que seriam o centro da preocupação dos críticos do ativismo judicial no Brasil.

3.2.3 Garantismo e (In)constitucionalidade no STF

Embora o panorama apresentado indique que o constitucionalismo garantista não é a teoria geral de compreensão do direito pelas cortes e tribunais brasileiros, principalmente o STF, há, nas decisões encontradas, uma única decisão monocrática que parece abordar a temática com certa conjugação entre a teoria e a prática. É o caso da ADI nº 5946 (BRASIL, 2020) que julgou a constitucionalidade de emenda constitucional à constituição estadual de Roraima que buscava estabelecer autonomia orçamentária, financeira, administrativa, educacional e científica à Universidade Estadual de Roraima. O teor específico do texto impugnado:

“Art. 154. A Universidade Estadual de Roraima goza de autonomia orçamentária, financeira, administrativa, educacional e científica, observado o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§1º Anualmente a Universidade Estadual de Roraima elaborará sua proposta orçamentária, dentro dos limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias, e encaminhará ao Poder Executivo para inserção no Orçamento Geral do Estado.

§2º Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais destinados à Universidade Estadual de Roraima, serão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos. (...)” (BRASIL, 2020, p. 1-2)

Na apresentação de ação ao STF, no ano de 2018, pela então governadora do estado de Roraima, a autora alegava inconstitucionalidade formal e material contra a emenda à constituição estadual por vício de iniciativa:

“A requerente alegou inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa – uma vez que a proposta de emenda constitucional partiu da Assembleia Legislativa –, e inconstitucionalidade material, por quebra do princípio da simetria.” (BRASIL, 2020, p. 2)

O STF, no mesmo ano, decidiu pelo deferimento de medida cautelar para suspender a vigência da emenda constitucional à constituição estadual de Roraima:

“Em 18 de junho de 2018, deferi a medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para suspender a vigência da referida Emenda Constitucional 59, de 25 de abril de 2018.” (BRASIL, 2020, p. 2)

Em seguimento à suspensão da vigência da emenda constitucional à constituição estadual, a assembleia legislativa de Roraima aprovou nova emenda constitucional, que revogou a emenda suspensa e também retirou a inconstitucionalidade formal, ao reverter o vício de iniciativa alegado pela governadora do Estado no momento da propositura da ação:

“Em 13 de dezembro de 2018, a Universidade Estadual de Roraima informa que a Assembleia Legislativa do Estado de Roraima, em 10 de dezembro de 2018, aprovou a Emenda Constitucional 61/2018 (eDOC 59), que revogou a EC 59/2018 e resultou de proposta de projeto de emenda constitucional encaminhada pela própria Governadora do Estado de Roraima, suprimindo, portanto, o vício de iniciativa.” (BRASIL, 2020, p. 3)

Em razão da nova emenda apresentada, o novo governador do Estado aditou a inicial da antiga governadora e solicitou o prosseguimento da ação contra a nova emenda constitucional à constituição do Estado de Roraima, que possuía conteúdo idêntico à anterior, e solicitou nova medida cautelar para suspender a vigência da nova emenda em razão de sua inconstitucionalidade material, diferente da inconstitucionalidade formal da emenda anterior (BRASIL, 2020).

Em 2019, a corte concedeu a liminar para suspender a nova emenda à constituição estadual de Roraima da mesma forma que havia concedido liminar para suspender a anterior:

“Em 10 de setembro de 2019, deferi nova medida cautelar, *ad referendum* do Plenário, para suspender a vigência da Emenda Constitucional 60/2018.” (BRASIL, 2020, p. 4)

No entanto, a concessão da medida cautelar trouxe problemas financeiros para a Universidade Estadual de Roraima, que ficaram comprovadas por informações apresentadas pelo próprio governador de Roraima em solicitação

realizada pela corte onde apontou que apenas uma fração do orçamento previsto foi repassado à universidade em razão da decisão tomada pela corte que, ao retirar a vigência da emenda constitucional, também impediu o repasse à universidade na forma de duodécimos, visto que a modalidade estava prevista na emenda suspensa (BRASIL, 2020).

É nesse contexto que, em decisão de agravo regimental apresentado contra a decisão que suspendeu a vigência à emenda constitucional à constituição do Estado de Roraima, a corte faz referência ao garantismo. Na decisão, a corte afirma a inconstitucionalidade da emenda à constituição do Estado de Roraima em boa parte de suas previsões, especialmente as que tratam da autonomia financeira e orçamentária e afirma:

“A Constituição Federal não atribuiu às Universidades a ‘Autonomia Financeira e Orçamentária’, atributo por ela conferido aos entes federados e aos poderes instituídos, ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Ao contrário, ao tratar das Universidades, o art. 207 falou apenas em ‘autonomia de gestão financeira e patrimonial’ que, como já dito, consiste em liberdade para administrar os recursos e patrimônio que recebe, ou seja, a partir do momento em que ‘o dinheiro entra na sua conta’.” (BRASIL, 2020, p. 15)

De fato, o texto da Constituição Federal trata de autonomia de gestão financeira, diferente do tratamento dado pela emenda à constituição do estado de Roraima que previa “autonomia financeira” e autorizava a universidade a elaborar orçamento próprio a ser submetido ao órgão executivo. No texto da Constituição:

“Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.” (BRASIL, 1988, dnp)

A discussão sobre o que aponta a Constituição Federal a respeito da autonomia financeira e patrimonial das universidades é o ponto-chave para a discussão sobre o constitucionalismo garantista porque trata dos instrumentos que garantem essa autonomia em razão da previsão constitucional. Nesse ponto, a corte

afirma que autonomia precisa ser garantida com a destinação de recursos públicos para garantir o seu funcionamento:

“(…) autonomia didático-científica só se perfectibiliza com as garantias da autonomia administrativa e de gestão financeira e patrimonial que, por sua vez, só serão de fato observadas se presentes recursos financeiros mínimos para garantir seu funcionamento. Se não temos dúvidas de que a partilha das receitas é uma questão fundamental do pacto federativo e da relação entre os poderes, o mesmo se coloca para as demais instituições criadas pelo Estado com missões próprias, como as Universidades. De nada adianta o zelo na partilha de competências constitucionais se essa repartição não é acompanhada da divisão de recursos próprios e suficientes para fazer frente às diversas tarefas que lhes foram conferidas pelo Poder Constituinte. Da mesma forma, de nada vale prever autonomia para o desempenho de suas funções, se não são garantidos recursos suficientes para exercê-las.” (BRASIL, 2020, p. 13)

Para a corte, as competências constitucionais previstas no texto constitucional apenas são concretizadas quando previstas as condições materiais para seu exercício e, nesse ponto, há a menção ao garantismo em citação de texto que trata do direito fundamental à educação e nos instrumentos para sua concretização:

“As competências constitucionais esvaziam-se sem as condições materiais para o seu exercício. Nesse sentido, lembro as observações de Richard Pae Kim sobre o direito fundamental à educação e sua concretização:

‘A execução de qualquer política pública depende de três elementos: a) a existência de uma lei que a institua; b) a existência de órgãos com capacidade para executá-la; e c) previsão orçamentária e/ou de recursos. Aliás, não existe política pública fundada em benemerência ou com a participação apenas de voluntários. Pode haver alguns projetos nesse sentido, mas eles jamais se constituirão em políticas públicas estatais. No caso das políticas educacionais, em especial, que visam dar efetividade ao direito fundamental à Educação assegurado na Constituição Federal, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e em legislações específicas, não são poucas as situações em que tem ocorrido controle, em geral, por meio de ações civis públicas propostas para garantir os repasses de recursos obrigatórios previstos na Constituição Federal. Como exemplo, temos o caso da utilização indevida da Desvinculação das Receitas da União (DRU), que tem sido considerado um nefasto instrumento de desvio de destinação específica de recursos públicos. Embora o percentual mínimo para o ensino previsto no artigo 212 da Constituição Federal, o Poder Executivo da União possui a faculdade de retirar do montante devido pela própria União (no caso, de 18% dos impostos e da contribuição social do Salário-Educação), até 30%, que ficam livres para serem aplicados em outras áreas.

Assim, se simplificarmos essa questão, de cada R\$ 100,00 que teriam de ser aplicados em Educação, R\$ 30,00 podem ser investidos em outros setores, ao livre-arbítrio do Poder Executivo federal, o que tem causado uma redução significativa do orçamento anual da União para a área da Educação.' (KIM, Richard Pae. 'O direito social à Educação e a jurisprudência da Suprema Corte do Brasil: o garantismo e a negação ao ativismo judicial', In: Reflexões sobre Justiça e Educação. Organização Todos pela Educação, Editora Moderna, 1ª Edição. São Paulo, 2017, p. 27)

Portanto, não basta garantir às universidades autonomia de gestão financeira e patrimonial, se a elas não for garantido um mínimo de recursos e patrimônio para gerir." (BRASIL, 2020, p. 13-15)

Nesse sentido, havendo a exigência de recursos financeiros para a concretização dos mandamentos constitucionais e existindo a possibilidade que execução orçamentária de diferentes formas ou modelos de autonomia, no caso específico na forma de duodécimos como previa a emenda à constituição estadual de Roraima, a corte concluiu, reconsiderando decisão que suspendia os efeitos da emenda, que o inciso específico da emenda que tratava da forma de repasses de recursos à universidade estadual deveria voltar a ter efeito por ser constitucional:

"Ante o exposto, reconsidero parcialmente a decisão proferida em 10 de setembro de 2019, *ad referendum* do plenário, de modo a restabelecer os efeitos do §2º do art. 154 da Constituição do Estado de Roraima, inserido pela Emenda Constitucional nº 60 de 2018." (BRASIL, 2020, p. 18)

O caso é emblemático da maneira como o constitucionalismo garantista busca funcionar no contexto de um renovado positivismo constitucionalista. O juízo inicial sobre a matéria foi tratado sobre a constitucionalidade ou não por vício de formalidade e, no primeiro momento, suspendeu todos os efeitos da emenda, apesar da matéria tratar-se de tema caro à sociedade, a educação universitária e a autonomia de universidades. No caso, submeteu-se ao parlamento estatal a necessidade de correção do vício e a matéria voltou a ser discutida em juízo quanto à sua materialidade.

Nesse ponto, manteve-se a discussão apenas sob os pontos apresentados pela constituição e a falta de conciliação entre a legislação criada pela emenda à constituição estadual de Roraima e o texto da Constituição Federal. O juízo suspendeu os efeitos da emenda, mas ao tomar tal decisão deixou de considerar os pontos constitucionais quanto à garantia de autonomia das universidades públicas

na aplicação dos recursos públicos disponíveis, visto que a suspensão integral da emenda retirou as condições para o exercício das competências constitucionais em razão da emenda prever o recebimento dos recursos pela universidade na forma de duodécimos.

Não havendo impedimento constitucional para a modalidade de execução orçamentária através de duodécimos, essa inserção pela emenda constitucional não deveria ter sido suspensa, enquanto ao suspendê-la retirou-se a possibilidade de concretização da competência constitucional pela inexistência de recursos financeiros não repassados pela suspensão dos efeitos do texto legal.

A discussão, ao tratar dos limites previstos ao texto legal com base na constituição é, em sua essência, constitucionalista e a preocupação com as regras constitucionais para o exercício da autonomia financeira das universidades aborda todos os elementos do texto constitucional, em seu caráter formal e material. A complexidade do tema tratado em nada impediu o exercício de tal procedimento e, ao fazê-lo, deu-se transparência ao texto constitucional e a fundamentação com base nas garantias para o exercício das competências constitucionais aproxima a decisão de uma teoria garantista.

Embora seja uma decisão encontrada em que há a possibilidade de análise do constitucionalismo garantista em sua totalidade, isso não significa que a atuação da corte seja, na totalidade, garantista ou que a teoria geral apresentada e proposta pelo constitucionalismo garantista seja a teoria utilizada pelas cortes. O que se pode afirmar, no entanto, é o que as bases e fundamentos teóricos estão presentes na atuação das cortes quando as cortes se veem diante de casos em que entende pela sua aplicação.

No meio acadêmico e jurídico, diferentes teorias jurídicas sobre o direito são discutidas e debates com o pretexto de se resolver os mais diversos problemas jurídicos e essas discussões estão também presentes na atuação do STF que faz uso de diferentes reflexões sobre essas diferentes teorias para fundamentar suas decisões. O que, em tese, poderia privilegiar uma jurisprudência inventiva, na medida em que não se pautam as decisões sobre um único ponto de vista e aborda-se o direito a depender dos temas apresentados, sem que exista uma uniformidade

teórica na atuação da corte ou uma teoria geral do direito que fundamente essa atuação.

4 AUTODESCRIÇÕES, ATIVISMO JUDICIAL E O STF

O ativismo judicial, conforme apresentado por Ferrajoli (2018), geralmente é objeto de discussão quando se tratam os limites da atuação dos juízes, principalmente na interpretação dos direitos e princípios jurídicos que configuram o próprio conceito de direito. Na teoria garantista, o ativismo judicial não pertence ao direito porque, ao confundir o direito e moral, retira do direito a sua autonomia necessária para funcionar dentro de uma lógica normodinâmica e positivista, como prescreve o direito moderno. De maneira semelhante, uma teoria interpretativa construtivista do direito, como a de Dworkin (2010), trata o ativismo judicial como não pertencendo ao direito por considerá-lo uma leitura corrente dos princípios jurídicos conforme as convicções morais dos juízes, em detrimento de uma leitura jurídica dos princípios.

O que se retira das duas teorias jurídicas apresentadas é que o ativismo judicial, para essas correntes, não é direito. Embora se possa utilizar as duas visões para criticar o posicionamento atual do direito, principalmente o surgimento das teorias neoconstitucionalistas, elas são apenas um dos pontos para melhor se compreender o direito na complexidade da sociedade moderna, principalmente quando se analisa a maneira como as cortes de justiça se comunicam com a sociedade, fazendo uso, concordando ou não, do ativismo judicial. De fato, o retorno ou a utilização prática de um direito de base principiológica é a principal crítica de Ferrajoli (2012) ao direito praticado pelas cortes, e essa afirmação parte da premissa que o ativismo judicial não é apenas praticado, mas aceito como direito e como parte da teoria e prática jurídica.

Essa complexidade, que repousa na utilização ou não do ativismo judicial e, principalmente, das divergências teóricas e práticas sobre os limites de atuação das cortes no uso de interpretações ou convicções próprias para a aplicação do direito, nos afasta da simples identificação da insuficiência teórica das cortes e nos aproxima de uma observação geral, interna e externa, de todo o sistema jurídico e a maneira como essa complexidade influencia a atuação das cortes e como as suas decisões são recebidas pela sociedade.

Uma teoria sistêmica que englobe tanto a teoria jurídica quanto a prática jurídica permitiria uma melhor abordagem dessa complexidade e das distorções entre o que se retira das teorias formuladas e críticas ao ativismo judicial e a atuação das cortes em relação ao ativismo. Uma visão sistêmica, como a teoria sistêmica do direito formulada por Luhmann (2016), em sua construção teórica de sistemas sociais autopoieticos, permite apontar os pontos ou parâmetros de funcionamento gerais do sistema, a posição das cortes em relação ao próprio sistema e de que maneira a teoria jurídica busca descrever o funcionamento de todo o aparato sistêmico, em uma conjugação das visões interna, do próprio direito sobre o direito, com uma visão externa, de base sociológica/empírica.

Um ponto de partida para a compreensão de uma maneira de ver o sistema jurídico e sua relação com o ativismo judicial está no conceito sistêmico de “autodescrição” (LUHMANN, 2016, p. 669), que, ao afirmar a possibilidade de uma observação interna do sistema sobre si mesmo, faz uma distinção entre pontos de observação do sistema, apontando que uma descrição externa serve ao propósito de apontar como o direito “é” visto externamente e essa distinção é importante para que o questionamento final do observador não seja apenas o de “o que é ativismo judicial?” ou “o que diz o garantismo?”, mas sim “de que maneira o sistema lida com o ativismo judicial?”, uma vez que “as questões últimas devem se traduzir pelas formas ‘que’ e ‘como’” (LUHMANN, 2016, p. 718).

Essa dupla compreensão do direito é o cerne da junção entre a visão do jurista e seu modo de observação jurídico, que obedece somente ao próprio sistema jurídico, e a visão do sociológico e a observação da sociologia do direito, que observa o direito de fora. Ambos observando sempre o mesmo sistema que é o sistema jurídico. As duas observações colocam a teoria do direito e o objeto de pesquisa sociológico em perspectiva, as duas visões concordando ou discordando delas mesmas, mas partindo de um mesmo ponto de partida que é o próprio sistema jurídico e a sua relação com o seu ambiente.

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos é uma teoria de sistemas fechados operacionalmente e, no conceito de fechamento operacional, parte do pressuposto de distinção entre o sistema e seu exterior ou ambiente. Esse fechamento não implica um isolamento do sistema de seu ambiente, porque não

existe objeção à ligação causal entre sistemas e ambientes e a interdependência dessa causalidade é estruturalmente necessária para o sistema, sendo permitida pelas teorias dos sistemas uma abertura, ou dependência do sistema de seu ambiente, com base na matéria e na energia que se distingue da tese de fechamento semântico ou informacional (LUHMANN, 2004).

O fechamento operacional de que trata a teoria dos sistemas sociais autopoieticos é a dependência do sistema na sua rede de operações para a produção de suas próprias operações que, nesse sentido, reproduzem a si mesmas, ou seja, o sistema depende de sua própria existência para a sua própria reprodução. A inovação introduzida pelo conceito de autopoiese reside no fato de que a ideia de um sistema autorreferencial é transferida para o nível mais elemental das operações do sistema e, ao fazê-lo, aponta para tudo que constitui a unidade do sistema. Além disso, tal inovação ilumina um antigo problema que é a relação entre estrutura e operação, norma e ação, regra e decisão (LUHMANN, 2004).

O que pode causar estranhamento na inovação introduzida pelo conceito de autopoiese reside no fato de que o efeito revolucionário da autopoiese é inversamente proporcional ao seu valor explicativo, visto que o conceito apenas afirma que os elementos e as estruturas de um sistema existem se conseguirem manter essa autopoiese, não tratando dos tipos de estruturas que são desenvolvidas na cooperação com os acoplamentos estruturais entre sistema e ambiente. Ainda, a autopoiese é introduzida como não variante, sendo a mesma para todos os tipos de vida e todos os tipos de comunicações. Se o sistema legal é um sistema autopoietico *sui generis*, essa premissa é aplicada a todos os regimes legais, sem exceções, mas apenas na referência ao código que atribui as operações desses sistemas para o sistema, no entanto, sem explicar qual programa normativo é desenvolvido pelo sistema (LUHMANN, 2004).

Se as operações foram entendidas como auto-produzidas, tudo aquilo que acontece está acontecendo no presente, o que significa que tudo aquilo que está é produzido está sendo produzido ao mesmo tempo. Nesse sentido, passado e futuro são apenas relevantes ao mesmo tempo e são discerníveis como passado e futuro em sua operação no presente. Esses laços recursivos são estabelecidos por operações atuais e os requisitos estruturais também só estão atualmente sendo

usados ou não estão sendo usados. O mesmo pode ser dito das observações desse estado de coisas, tanto observações externas quanto internas ao sistema, visto observações também são operações e o observador só pode observar quando ele observa e não quando ele não observa. O observador consegue realizar distinções entre estruturas constantes e operações eventuais como se fossem objetos em movimento, mas apenas ao fazê-lo ele registra as mudanças estruturais. Um observador está preso ao sistema ligado às condições de tempo em que ele, respectivamente, constrói como seu horizonte através das próprias distinções realizadas no tempo presente (LUHMANN, 2004).

Tal premissa serve para todos os sistemas, seja o sistema da ciência ou o sistema jurídico. Questões referentes à estabilidade das normas, a duração de sua validade e a suas mudanças estão relacionadas com um fenômeno secundário. Tais questões são levantadas no momento em que se questiona como e até onde vai a independência do sistema jurídico, em sua autopoiese, das mudanças em sua estrutura. Questão decidida momento a momento, nunca de uma vez por todas, através de uma mudança estrutural, e, muitas vezes, sem duvidar que a vida seguirá seu curso (LUHMANN, 2004).

Com base nessas premissas, as estruturas apenas se tornam reais quando são usadas para ligar eventos comunicativos, as normas são apenas reais quando são citadas de maneira implícita ou explícita e as expectativas são reais apenas quando expressadas através da comunicação (LUHMANN, 2004).

Como uma teoria de base e fundamento na comunicação, uma abordagem do direito com base na teoria dos sistemas sociais não pode contar com o consenso do sistema biológico, na vaga noção de comportamento da sociologia do direito e nem nos sistemas psicológicos que observam a lei, mas não a produzem. A autopoiese do direito só pode ser realizada através de operações sociais de comunicação (LUHMANN, 2004).

Sistemas autopoieticos são, nessa forma, ligados ao tipo de operação realizada e isso se aplica até mesmo às novas operações e à formação de estruturas, não havendo nenhuma diferença entre estruturas e operações. Portanto, a descrição de um sistema legal não pode partir da presunção que normas, distintas

dos códigos e programas, são feitas de uma substância diferente ou de outra qualidade que as comunicações (LUHMANN, 2004).

As comunicações relacionadas com o direito, como operações do sistema legal, possuem sempre uma dupla função como fatores de produção e para a preservação das estruturas e, nesse sentido, são sempre sistemas históricos, fazendo o que fazem sempre pela primeira e pela última vez.

4.1 Autodescrições do sistema jurídico

Luhmann (1988) deriva parte de seu paradigma sistêmica do conceito de autopoiese formulado por Maturana (1982). Autopoiese que pode ser descrita como autorreferência que implica a reprodução pelo sistema de seus próprios elementos, bem como as interrelações entre esses elementos, chamadas estruturas, e as fronteiras daquilo que pertence ao sistema e o que pertence a seu ambiente. Resumido em uma frase, a autorreferência produz ordem do ruído (LUHMANN; FUCHS, 1988).

Ainda no conceito de autopoiese ou autorreferência, a teoria sistêmica de Luhmann parte da definição que sistemas sociais reproduzem os seus elementos e demarcam a sua identidade em relação aos demais sistemas sociais, implicando que as identidades sistêmicas são independentes da observação por outros sistemas e não podem ser criadas ou causadas por forças externas ao sistema sem que o sistema participe dessa mudança. Há a possibilidade de comunicação dos sistemas entre si ou do sistema com ele mesmo, sugerindo a possibilidade de auto-identificações, mas apenas se o sistema aceitar essas sugestões e alimentá-las à sua operação autopoética é que a influência externa torna-se relevante (LUHMANN; FUCHS, 1988).

Dentro desse paradigma sistêmica, não se parte do pressuposto de contingência formulada por Parsons, visto que a ordem social não é baseada em um entendimento mútuo e na previsibilidade, nem em sistemas simbólicos, nem em valores culturais gerais ou na supressão de desviantes, mas na possibilidade de que expectativas e comportamentos possam ser escolhidos em um horizonte infinito de alternativas possíveis, chamada complexidade (LUHMANN; FUCHS, 1988).

Nesse sentido, se há recebimento de comunicação por um sistema e esse sistema decide receber a comunicação como condição de sua própria seletividade, processos autorreferenciais são utilizados na construção do sistema. A autorreferência de um sistema implica a impossibilidade de um sistema saber o que está acontecendo em outro sistema, cabendo aos sistemas apenas decidir aprender e se ajustar às expectativas criadas pela comunicação, ou não aprender e aderir às expectativas contra a realidade desviante (LUHMANN; FUCHS, 1988).

Os limites de uma pesquisa sociológica sob o ponto de partida de uma teoria sistêmica repousam na incapacidade de um observador sociológico prever ou explicar o futuro de sistemas de comunicação autorreferenciais, dado que a autopoiese e a contingência indicam que esses sistemas decidem, eles mesmos, quando e como vão continuar ou terminar, como serão delimitadas as suas fronteiras e que tipo de autodescrições serão selecionadas (LUHMANN; FUCHS, 1988).

Os sistemas autorreferenciais, no entanto, precisam das autodescrições, visto que é através da autodescrição que são determinadas as identidades sistêmicas em relação com o seu ambiente, usando critérios fundamentais de distinção que são necessários para processar informação, principalmente na determinação do que o sistema é, que requer determinar o que o sistema não é (LUHMANN; FUCHS, 1988).

O sistema jurídico, como um subsistema social, funciona segundo a lógica de um sistema autopoietico e autorreferencial, que é diferenciado pelo seu código de operação próprio, é capaz de operar esse código e descrever a si mesmo. Autodescrições são auto-observações de um sistema direcionada para o próprio sistema através de predisposições estruturais e não situações particulares. Sistemas autorreferenciais, como o sistema jurídico, são capazes de observarem a si mesmos e capazes de realizarem auto-observações e autodescrições. Nas palavras de Luhmann (1988):

"Self-referential systems are able to observe themselves. By using a fundamental distinction schema to delineate their self identities, they can direct their own operations toward their self identities. This may occur for different reasons and involve very different distinctions. As soon as the need arises to direct self-observations through structural predispositions instead of entirely leaving them to particular situations, we may speak of "self-descriptions." (LUHMANN, 1988, p. 26)

Sistemas autorreferenciais conseguem olhar para si mesmos e, fazendo uso de esquemas de distinção fundamentais, delimitam a sua própria identidade e direcionam a suas operações para sua própria identidade, que pode ocorrer por diferentes motivos, mas assim que surge uma motivação para a auto-observação através de estruturas predispostas, estamos diante de uma autodescrição. Uma descrição fixa a estrutura ou um “texto” para possíveis observações que podem ser sistematicamente lembradas ou lidas com maior facilidade e observações independentes ou ocasionais passam a formar um “conjunto de variedade”⁴¹ para a seleção de autodescrições que podem ser testadas durante o processo de evolução das ideias e podem, eventualmente, estabilizarem-se como tradição (LUHMANN; FUCHS, 1988).

Nesse sentido, uma teoria do direito como a teoria garantista funciona como observação do sistema observando a si mesmo segundo as estruturas disponíveis do direito, portanto, é uma autodescrição, que busca compreender o direito e seu papel na sociedade através de uma teoria axiológica de base positivista, em um modelo normodinâmico. No entanto, por não se tratar da única autodescrição do direito, encontra-se em um grupo de variedade que pode, na eventualidade, tornar-se a tradição de descrição do sistema jurídico. As divergências apontadas entre a teoria garantista e as teorias principiológicas, pelo próprio formulador da teoria, Ferrajoli (2014), são um indicativo desse comportamento, na medida em que o próprio jurista aponta a sua teoria como a melhor solução para a questão do que é o direito em oposição a outras teorias existentes.

4.1.1 Tautologia e paradoxos nas autodescrições sistêmicas

Existem duas formas distintas de se refletir sobre a identidade de um sistema: tautologicamente e paradoxalmente. Dessa forma, pode-se dizer se um sistema é o que ele é e, alternativamente, o que ele não é. A abordagem tautológica é aquela que limita o sistema àquilo que ele é ou àquilo que ele não é que, alternativamente, não podem ocorrer simultaneamente. Já a abordagem paradoxal aponta que o sistema é, ao mesmo tempo, aquilo que ele não é. Em qualquer dessas abordagens,

41 “Variety pool” no original em inglês.

um observador não pode adivinhar qual delas será escolhida e nem prever as consequências de cada umas versões para o sistema. Nem mesmo observações das observações ou descrições das descrições contribuem para o sistema se tornar tautológico ou paradoxal, visto que a sua conceituação de ordem subjetiva impede uma elaboração concreta da autodescrição do sistema (LUHMANN; FUCHS, 1988).

No entanto, o sistema não permite um problema de ordem tautológica ou paradoxal, precisa escolher, ele mesmo, qual das versões utilizará e, a depender da escolha entre uma autodescrição tautológica ou paradoxal, um diferente sistema semântico emerge. Abordagens tautológicas levam a uma descrição mais conservadora, enquanto abordagens paradoxais levam a uma descrição mais progressista, senão revolucionária, e o problema geral da autorreferência gera esse antagonismo entre duas abordagens (LUHMANN; FUCHS, 1988).

Ao tratar das autodescrições da sociedade, Luhmann (1988) traz esse problema básico da autodescrição e do antagonismo entre descrições paradoxais e tautológicas que servem para melhor explicar a generalidade do problema:

“The basic problem of self-reference generates the antagonism between the two approaches. If society is supposed to be what it is, then the problem can only be to conserve society, to continue solving its problems, and possibly to improve problem solving and to overcome unexpected difficulties. If, on the other hand, society is assumed to be what it is not, then theories of a different kind must be suggested.” (LUHMANN; FUCHS, 1988, p. 28)

Se elaboradas como teorias compreensivas, qualquer uma das versões, tautológica ou paradoxal, possui seus próprios problemas e dificuldades e o que interessa para uma análise geral em uma teoria de sistemas não é a complexidade teórica de possíveis autodescrições, mas as características em comum de cada uma das possíveis teorias. Nesse sentido, embora possam existir diferentes maneiras de se descrever o sistema, sejam tautológicas ou paradoxais, as autodescrições também funcionam segundo critérios de variedade naquilo que se pode identificar como características gerais das próprias autodescrições, existindo similaridades e distinções até mesmo em maneiras diferentes, tautológicas ou paradoxais, de se descrever um sistema específico como é o sistema jurídico.

4.1.2 Teorias do direito como autodescrições do sistema jurídico

Para Luhmann (2016), a teoria do direito, formulada e apresentada pelos juristas, é uma forma de autodescrição enquanto a pesquisa sociológica do direito é uma descrição externa, servindo a teoria dos sistemas autopoieticos como acoplamento estrutural entre a autodescrição e a teoria sociológica.

Sistemas podem ser descritos tanto de dentro quanto de fora. Quando a descrição parte de dentro, ou seja, uma autodescrição, ela é tratada como apresentação da unidade do sistema no sistema ou uma observação de terceiro nível, enquanto uma observação de segundo nível é a coordenação de operações individuais com as estruturas e operações do sistema, essas observações de segundo nível são executadas no centro do sistema, ou, mais especificamente, nas cortes através da jurisprudência e envolve a aplicação do código direito/não-direito a um número específico de fatos. A autodescrição é uma tentativa de identificar na totalidade do sistema, em referência ao que já foi identificado pelo sistema, como pertencendo a ele mesmo (NOBLES; SCHIFF; LUHMANN, 2004).

A autodescrição cria textos reutilizáveis no próprio sistema e, como tal, podem ser descritos como textos autológicos, que incluem a si mesmos naquilo que significam, e, por serem uma operação do sistema que descrevem, modificam o que eles descrevem. Assim, diferentes autodescrições são descrições de diferentes objetos. No entanto, não se tratam de operações utópicas, mas operações concretas, ao depender do estado do sistema que descrevem e, enquanto alteram o que descrevem, o que é considerado uma autodescrição depende das operações que ocorrem no sistema sendo descrito (NOBLES; SCHIFF; LUHMANN, 2004).

As autodescrições, quando comparadas com a análise externa (e sociológica), possui duas limitações significantes: 1) não pode negar a capacidade do sistema de definir, ele mesmo, o que é válido ou inválido; e 2) precisa aderir a normas válidas. Com base nessas duas limitações, uma autodescrição não vai descrever normas como fatos, mas tratá-las como afirmações apropriadas e buscar apontar razões para a sua identificação como normas do sistema. Dado que as normas do sistema legal operacionalizam o seu fechamento operacional, a distinção entre normas e fatos é crucial para a habilidade do sistema em identificar seus próprios limites/fronteiras (NOBLES; SCHIFF; LUHMANN, 2004).

Ao manter a distinção entre fatos e normas, tratando as normas como afirmações daquilo que “deve ser”, autodescrições buscam determinar as condições programáticas do direito, mas não podem determinar o seu código binário. Por isso, elas não aceitam o paradoxo do código: que é uma distinção sem base para distinção, a não ser distinções anteriores. Como tal, não podem considerar a natureza compulsória da decisão, como a proibição de negar a justiça, e as consequências disso para a argumentação legal. A autodescrição precisa presumir que comunicações controversas são tratadas dentro e pelo sistema e não são o resultado de um defeito inevitável, enquanto comunicações de um sistema são tratadas sempre visando se tomar decisões, a autodescrição pode levar à crítica de algumas das normas do sistema, mas precisa apresentar uma solução substitutiva (NOBLES; SCHIFF; LUHMANN, 2004).

Conceitos jurídicos devem ser considerados como observações entrelaçadas com o campo semântico de relações criadas pela autodescrição do sistema e o estudo das autodescrições é um marco da metodologia construtivista de Luhmann, visto que são mecanismos discursivos que tornam possíveis as relações entre a semântica e estruturas no sistema social. No caso do sistema jurídico, a função de autodescrição é exercida primariamente pela teoria jurídica. A teoria jurídica funciona como uma máquina histórica de conceitualização que atinge valor estrutural:

“The sociological study of self-descriptions is a landmark of Luhmann’s methodological constructivism, insofar as they are discursive mechanisms that make possible relations between semantics and structures within a social system. In the case of the legal system, this function is primarily performed by legal theory; in such capacity, legal theory works as a historical machine of conceptualizations that achieve structural value (Luhmann, 2004: 54). By placing the methodological emphasis on legal theory’s descriptions of the legal system, Luhmann seeks to move away from the customary idea that the validity of legal concepts is determined by the ‘contexts’ in which they are used or by ‘principles’ that secure uncontested unity (Luhmann, 2004: 341). A sociological explanation of the legal system must begin by recognizing that ‘all efforts to know and understand the law are made in society’ (Luhmann, 2004: 423).” (CORDERO, 2020, p. 13)

Sobre esse ponto específico, como expressado anteriormente, o garantismo e a teoria da interpretação construtivista em sua crítica ao ativismo judicial, baseado no retorno a uma teoria jusnaturalista de base principiológica ou no uso de convicções morais para a tomada de decisões jurídicas, ao determinar que o

ativismo judicial não pertence ao direito não estão impossibilitando o sistema de tratar a própria crítica segundo seus próprios critérios de validade. Nesse sentido, se o constitucionalismo garantista surge como teoria apta a dar uma solução ao problema das teorias principiológicas, é o próprio sistema jurídico que determinará a sua utilização e a aceitação do constitucionalismo garantista como a melhor teoria para a prática jurídica no grupo de variedade de teorias jurídicas do próprio sistema.

Apenas nesse contexto é que se torna possível identificar o recebimento de diferentes teorias jurídicas e a sua utilização na jurisprudência das cortes de justiça sem que se parta da premissa, muitas vezes equivocada, de que o sistema está corrompido ou que não está operando segundo o seu próprio código, que permite a existência de teorias jurídicas diversas daquelas mais aptas a prover uma solução para temas complexos. Essa posição não permite a afirmação contrária, em prol de uma relativização das teorias jurídicas, de que todas as teorias jurídicas são igualmente válidas para o direito, enquanto, em razão do seu fechamento operacional, é o próprio sistema que define a sua validade, define aquilo que será a sua tradição e não permitirá que toda e qualquer teoria tenha a sua validade reconhecida, senão através de seus próprios instrumentos de comunicação.

Nesse ponto, o sistema atua na manutenção das expectativas normativas ao definir no grupo de variedade de autodescrições existentes aquelas que serão tratadas como novidade e aquelas que serão tratadas como redundância, para, ao longo da utilização do seu próprio critério de validade através de seus pressupostos jurídicos e seu código de operação, indicar a tradição jurídica do próprio sistema. Isso significa que o sistema sempre parte da desordem ou o ruído comunicativo para uma situação de ordem, sem implicar que a ordem estabelecida seja imutável, visto que o próprio sistema poderá modificar-se, internamente e com o uso do próprio código, ao longo do tempo.

Da mesma forma, através das autodescrições se permite identificar a construção história de conceitos jurídicos e como teorias modernas buscam prover soluções para as insuficiências das teorias anteriores ou que criticam sem implicar uma ruptura com a própria estrutura de funcionamento do próprio sistema. A construção de conceitos sobre norma, princípios, validade e ativismo judicial ao longo dos anos e a sua situação atual, principalmente a crítica formulada ao ativismo

judicial, só é permitida pela autonomia do sistema na definição daquilo que considera válido e permite identificar como o direito era e como é, sempre em relação com o seu ambiente, que é composto pela própria sociedade.

4.2 O ativismo judicial pelo centro do sistema jurídico

Na teoria sistêmica de Luhmann (2016), os tribunais ocupam uma posição de centralidade no sistema, da mesma forma que o sistema econômico possui em seu centro as instituições financeiras, o sistema educacional possui as universidades, a política possui o Estado (RIBEIRO, 2019).

Embora o ativismo judicial seja considerado, pelas teorias do direito como o constitucionalismo garantista de Ferrajoli (2014) e a teoria da interpretação construtivista de Dworkin (2010), como contrárias ao direito, a atuação das cortes de justiça, localizadas no centro do sistema jurídico (LUHMANN, 2016), não é limitada às autodescrições por elas formuladas, visto que é o próprio sistema o responsável por determinar aquilo que é o ou não considerado como conceito válido.

Essa visão não isenta as cortes de críticas e não aproxima o conceito de direito das teorias jurídicas mais afeitas ao ativismo judicial, na medida que as teorias jurídicas devem ser compreendidas como autodescrições do sistema jurídico e não são capazes, sob pena de se perder a autonomia do sistema jurídico, de definirem aquilo que é ou não pertencente ao direito. Ao mesmo tempo, as críticas podem partir de pontos de vistas internos, do sistema descrevendo a si mesmo, ou externos, mas isso não retira das cortes o seu papel fundamental na utilização dos códigos de funcionamento e a sua posição central no sistema.

Partindo da premissa que o sistema consegue descrever a si mesmo e estando as cortes de justiça, entre elas o STF, no centro do sistema, podemos analisar a jurisprudência da corte para melhor compreender de que forma o tribunal descreve o próprio sistema jurídico e sua relação com o ativismo judicial segundo o seu entendimento quando comparado com as demais autodescrições do sistema que são contrárias ao ativismo judicial, principalmente a teoria jurídica formulada por Ferrajoli (2018), com sua crítica ao ativismo judicial como retorno ao jusnaturalismo de base principiológica.

Em pesquisa jurisprudencial do sítio eletrônico do STF pelos termos “ativismo” e “judicial” foram identificados 17 acórdãos e 57 decisões monocráticas que tratam especificamente do conceito em diferentes categorias de ações e matérias submetidas a julgamento da corte. Dentre as decisões encontradas, algumas se destacam por tratar expressamente do conceito em relação à matéria julgada: 1) no uso do ativismo judicial para proteção das condições de funcionamento do sistema democrático; 2) na omissão legislativa/executiva em matéria de direito fundamental; e 3) negando a existência de ativismo judicial no caso de aplicação do direito penal a parlamentares eleitos.

Para melhor analisar essas três definições dos momentos onde o STF trata o ativismo judicial, delimitando a inserção do ativismo judicial no sistema jurídico em três excepcionalidades que justificam uma atuação ativista, foram destacadas três decisões tomadas pelo colegiado da corte no julgamento de ações de controle de constitucionalidade, a ADI nº 5105, a ADI nº 4277 e nº 5526, que, respectivamente, tratam do ativismo judicial em caso de proteção dos princípios democráticos, nos casos de omissão legislativa e identificam o sistema jurídico e negam o ativismo judicial da corte e apontam os limites em que há possibilidade de exercício do ativismo.

4.2.1 O ativismo judicial na defesa da democracia e na omissão legislativa

No julgamento da ADI nº 5105, o STF fez defesa do ativismo judicial para proteção das condições de funcionamento do sistema democrático. A ação tratou do direito de antena, ou uso da propaganda eleitoral gratuita, e acesso aos recursos do fundo partidário a partidos políticos criados após a realização das eleições e a impossibilidade do Poder Legislativo modificar legislação julgada inconstitucional pela própria corte sem apontar justificativa para superação da jurisprudência criada.

Para a corte, a defesa dos instrumentos democráticos, o acesso de novas agremiações ao fundo partidário e a utilização do tempo televisivo no horário eleitoral gratuito são matérias que permitem uma atuação particularista do STF para que, no exercício a revisão judicial, proteja as condições de funcionamento das instituições democráticas e a proteção dos interesses de grupos políticos

minoritários, uma convergência da posição da corte com a posição procedimental de Ely (1980):

“10. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.

11. *In casu*, é inobjetable que, com as restrições previstas na Lei nº 12.875/2013, há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional. Algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Justamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no intuito de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia.” (BRASIL, 2015, p. 5)

No entanto, antes de tratar da possibilidade do ativismo judicial na defesa dos postulados democráticos, a corte baseia parte de sua fundamentação na superioridade da decisão judicial, que julga a inconstitucionalidade de lei, sobre a atuação parlamentar que visa modificar precedente da corte, exigindo que, para a alteração do precedente, se aponte motivação válida que justifique a criação legislativa:

“(…) não se afigura legítima a edição de leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (leis *in your face*), sem que o legislador se desincumba do ônus de trazer aos autos novos argumentos, bem como de demonstrar o desacerto do posicionamento da Corte em razão de mudanças fáticas ou axiológicas, tomando como parâmetro, por óbvio, a mesma norma constitucional.” (BRASIL, 2015, p. 27-28)

Esse não é o ponto central da decisão que permite essa extensão da atividade jurisdicional da corte. Em seu entendimento, a salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas é o que impulsiona a corte a tomar a decisão que está tomando no caso específico dos partidos políticos e em matéria

de tensão entre o poder político e o poder jurídico e, nesse ponto, a corte se aproxima ainda mais dos postulados procedimentais da teoria de Ely (1980):

“Além dos argumentos até aqui aduzidos, acredito que o reconhecimento da invalidade jurídico-constitucional das normas insertas na Lei nº 12.875/2013 se impõe como forma de salvaguardar as condições de funcionamento das instituições democráticas. Justamente por isso, a restrição imposta pela lei às novas legendas criadas no curso da legislatura justifica a adoção de uma postura mais incisiva da Suprema Corte: cuida-se de exemplo acadêmico de hipótese em que os *donos da bola* procuram inviabilizar os canais de acesso e de participação *daqueles* que estão *fora* do jogo democrático.

Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. É esse o valioso escólio de John Hart Ely, em clássica obra da teoria constitucional *Democracy and Distrust (...)* (BRASIL, 2015, p. 43)

Essa atuação pró-ativa do STF não estaria pautada apenas nas insuficiências do próprio sistema político, mas numa defesa do próprio sistema jurídico fortalecido por uma atuação pró-ativa pautada na defesa dos princípios democráticos:

“(...) na medida em que visa a proteger as condições de funcionamento democrático, a atuação mais incisiva do Supremo Tribunal Federal não amesquinha, mas antes fortalece a empreitada democrática” (BRASIL, 2015, p. 45)

Para tanto, em seguimento à defesa da atuação incisiva da corte, junta doutrina jurídica que aborda, expressamente, o tema do ativismo judicial atuando em prol da democracia, justificando o ativismo judicial como instrumento possível de proteção do sistema democrático:

“Colho-me, aqui, mais uma vez, os valiosos ensinamentos dos Professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *verbis*:

‘O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia, que podem ser ameaçadas pelos grupos detentores do poder político. Há direitos e institutos que são diretamente relacionados com o funcionamento da democracia, como os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de acesso à informação e as prerrogativas da oposição. As restrições a esses direitos, bem como as tentativas dos grupos

hegemônicos de alterar as regras do jogo político em favor dos próprios interesses, devem merecer um escrutínio estrito do Poder Judiciário. Aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas a seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento.’ (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In.: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103-104)

Oportuno registrar que o Min. Gilmar Mendes manifestou similar preocupação, no julgamento do MS nº 32.033, que impugnava a tramitação do PL nº 4.470/2012, aprovado na Câmara, e o PLS nº 14/2013, que se encontrava em regime de urgência no Senado Federal.” (BRASIL, 2015, p. 45)

A corte de justiça, em oposição às teorias críticas ao ativismo judicial, faz construção de pontos possíveis de utilização do ativismo judicial em matérias que tratam do sistema democrático. Nesse ponto, o STF impõe um critério de validade do ativismo judicial ao impôr condição, a proteção do sistema democrático, à prática jurídica mais ativa do Poder Judiciário, aqui compreendida como a reinterpretação de princípios jurídicos e políticos pelas convicções morais do julgador que, inclusive, aponta a motivação de seu entendimento nesse sentido:

“Esse cenário coloca uma questão de *sinceridade e realidade institucional*, que poderia ser resumida em uma pergunta direta e imediata: é factível confiar *única e exclusivamente* aos grupos detentores do poder político a prerrogativa de reformulação, *livres de quaisquer balizamentos*, das regras concernentes à distribuição dos recursos do fundo partidário e do direito de antena, estabelecendo severas restrições ao acesso dessas prerrogativas às novas legendas criadas no curso da legislatura? A resposta é, a meu juízo, negativa.” (BRASIL, 2015, p. 47)

Para reforçar sua posição, apresenta teoria jurídica que defende a insuficiência dos representantes eleitos para a solução dos problemas de funcionamento democrático e aponta como legítima a atuação do STF em prol do regime democrático, especialmente porque considera parte do exercício da jurisdição constitucional:

“Neste sentido, Oscar Vilhena Vieira bem adverte que

‘Não serão os próprios representantes os mais indicados para corrigir esses problemas de mau funcionamento democrático. Exemplo disso é o caso da sub-representação dos cidadãos

dos Estados mais populosos no Brasil. Esperar que o Congresso – fruto dessa distorção e beneficiário da mesma – a corrija é esperar que a maioria dos parlamentares lute contra seus próprios interesses. Este é um caso típico onde a resolução do problema e o conseqüente fortalecimento da democracia devem sair de fora do sistema representativo.’ (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 216)

Diante disso, devem ser repudiadas visões idealizadas de democracia que desconsiderem a posição de *interesse* da instância decisória. O deslinde de controvérsias de natureza política não pode abster-se da análise de qual *agente* investido do maior grau de *imparcialidade* e *neutralidade* está apto para apreciar a matéria. No caso, é evidente que há uma tentativa obtusa de inviabilizar o funcionamento e o desenvolvimento das novas agremiações, sob o rótulo falacioso de fortalecer os partidos políticos. Uma coisa é criar mecanismos mais rigorosos de criação, fusão e incorporação dos partidos, o que, a meu juízo, encontra assento constitucional, algo bastante distinto é, uma vez criadas as legendas, formular mecanismos normativos que dificultem seu funcionamento, o que não encontra guarida na Lei Maior. Precisamente por isso, torna-se legítima a atuação do Supremo Tribunal Federal, no afã de impedir a obstrução dos canais de participação política e, por via de consequência, fiscalizar os pressupostos ao adequado funcionamento da democracia. Assim, eventual objeção democrática não desautoriza a intervenção judicial, visto que o exercício da jurisdição constitucional, na espécie, milita em favor do regime democrático.” (BRASIL, 2015, p. 48)

A suspeição contra o Congresso Nacional em matérias que tratam de financiamento de campanha ou criação de partidos políticos e a superior neutralidade e imparcialidade dos juizes, em clara consonância com uma visão paternalidade do direito (HABERMAS, 1996), são elementos suficientes, no entendimento da corte, para justificarem a utilização dessas convicções morais na determinação da prática pró-ativa da corte. A proteção dos instrumentos democráticos e a suspeição contra a atuação do Congresso Nacional em matéria de criação político-partidária são instrumentos que validam a atuação ativista do STF aos olhos das cortes.

Nessa visão paternalista, se coloca sobre o poder político a suspeição em atuação de matéria democrática e coloca o Poder Judiciário não apenas como o definidor das controvérsias políticas surgidas pelos embates entre as posições majoritárias e minoritárias, mas como o garantidor de todo o processo democrático. Embora a crítica sobre a posição política apresentada na decisão busque evitar uma “leitura romântica e idealizada das instituições” (BRASIL, 2015, p. 30), acaba

caminhado para o lado oposto e coloca-se o Poder Legislativo sobre suspeição na matéria discutida.

Ainda que esse não seja o ponto central que se deseja analisar, visto que o que se está analisando é a justificativa do ativismo judicial, apresentada pela corte, esse ativismo é baseado em uma visão idealizada da própria atuação do Poder Judiciário na defesa dos procedimentos democráticos e da superioridade da decisão judicial sobre a produção legislativa que deveria justificar as decisões políticas tomadas na edição legislativa. Embora o caso específico seja de produção legislativa ordinária, a corte estabelece ser necessária justificativa para a mudança do precedente da corte mesmo em sede de emenda à constituição, ao afirmar que a decisão que estabeleceu o precedente “se ancorou em sólida construção argumentativa calcada em cláusulas pétreas (e.g., pluralismo político, liberdade de criação de partidos políticos, tutela das minorias partidárias, etc.)” (BRASIL, 2015, p. 41).

Na definição das bases para a uma atuação ativista, a premissa constitucional de proteção das cláusulas pétreas é apenas parte de um argumento maior, a proteção do procedimento democrático, que em conjunto servem para justificar a atuação pró-ativa da corte e apontar a suspeição dos parlamentares na definição dos meios e procedimentos capazes de resolver problemas de ordem democrática.

No caso do julgamento da ADI nº 4277, a atuação da corte em relação ao ativismo judicial é um pouco mais complexa, porque embora se justifique o ativismo judicial ao término do julgamento, no último voto, boa parte da fundamentação do acórdão busca apontar porque, no caso julgado, não se está diante do ativismo judicial:

“Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a ma posição de pura passividade”. (BRASIL, 2011, p. 258)

As menções ao ativismo judicial ao longo dos demais votos são no sentido de se negar possíveis críticas de ativismo e apontar que, no caso julgado, não se está

diante do ativismo judicial, mas de cumprimento da essência da jurisdição constitucional:

“É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.” (BRASIL, 2011, p. 168)

Parte dessa abordagem, em resposta às possíveis críticas, se dá em virtude das possíveis consequências normativas da decisão de interpretação do STF no caso específico, preocupação apontada pela corte com referência a doutrina jurídica contrária ao ativismo judicial no próprio acórdão:

“No presente caso, porém, devemos refletir muito sobre as consequências normativas de uma decisão de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil. Sobre a problemática contida no pedido de interpretação conforme realizado pela Procuradoria-Geral da República, Lenio Luiz Streck fez as reflexões a seguir transcritas, que devem ser objeto de atenção:

(...) ‘O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador’. (...)

Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao *self restraint*, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal.” (BRASIL, 2011, 152-155)

Apesar da preocupação com um possível ativismo judicial e apontar as consequências que o ativismo judicial pode trazer à totalidade do sistema jurídico, o que a corte busca apontar é uma justificativa para reconhecer o direito de minorias em razão da inércia ou omissão do Poder Legislativo, com referência expressa ao princípio da dignidade humana, outros princípios do ordenamento jurídico brasileiro e princípios expressados até mesmo na Constituição alemã:

“A doutrina nacional não se tem ocupado, talvez como devesse, de um dispositivo que consta do Direito Comparado, talvez a sua matriz moderna esteja na Lei Fundamental de Bonn, que fala no direito que cada indivíduo tem de autodesenvolvimento (*Selbstentfaltungsrecht*), quer dizer, o livre desenvolvimento de sua personalidade (*die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), desde que não viole direitos de outrem e não se choque contra a ordem constitucional ou os costumes (Art. 2 I GG – *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*).

Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito de liberdade e em concordância com outros princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, *caput*); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); bem como a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ela adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).” (BRASIL, 2011, p. 169)

Essa ponderação entre as críticas da atuação da corte e o seu ativismo judicial são um indicativo da existência da discussão e da vontade da própria corte de manifestar-se sobre o tema, especialmente quando busca legitimar a decisão que está tomando, no reconhecimento de determinado direito através de hermenêutica constitucional em sede de controle abstrato de constitucionalidade. A corte não gostaria de agir de maneira ativista, mas a inércia do Poder Legislativo no reconhecimento do direito de minorias sociais levam a corte para o caminho de uma jurisdição inventiva. Nesse ponto, embora mostre resistência ao ativismo judicial, apontando as possíveis consequências dessa jurisdição inventiva para a segurança normativa do ordenamento jurídico, a corte usa o ativismo, inclusive com a menção a princípios jurídicos previstos em constituições estrangeiras, para fundamentar a decisão de reconhecimento do direito das minorias sociais pela interpretação conforme os princípios previstos na Constituição Federal.

Esse é o fundamento para justificar a atuação da corte na confirmação dos direitos que não estão previstos na Constituição, inclusive recorrendo ao princípio da

liberdade e aos direitos fundamentais para a construção do direito em oposição à omissão e inércia do Poder Legislativo:

“A orientação sexual e afetiva deve ser considerada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação – como a que poderia se configurar por meio da impossibilidade de reconhecimento da manifestação de vontade de pessoas do mesmo sexo em se unir por laços de afetividade, convivência comum e duradoura, bem como de possíveis efeitos jurídicos daí decorrentes.

A rigor, a pretensão que se formula aqui tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade. Trata-se da afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido de exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.” (BRASIL, 2011, p. 169-170)

O uso de convicções morais para a justificação da atuação da corte em substituição ao Poder Legislativo no reconhecimento de direitos fundamentais de minorias sociais também é utilizado pela corte, em conformidade com a lógica do ativismo judicial, apontada por Dworkin (2010), quando aborda o tratamento a ser dado ao conceito de família e se escolher por um conceito não reducionista, base da discussão a respeito do alcance do direito postulado às minorias não expressamente favorecidas pelo texto legal e constitucional:

“Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*.” (BRASIL, 2011, p. 39)

Essa posição parte do pressuposto que a Constituição não pode ter aquilo que ela está sendo acusada de possuir e, através da interpretação da constituição, se busca retirar qualquer conotação negativa ao reconhecimento do direito das minorias pela atuação pró-ativa do STF. A noção de que o texto constitucional não pode possuir as carências e lacunas que ele expressamente possui é uma construção interpretativa da Constituição com base nas convicções dos juízes de como o texto deveria ser. Essa afirmação parte do pressuposto lógico de que o

direito postulado está sendo postulado porque não é reconhecido e o que se busca é o reconhecimento.

Se a constituição não possui lacunas, o artigo 226 não estaria sendo objeto de interpretação por parte da corte e, ao negar a existência das lacunas e reconhecer o direito postulado, a corte não está fazendo nada mais do que apontando a lacuna e a preenchendo, mas a construção interpretativa parte do pressuposto que essa lacuna não pode existir, visto que a constituição não se presta ao serviço de permitir o preconceito e a homofobia.

Esse tipo de fundamentação é parte da crítica realizada por Ferrajoli (2012) e Dworkin (2010) ao ativismo judicial, dado que o julgador atua em substituição ao legislador na criação legislativa ao inserir no texto constitucional, através da interpretação de seus princípios e normas, o que não está presente no texto e não poderia estar exatamente porque o que se busca apontar é essa lacuna. Havendo a lacuna o julgador passa a criar o entendimento através do uso de princípios ou reinterpretação dos princípios constitucionais em oposição aos fundamentais discriminatórios que impediram a Constituição de possuir uma normatividade inclusiva para com as minorias sociais.

O que se pode retirar de toda a construção realizada na ADI nº 4277 pelo STF é que, em matéria de reconhecimento de direitos fundamentais de minorias, a corte entende que deve atuar em substituição ao Poder Legislativo, desde que existam omissões ou inércias do poder constituído ou se trate de direito fundamental ou direito individual que precise de reconhecimento para não se retire da constituição a sua característica fundamental, baseada na igualdade e na dignidade humana, e, ao fazê-lo, a corte justifica uma atuação ativista pautada pelos princípios previstos na constituição.

Na decisão analisada, a corte acaba gerando excepcionalidades de atuação de maneira ativista quando a matéria verse sobre direitos fundamentais e se esteja diante de uma omissão legislativa no reconhecimento desses direitos a grupo minoritárias da sociedade. Para além da interpretação e dos efeitos da decisão para o caso específico, a corte está considerando que as falhas identificadas no próprio texto constitucional, e reprisadas pelo ordenamento infraconstitucional, devem ser sanadas pela atuação do Poder Judiciário, dando à corte participação central na

concretização dos fundamentos gerais da Constituição Federal. Para além de uma observação quanto à normatividade legal, a corte faz uma descrição do papel do Poder Judiciário no sistema jurídico, em geral, incluindo o ativismo judicial como meio necessário para a solução das lacunas legais provenientes da inércia ou omissão legislativa no reconhecimento de direitos de minorias sociais.

4.2.2 A negação da prática do ativismo judicial pelo STF

Ao determinar que existem momentos em que há a possibilidade do STF atuar de maneira ativista e, ao fazê-lo, definir o ativismo judicial como uma atuação pró-ativa do Poder Judiciário na proteção da democracia ou na substituição dos poderes constituídos para concretização dos mandamentos constitucionais, a corte não apenas está incluindo o ativismo judicial como elemento decisório, mas está se posicionando em relação a ele. O ativismo judicial é justificado em momentos específicos e é tratado como exceção à prática da corte, que se mostra preocupada com os limites de atuação do próprio judiciário e resiste ao ativismo judicial.

No entanto, nas decisões apresentadas não existe uma teoria jurídica específica que justifique essa resistência. A corte se mantém neutra e busca atuar de maneira pró-ativa naquilo que compreende ser necessário. Uma melhor definição do próprio ativismo judicial e uma leitura geral da corte em relação à posição do ativismo dentro de uma observação geral do sistema jurídico é encontrada em outro acórdão da corte, decisão tomada na ADI nº 5526.

A ação em questão tinha como objeto a necessidade de submissão ao Congresso Nacional de qualquer decisão judicial que decidisse pela prisão preventiva ou aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão de parlamentares eleitos. Buscou-se interpretação conforme a constituição dos artigos 312 e 319 do Código de Processo Penal⁴², em razão do art. 53 da Constituição Federal impossibilitar a prisão dos parlamentares, senão em flagrante delito por crime inafiançável e exigir a deliberação do Congresso Nacional em até vinte e quatro horas para decidir sobre a prisão:

42 O Art. 312 do Código de Processo Penal trata da possibilidade de prisão preventiva e o artigo 319 trata das medidas cautelares diversas da prisão.

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)” (BRASIL, 1988, dnp)

Tendo em vista que as medidas cautelares diversas da prisão implicam, no seu descumprimento, a possibilidade de prisão daqueles que as descumprirem, os autores defendiam que o Congresso Nacional deveria ser ouvido a respeito da decisão:

“Defendem que ‘a partir do momento em que se passa a admitir a aplicação do inciso VI do art. 319 do CPP – bem como de seus demais incisos – para a imposição de restrições ao exercício de mandatos parlamentares, surge, simultaneamente, a necessidade de conferir interpretação conforme a esse dispositivo para afirmar, em consonância com o sistema constitucional vigente, que, uma vez determinado o afastamento cautelar do exercício do mandato – ou imposta qualquer outra medida prevista no art. 319 do CPP que afete o regular exercício do mandato parlamentar –, deve o Tribunal competente para o processamento da ação penal remeter os autos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa legislativa respectiva, para que, por voto da maioria de seus membros, resolva sobre a aplicação da medida cautelar substitutiva da prisão’ (eDOC 1, p. 12).
Isso porque a decretação de medida cautelar pressupõe, segundo aduzem, ‘a possibilidade de decretação da prisão preventiva do acusado’ (eDOC 1, p. 12).” (BRASIL, 2018, p. 7)

O STF decidiu, por maioria, não ser possível a aplicação da prisão preventiva aos parlamentares eleitos, medida prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, mas decidiu pela possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e exigiu o encaminhamento da decisão que decidiu pela aplicação da medida cautelar ao Congresso Nacional deliberar sobre se a execução ou não dessa medida cautelar impedia o exercício regular do mandato parlamentar:

“(…) acordam em julgar parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando, por maioria, ser incabível aos

parlamentares federais, desde a expedição do diploma, a aplicação do artigo 312 do Código de Processo Penal e, também por maioria, que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do referido diploma Processo Penal, vencido o Ministro Marco Aurélio, que, ao assentar a premissa da inaplicabilidade da referida norma legal aos congressistas, declarava o prejuízo do pedido. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, deliberou que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição Federal, a decisão pela qual se aplique a medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar, vencidos no ponto os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello. (...)” (BRASIL, 2018, p. 3)

Há na decisão diversas menções ao ativismo judicial e, exatamente por se tratar de matéria que implica a possibilidade do judiciário aplicar sanções a membros eleitos do congresso nacional, a discussão também aborda a judicialização da política.

Em voto do Ministro redator, há uma preocupação com os limites interpretativos do texto constitucional e faz-se uma crítica a interpretações extensivas do texto, afirmando que as imunidades parlamentares, embora não podem ser lidas de maneira extensiva, também não podem ser reduzidas e critica a utilização vaga ou genérica de princípios para se aplicar interpretações contraditórias sobre o texto constitucional:

“(...) se as imunidades parlamentares não podem ser interpretadas extensivamente, não podem ser reduzidas, ignoradas, desprezadas ou interpretadas a partir de meras normas ordinárias ou pela aplicação vaga, imprecisa e genérica de princípios, que apesar de estruturantes da República e importantíssimos na Constituição Federal, em tempos recentes, passaram a servir para justificar quaisquer posicionamentos, mesmo que totalmente opostos e antagônicos e, várias vezes, sem relação com o caso concreto, simplesmente como uma resposta a determinados posicionamentos de parcela da opinião pública. A utilização vaga, genérica e sem fundamentação teórica de importantes princípios, como o da moralidade, o republicano, o democrático; ora para uma interpretação; ora para outra interpretação, sem qualquer embasamento nos casos concretos ou no enquadramento jurídico normativo, acaba por enfraquecê-los, pois não podem ser utilizados como panaceia para todos os males do ordenamento jurídico ou dos problemas do país, devendo ser combatida essa prática.” (BRASIL, 2018, p. 43)

Nesse mesmo sentido, o ministro redator estabelece os limites para a interpretação judicial e, inclusive, para o ativismo judicial. Define que tanto a

interpretação quanto o ativismo precisa estar baseado na Constituição Federal para limitar o poder do Poder Judiciário:

“A interpretação judicial, inclusive o ativismo, deve estar lastreada na Constituição, pois não há e não pode existir, como lembra ROSCOE POUND, poder sem limites, nem mesmo do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que,

“a democracia não permite que seus agentes disponham de poder absoluto e sejam, como os imperadores romanos orientais, isentos das leis. Uma geração que esteja disposta a abandonar a herança jurídica dos americanos para estabelecer regime absoluto de certa maioria verificada afinal que está sob o domínio absoluto do chefe da maioria” (*Liberdade e garantias constitucionais*. Ibrasa: São Paulo, 1976, p. 83).

Essa limitação independe de se tratar de qualquer dos três ramos de poder do Estado; repito inclusive do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.” (BRASIL, 2018, p. 44)

O ministro redator, especificamente, é um dos ministros da corte que na sua atuação como jurista buscou definir o ativismo judicial como a atuação para a concretização efetiva das normas constitucionais (MORAES, 2017) e, em simultâneo, está vinculando essa efetivação com os limites da própria constituição. Essa construção coloca o ativismo judicial como parte do exercício de atividade do Poder Judiciário e estabelece os limites constitucionais para sua atuação, limitando a possibilidade de atuação ativista em uma espécie de ativismo judicial constitucional.

O redator foi o responsável por definir a tese e, embora no próprio voto afirme existir a possibilidade do ativismo judicial e dos limites impostos a ele pela constituição, fundamentou seu voto contrário ao da relatoria do acórdão e dos demais ministros vencidos. No caso, existe uma resistência contra o rompimento desses limites interpretativos impostos pela constituição, embora não se trata exatamente de uma resistência contra o ativismo judicial. O que existe é uma resistência contra excessos, contra a livre jurisdição e contra uma jurisdição inventiva.

A preocupação da corte com os limites do ativismo judicial é também apontada em voto vencido no julgamento da ADI nº 5526, em que se afirma a

posição de contenção como a regra da atividade jurisdicional e a defesa da tomada de decisões políticos por aqueles que foram eleitos:

“(...) regra geral: decisão política deve ser tomada por quem tem voto. Portanto, a regra geral é a de que Cortes Constitucionais devem ser auto-contidas, sobretudo, quando haja uma decisão política tomada pelo Congresso, editando, por exemplo, uma lei ou uma emenda constitucional.” (BRASIL, 2018, p. 86)

Dentro dessa compreensão dos limites de atuação ativista do STF, a corte define em que momentos pode-se agir de maneira ativista e aponta três excepcionalidades na atuação jurisdicional que justificam o ativismo judicial da corte: a) para a proteção de direitos fundamentais; b) para proteção das regras do jogo democrático; c) para proteger a moralidade administrativa ou decência política. Nessas exceções, a corte aponta exemplos de atuação em que compreendeu existir margem para excepcionalidade:

“(...) entendo a questão da judicialização, e sobretudo do ativismo, só há três situações em que me parece que a Corte Constitucional possa atuar de maneira mais expansiva, mais proativa. A primeira, para a proteção de direitos fundamentais, sobretudo das minorias. Portanto, proteção do direito dos homossexuais, se não fosse o Tribunal a fazer, ninguém teria feito. (...)” (BRASIL, 2018, p. 86)

“(...) Segunda hipótese em que uma posição mais proativa se justifica é para a proteção das regras do jogo democrático. O Supremo fez isso em fidelidade partidária; o Supremo fez isso na questão do rito do *impeachment*, que não pode ser uma coisa errática, tem de ter regras preestabelecidas (...)” (BRASIL, 2018, p. 86)

“Em terceiro lugar, para proteger moralidade administrativa ou decência política, como o Supremo fez no caso da proibição do nepotismo, numa decisão conduzida aqui pelo meu antecessor, e querido amigo, e notável Ministro Carlos Ayres Britto. Ou como, a meu ver, também com acerto, o Supremo fez ao proibir doação eleitoral por empresas naquele modelo em que não se coíbiam práticas totalmente imorais que existiam.” (BRASIL, 2018, p. 86-87)

Essa construção é feita para identificar que o caso julgado, a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas à prisão para parlamentares eleitos, não é caso de ativismo judicial, mas de “observância da legalidade estrita” (BRASIL, 2018, p. 87) e que não haveria no caso “uma gota de ativismo” (BRASIL, 2018, p. 87), não

existindo criação ou inventividade jurídica, apenas a aplicação do direito existente, definido pelo Congresso Nacional e previsto no código de processo penal:

“(...) aqui não há uma questão de criação judicial do Direito. Nós estamos aplicando o Direito existente, criado pelo próprio Congresso, com a justificativa de que estava criando medidas alternativas à prisão. Portanto, nós estamos seguindo a legalidade mais estrita possível.” (BRASIL, 2018, p. 87)

Além da discussão jurídica, há no voto vencido uma preocupação com os efeitos da atual construção do direito realizada pelos parlamentares e com o que estava acontecendo no Brasil no momento da votação. A corte manifestava preocupação com a “naturalização das coisas erradas” (BRASIL, 2018, p. 88) em que “passou-se a achar normal a nomeação de dirigentes de empresas ou de ocupantes de cargos públicos para desviarem dinheiro” (BRASIL, 2018, p. 88) e afirma que “para mudar essas práticas, não há como ser condescendente com elas” (BRASIL, 2018, p. 88), apontando qual a posição a ser tomada pelo Poder Judiciário:

“(...) o Poder Judiciário tem um papel decisivo na mudança de paradigma, dentro da Constituição, dentro da lei, sem punitivismo, sem vingadores mascarados. Mas gostaria de perguntar se um juiz independente, diante das provas com as quais nós nos deparamos, se ele deve ou não se sentir de mãos amarradas.

E, no caso da medida que nós acrescentamos, a mim e à maioria pareceu que manter os três peixes pequenos presos e não aplicar nenhuma medida restritiva de direito ao peixe grande, que seria o suposto mandante – ainda não há o processo finalizado –, seria uma injustiça extrema, que afrontaria a todos nós. E aqui aplicar-se-ia até mesmo a fórmula de Radbruch: a injustiça extrema não pode ser direito.” (BRASIL, 2018, p. 88-89)

Ao afirmar essa posição, a corte manifestou a sua compreensão do ativismo judicial e das excepcionalidades à sua prática, boa parte dos fundamentos em conformidade com os julgamentos tomados nos casos de omissão, reconhecimento de direitos fundamentais e manutenção da ordem democrática. Essa abordagem buscou qualificar o ativismo judicial praticado pela corte e justificá-lo dentro de uma visão constitucional que a corte promove de sua própria jurisdição. A atuação pró-ativa, expansiva ou inventiva da corte é justificada porque, se não fossem tomadas decisões nesse sentido, “ninguém teria feito” (BRASIL, p. 86).

Essa leitura coloca a corte como a grande limitadora da atuação do Poder Legislativo, uma resposta às vontades majoritárias que “não protegem as minorias” (BRASIL, p. 86) e é muito similar à atuação da corte Warren, nos Estados Unidos, que também justificava a sua atuação jurisprudencial no reconhecimento de direitos com base na impossibilidade de conciliação dos interesses minoritários com os majoritários, justificativa defendido por Ely (1980) como parte da atuação da *Supreme Court* na defesa dos procedimentos democráticos.

Ao afirmar que não está agindo de maneira ativista, o voto vencido passa a definir o que se está fazendo no caso analisado pela corte e argumenta contra o que considera serem os fundamentos de uma atuação corrompida dos representantes eleitos e, ao fazê-lo, afirma que a questão central não se trata do direito, mas da própria justiça, referenciando a fórmula de Radbruch⁴³ como o fechamento de sua fundamentação.

Nesse julgamento, a corte atua para confirmar a sua posição quanto ao o que considera o ativismo judicial legítimo e qual seria o ativismo judicial ilegítimo. A aspiração de parte da corte é defender uma noção de justiça que vai além da atuação corriqueira em matéria submetida a julgamento, defendendo uma postura para além dos mandamentos constitucionais ou do direito vigente, em prol daquilo que considera justo. A referência à fórmula de Radbruch é um claro indicativo dessa postura e de uma vinculação da corte com um ativismo judicial que subordina o direito a noções de justiça que não estão previstas na legislação ou na constituição, considerando que aquilo que é injusto no texto constitucional não pertence ao direito. Essa posição, no entanto, é minoritária e não foi confirmada pela maioria da corte que, apesar disso, também não negou a possibilidade de ativismo judicial em conformidade com o texto constitucional.

Isso posto, é possível retirar algumas conclusões a respeito da ADI nº 5526 em relação ao ativismo judicial. Primeiro, a corte não está impedindo a possibilidade de agir de maneira ativista, mas limitando a atuação ativista com base na constituição. Segundo, a corte está impossibilitando interpretações extensivas do

43 A fórmula de Radbruch a que faz menção a corte trata o injusto como não pertencendo ao direito, foi elaborada por Gustav Radbruch e pode ser lida da seguinte forma: “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como ‘direito incorreto’, deva ceder lugar à justiça” (ALEXY, 2009 p. 34).

direito ao impedir que noções de justiça superem o que está previsto no texto constitucional. Ao afirmar quais são os limites de atuação das cortes e impedir uma leitura extensiva do ativismo judicial, a corte passa a descrever o sistema jurídico por completo, compreendendo haver abertura interpretativa suficiente, mas que essa abertura é limitada às previsões constitucionais, não podendo servir de instrumento das cortes para aplicação da justiça.

A questão de divergência da corte e que levou à discussão e acolhimento da tese do redator, no entanto, não trata de uma divergência quanto à interpretação da constituição, mas dos limites de atuação das cortes de justiça. O texto constitucional é taxativo ao apontar que não haverá prisão de parlamentares eleitos e diplomados, senão em flagrante delito de crime inafiançável, e que a prisão deverá ser comunicada ao Congresso Nacional para que dela se manifeste em vinte e quatro horas. Não há menção a medidas alternativas à prisão e é nessa lacuna legal que a corte decide pela manutenção da necessidade de atuação do Congresso até mesmo nos casos de medidas cautelares diversas da prisão.

Trata-se de interpretação conforme à constituição porque a matéria analisada não está presente no texto constitucional, mas é interpretado conforme a constituição. O que significa dizer que o artigo que trata das medidas diversas à prisão, o artigo 319 do Código de Processo Penal, foi modificado pelo Poder Judiciário para incluir a necessidade de informar o Congresso Nacional no caso de aplicação das medidas a parlamentares eleitos, o que é uma inovação no texto legal, promovida pelo Poder Judiciário, que resiste a uma maior inovação, defendida por parte dos votos vencidos que gostariam de julgar o artigo completamente constitucional e aplicá-lo em sua totalidade aos parlamentares.

Em uma descrição da decisão com base no constitucionalismo garantista, pode-se dizer que essa atuação em resistência ao ativismo judicial é ativista, dado que inova o texto constitucional para proteger os parlamentares em uma interpretação extensiva que inclui na garantia contra a prisão a garantia contra a aplicação de medidas cautelares diferentes da prisão, apesar de não existe previsão desse garantia no texto constitucional. No caso, não se estaria diante de uma resistência ao ativismo judicial, mas uma delimitação do ativismo judicial contra excessos, voltando-se à definição da corte daquilo que é possível ou não e

mantendo-se os limites aos casos de concretização dos mandamentos constitucionais e defesa dos instrumentos democráticos.

De maneira semelhante com a decisão que tratava da possibilidade de atuação pró-ativa do judiciário para corrigir distorções do processo democrático, que abordou os momentos onde a corte pode agir de maneira ativista, o caso da ADI nº 5526 buscou apontar os limites do próprio Poder Judiciário na interpretação do texto constitucional. Essa preocupação com o poder do próprio Poder Judiciário busca descrever quais são as fronteiras de atuação nos casos de judicialização de política e a decisão tomada pelo STF ajuda na compreensão o próprio funcionamento do sistema jurídico. O ativismo judicial, embora não seja proibido, possui seus limites sendo tratado como a exceção no escopo de interpretação das normas constitucionais pelo Poder Judiciário.

As decisões trazidas, lidas em conjunto com as formulações teóricas contrárias ao ativismo judicial, servem para apontar as diferentes visões que as cortes e a teoria possuem sobre o próprio funcionamento do sistema jurídico. Enquanto as teorias que resistem ao ativismo judicial o retiram da prática jurídica, identificando o ativismo judicial como um avanço sobre os limites de atuação do sistema definidos pela Constituição e pelo direito positivo, que servem de instrumentos para definição dos momentos em que tribunais e cortes podem agir, o STF compreende que o ativismo judicial pertence ao sistema jurídico, mas que deve ser limitado a casos específicos que tratem de direitos fundamentais e princípios democráticos.

Há, em uma observação geral da teoria e da prática, visões distintas sobre como sistema jurídico deveria funcionar e, ao pertencerem ao próprio sistema jurídico, tanto a teoria jurídica quanto a prática das cortes e tribunais operam para descrever o funcionamento do sistema. As diferentes descrições do sistema jurídico servem de pontos de observação internos do próprio sistema e delimitam aquilo que pode ser ou não encontrado. O ativismo judicial, ao se revelar insuficiência dentro de uma abordagem teórica do direito, está sendo incluído no sistema pela própria teoria que resiste-lhe, afinal, o que se busca é a sua exclusão do sistema jurídico e, para poder excluí-lo, se está partindo do princípio que o ativismo judicial faz parte do sistema. Essa mesma conclusão pode ser encontrada na descrição do sistema

jurídico realizada própria corte, que inclui o ativismo judicial no sistema jurídico, mas busca apontar limitações a seu exercício.

A resistência ao ativismo judicial nas autodescrições apresentadas são parte da tradição jurídica e da novidade jurídica. O STF, ao descrever o sistema jurídico como autocontido em “regra geral” (BRASIL, 2018, p. 86), está afirmando que essa forma de descrição do ativismo judicial é a tradição da atuação jurídica, abrindo espaço para a aplicação das exceções que permitem o ativismo judicial como novidade nos limites estabelecidos pela própria descrição que faz do sistema jurídico. A descrição realizada pela teoria constitucionalista da resistência ao ativismo judicial funciona como novidade ao sistema, dado que a teoria jurídica apresentada por Ferrajoli (2016) é pouco encontrada na prática do STF e serve como ponto de resistência ao que compreende ser a abordagem constitucional atual dos princípios jurídicos e aponta a insuficiência das teorias jurídicas principialistas como teorias gerais do direito, fornecendo uma nova teoria geral com renovação do direito positivo.

O processo comunicativo do sistema jurídico ainda pode ser lido externamente. As decisões apresentadas nos casos que tratam do ativismo judicial, tanto de resistência ao ativismo judicial com base na autocontenção, teoria procedimental e constitucionalismo garantista, como na justificativa como exceção em matérias de direitos fundamentais e princípios democráticos, não tiveram seus efeitos suspensos ou deixaram de ser cumpridas pelos demais subsistemas sociais, mas foram tratados e considerados como processos comunicativos do sistema jurídico e reconhecidos como tal pela sociedade. As distinções entre as diferentes visões sobre o papel do ativismo judicial na tomada de decisões promovidas pela teoria jurídica e pela atuação das cortes servem como pontos de observação do funcionamento do sistema, que lida com as diferentes descrições usando seus próprios instrumentos de funcionamento. O que se pode afirmar é que o sistema jurídico precisa lidar com o ativismo judicial e, obrigado a decidir, utiliza seu próprio código de funcionamento e programas especializados, que podem ser descritos internamente, mas que não determinam como o sistema decidirá, cabendo somente a ele definir se o ativismo judicial pertence ou não ao direito.

4.2.3 A função do sistema jurídico e o ativismo judicial do STF

O sistema jurídico é compreendido como um subsistema social fechado operacionalmente, mas aberto cognitivamente. O que significa dizer que o sistema jurídico é voltado para si mesmo e autorreferencial, se comunica com o seu ambiente, ou a sociedade em termos mais gerais, mas decide conforme os seus próprios instrumentos de decisão, como o código binário de funcionamento lícito/ilícito ou direito/não-direito⁴⁴ (LUHMANN, 2016).

Como parte da teoria jurídica, O ativismo judicial faz parte dos instrumentos de decisão do sistema jurídico, mas não pode substituir o código de funcionamento do sistema. Assim, quando se decide a favor ou contra o ativismo judicial em um determinado caso, o código de funcionamento do sistema continua sendo direito/não-direito, portanto, podem existir decisões judiciais favoráveis ou contrárias ao ativismo judicial que sejam direito e não-direito.

De fato, as decisões do STF que lidam expressamente com o ativismo judicial vão nesse sentido, da confirmação da possibilidade de existirem decisões contrárias e favoráveis ao ativismo judicial, ainda que o código de funcionamento continue sendo utilizado da maneira como deve ser utilizado em um sistema fechado operacionalmente. O caso da ADI nº 4277, em que se julgou a reinterpretação conforme a constituição de artigo do código civil para julgar constitucional a união estável homoafetiva, é um exemplo prático dessa construção. No caso, a corte afirmou que:

“Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade”. (BRASIL, 2011, p. 258)

Nessa afirmação, o STF está descrevendo o ativismo judicial não só como parte do sistema jurídico, mas como parte “necessária” da prática da corte em casos

⁴⁴ Se escolheu utilizar a nomenclatura direito/não-direito e não lícito/ilícito como tradução do alemão original, *recht/unrecht*, porque a terminologia lícito e ilícito no Brasil é associada com aquilo que está previsto ou não no texto legal, enquanto o código de funcionamento do sistema está mais voltado para aquilo que é ou não o direito.

de omissão ou retardo excessivo no cumprimento das obrigações do Poder Público. O que significa que o sistema jurídico, no uso de seu código de funcionamento, deve praticar o ativismo judicial em casos de omissão do Poder Público e, ao usar o seu código de funcionamento está permitindo a existência de um ativismo judicial que faz parte do direito.

A construção teórica do STF para justificar o ativismo judicial como parte do sistema jurídico e como parte do direito reside no fato que as pretensões sociais de reconhecimento dos direitos fundamentais de grupos políticos e sociais minoritárias no Brasil andam a passos de tartaruga. A Constituição Federal, promulgada em 1988, foi incapaz de resolver o problema de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas ou do casamento entre pessoas do mesmo sexo, inclusive consta no texto constitucional uma visão restritiva dos direitos ao casamento e à união estável, que apenas permite o reconhecimento da união entre homem e mulher.

O STF está agindo para além da interpretação semântica do texto constitucional e está dando uma nova interpretação ao artigo que protege a união estável e o casamento, com base em princípios gerais do direito constitucional brasileiro, como a igualdade, a não discriminação e a dignidade da pessoa humana. Essa forma de interpretar o próprio texto da Constituição Federal, em que se pondera os princípios previstos no texto, como a igualdade e a proteção à união estável de homem e mulher, faz parte das teorias neoconstitucionalistas, como a criada por Alexy (2011), que permitem esse tipo de artifício para resolver problemas de conflito entre diferentes artigos de um mesmo texto constitucional que, em tese, possuem o mesmo valor normativo geral.

Essa forma de interpretação é criticada abertamente por outras teorias do direito, como a teoria do constitucionalismo garantista, que impede essa ponderação entre princípios previstos no texto constitucional e compreende os artigos constitucionais como regras a serem aplicadas de imediato, cabendo aos Poderes Legislativo e Judiciário apenas a reforma do texto e a sua aplicação, respectivamente. Existindo omissões, a teoria do constitucionalismo garantista afirma que é papel das cortes apontá-las para que o Poder Legislativo as preencha. No caso julgado na ADI nº 4277, caberia ao Poder Legislativo resolver a questão da

falta de previsão constitucional de proteção do direito ao casamento de pessoas do mesmo sexo ou de uniões estáveis homoafetivas.

As duas teorias, conflituosas no tema dos limites interpretativos das cortes constitucionais, fazem parte do sistema jurídico e, na definição de Luhmann (2016), são consideradas autodescrições do sistema jurídico, dado que o sistema é obrigado a escolher entre uma dessas teorias no momento da decisão e usa do seu código de funcionamento, sem que implique a exclusão das teorias como elemento possível de descrição do funcionamento do sistema.

Como precisa escolher entre uma das teorias e, no caso analisado da ADI nº 4277, estaria mais voltado para a escolha de uma teoria jurídica como a apresentada por Alexy (2011), embora a corte não diga expressamente que está utilizando essa teoria, e usa seu código de funcionamento, direito/não-direito, na tomada de decisão, não se pode dizer que o sistema jurídico está funcionando incorretamente, mas apenas que resolveu escolher por uma teoria jurídica mais afeita ao ativismo judicial.

Por mais que o constitucionalismo garantista tenha razão ao afirmar que as teorias neoconstitucionalistas como a de Alexy (2011) são propícias a um ativismo judicial ou uma jurisdição inventiva, o sistema jurídico é composto cortes e tribunais, que estão posicionadas no seu centro, pela legislação, que está em seu entorno, e também pelas teorias jurídicas, que são parte de seus processos e o descrevem internamente e, ao funcionar de maneira autônoma, afirma que o ativismo judicial é a melhor prática para resolver o problema de ordem normativa submetido à apreciação do STF.

Seria, então, seria o sistema jurídico brasileiro um sistema ativista? Não necessariamente. O próprio STF determina os limites do uso do ativismo judicial, como no caso da ADI nº 4277, onde a prática do ativismo judicial é justificada apenas em casos de omissão dos Poderes Públicos. A corte, em parte das decisões que tratam do ativismo judicial escolheu posicionar-se favorável à autocontenção, que seria a contraparte teórica ao ativismo judicial, que defende uma maior limitação da atuação da corte na interpretação do texto constitucional e delega ao Poder Legislativo a solução das controvérsias previstas no texto.

É, por exemplo, o caso das ADOs 2 e 22, em que há a defesa expressa de uma posição autocontida da corte nos casos de criação de cargos públicos da defensoria pública e dos limites de proteção da lei de direitos autorais, inclusive apontando a impossibilidade de criação normativa pelo Poder Judiciário:

“A pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou, com fundamento na interpretação dos princípios da harmonia e independência entre os poderes, a impossibilidade de, em sede jurisdicional, criar-se norma geral e abstrata em substituição ao legislador.” (BRASIL, 2015, p. 13)

Como o caso da ADI nº 4277 foi estabelecido como uma das exceções à prática ordinária da corte, se está afirmando que a impossibilidade de criação de norma geral e abstrata pelo Poder Judiciário é a regra geral de funcionamento do sistema jurídico pela descrição realizada pela própria corte dos limites de sua atuação. Regra geral que está presente tanto nas teorias jurídicas neoconstitucionalistas, como a de Alexy (2011), quanto na teoria geral do constitucionalismo garantista, de Ferrajoli (2014), levando a questão da possibilidade de ativismo judicial ou não para a esfera da excepcionalidade, não da regra geral.

O sistema jurídico funciona nessa mesma formulação geral presente nas teorias gerais do direito, inclusive tendo como objetivo de funcionamento o que Luhmann (2016) chama “probabilidade de satisfação das expectativas normativas” (LUHMANN, 2016, p. 157). Essa probabilidade passa pelo pressuposto de necessidade de existência na norma escrita ou positiva, que conterà a previsão normativa que se busca manter pelo funcionamento do sistema e do uso de seu código de operação. De fato, o que está em jogo não é a existência ou não do texto escrito, mas da interpretação da norma geral do direito e seus limites.

Geralmente, como é o caso da ADI nº 4277 e das demais decisões em que se defende um ativismo judicial, como os casos da ADI nº 5105, onde o STF justifica o ativismo para proteção das condições de funcionamento do sistema democrático, e da ADI nº 5526, em que parte dos votos vencidos defenderam uma interpretação restritiva do texto constitucional para permitir a aplicação de medidas diversas da prisão a parlamentares eleitos, a discussão está sobre uma ponderação entre diferentes princípios previstos em artigos da constituição, priorizando uma interpretação da constituição considerando princípios gerais de direito como a

dignidade da pessoa humana, dos pressupostos democráticos e da moralidade pública.

O que significa dizer que há uma divergência sobre quais seriam as expectativas normativas que o sistema jurídico deveria manter, com o sistema jurídico priorizando as expectativas que se extraem de uma interpretação principiológica do texto constitucional quando a matéria trata de direitos fundamentais de grupos sociais ou das regras do processo democrático. Como o sistema jurídico não é isolado dos demais subsistemas sociais e está em constante comunicação com esses demais subsistemas, as demandas sociais surgidas nos mais diversos contextos, como o da pressão popular para o reconhecimento jurídico dos direitos ao casamento de pessoas do mesmo sexo e à união estável homoafetiva ou para a proteção das regras do processo democrático contra majorias que busquem corrompê-lo, são irritações ou ruídos que o sistema jurídico precisa resolver transformando em ordem e o faz utilizando-se dos meios disponíveis para fazê-lo.

Como o sistema jurídico busca transformar o ruído em ordem, da mesma forma que opera as irritações recebidas dos demais subsistemas e dá-lhes soluções jurídicas possíveis, o ruído surgido pela prática do ativismo judicial também é pacificada com a definição de parâmetros de controle da prática do ativismo e da confirmação da regra geral de autocontenção e da impossibilidade geral de criação normativa pelo Poder Judiciário, defendida pelas teorias jurídicas e pela prática do STF. O que significa dizer que o sistema jurídico é, em sua maior parte, contrário ao ativismo judicial ou autocontido nos limites estabelecidos pelo próprio sistema através da ordem necessária para a manutenção das expectativas normativas, mas permite, de maneira excepcional, o ativismo judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da política ou o ato de levar demandas sociais para a solução pelo Poder Judiciário que, no uso de seus instrumentos especializados de solução de controvérsias, passará a atuar em situação historicamente atípica é resultado de uma conjuntura de fatores que passam pelo aumento de complexidade da sociedade que passa a exigir das instituições políticas a apresentação de soluções cada vez mais frequentes, a medida onde a própria sociedade identifica e apresenta novos problemas a serem resolvidos, especialmente em matérias previstas em textos constitucionais, instrumento de reconhecimento de direitos e deveres fundamentais.

A insuficiência das instituições políticas e demais instâncias de solução de problemas sociais, especialmente ligados com políticas públicas, em um processo que pode ser descrito como crise institucional dos sistemas sociais acaba por transferir ao Poder Judiciário, munido de novos instrumentos para a solução de demandas constitucionais, o poder de decidir em razão dos novos valores elencados nos textos jurídicos que passam a servir de instrumentos normativos da condução da política pública e da atuação dos poderes constituídos.

Essa transferência de solução de problemas sociais para o Judiciário foi possibilitado pela criação ou renovação de instrumentos de controle de constitucionalidade com a redemocratização das nações da Europa ocidental no pós-segunda guerra e, mais recente, com o fim da união soviética em sociedades da antiga cortina de ferro, pautadas em um constitucionalismo que dá autoridade às cortes constitucionais para controlar a atuação dos poderes legislativo e executivo segundo os ditames constitucionais.

Processo semelhante aconteceu no Brasil, com a redemocratização e a edição da Constituição Federal de 1988 que, no mesmo modelo europeu, renovou os instrumentos de controle de constitucionalidade e ampliou os poderes do STF no controle da criação legislativa e da atuação do poder executivo, inclusive com a participação das minorias parlamentares de maneira em muito superior ao modelo europeu, incluindo a possibilidade de partidos com qualquer representação no parlamento ingressarem diretamente na corte, e a massificação da participação

social, com a inclusão da sociedade civil, através de representantes de classe, no controle de constitucionalidade.

Esse é o panorama jurídico que permitiu o surgimento do ativismo judicial ou a sua ampliação. A judicialização da política, embora surgida de uma série de fatores sociais e históricos, é apenas o meio pelo qual se pode chegar ao ativismo judicial. De fato, o aumento da submissão de demandas políticas para apreciação do Poder Judiciário aumenta a participação das cortes e tribunais na solução de controvérsias políticas, mas o seu exercício de controle de constitucionalidade ainda exige uma atuação eminentemente jurídica, com a utilização dos instrumentos decisórios próprios do que se pode chamar sistema jurídico. Ao tomar decisões jurídicas sobre questões políticas, o Poder Judiciário ainda assim está exercendo a sua atividade típica, afinal, o controle de constitucionalidade previsto no texto constitucional é o instrumento pelo qual se submete qualquer demanda política a essa forma de controle e, ao exercer essa competência constitucional, a corte atua dentro de seu papel constitucional.

O ativismo judicial difere dessa atuação ao se basear não no processo decisório de controle de constitucionalidade, mas na forma como se exerce tal controle, utilizando-se de convicções morais em uma concepção atualizada dos princípios e direitos constitucionais para a solução de problemas complexos submetidos a apreciação da corte. O ativismo judicial opera com uma vinculação entre o direito e a moral, enquanto cortes e tribunais, irredimidos com a insuficiência da prestação legislativa e executiva, substituem os poderes legislativo e executivo na formalização e reconhecimento dos direitos postulados observando apenas a interpretação que realizam do texto constitucional.

Isso significa dizer que quando não existir no direito vigente, aqui compreendido como o direito criado pelo Poder Legislativo ou previsto no texto constitucional, as cortes e tribunais exercem o seu papel de interpretativo de maneira extensiva e incluem ou reinterpretam o texto para fazer valer a sua visão corrente, segundo as convicções que possuem, do texto legal. No momento em que se retira a necessidade da discussão política ou da existência normativa para o reconhecimento de direito, retira-se da política o seu papel na criação do direito, retira-se do direito a sua característica de definidora dos limites de atuação política e

vincula-se o direito e a política a postulados morais que bastam serem reconhecidos pelas cortes para terem validade como instrumentos normativos de controle tanto do texto legal, inclusive a constituição, quanto da atividade política.

É nesse sentido que o STF atua em relação ao ativismo judicial ao estabelecer, nos fundamentos de suas decisões, a regra geral de atuação das cortes como da autocontenção dentro de uma lógica constitucionalista, que apenas nos casos de omissão legislativa, na defesa dos procedimentos democráticos e no reconhecimento dos direitos fundamentais de minorias sociais, autoriza uma atuação ativista, hipótese confirmada pelas diversas decisões trazidas que demonstram preocupação da corte com os limites de uma atuação pró-ativa, mas também com as insuficiências no cumprimento dos mandamentos constitucionais e levam a corte a incluir na legislação ou reinterpretar os princípios constitucionais para reconhecer direitos e tornar realidade esses mandamentos.

As distinções encontradas entre esses postulados teóricos e a relação sistêmica entre as diferentes descrições do sistema jurídico apontam uma maior complexidade do tema que precisam ser compreendidos para além da mera decisão judicial. Ao compreender que, em matéria de omissão legislativa, deve atuar no reconhecimento de direitos de grupos minoritários com base em princípios constitucionais, o STF acaba por colocar os postulados morais acima do direito e da política. Por mais necessários que o reconhecimento de direitos de parte da população marginalizada, como grupos sociais minoritários, seja uma premissa importante para a atuação política e social na atualidade, esse reconhecimento precisa passar pela discussão política e social para ganhar validade como elemento legal e passar a conduzir e delimitar a atuação dos poderes constituídos. Ao abandonar esse caminho e definir haver apenas a necessidade de reconhecimento jurídico dessas demandas, se retira da discussão política e da atividade política uma de suas principais características, passando a definir toda e qualquer questão social importante como um dilema jurídico a ser discutido nas cortes e tribunais, e não no parlamento e nas ruas.

Em uma abordagem sistêmica, embora a criação de instrumentos que aumentam os poderes do sistema jurídico sejam uma resposta à crise dos demais sistemas sociais, principalmente o sistema político, e uma crescente especialização

dos sistemas sociais, enquanto se transforma o sistema jurídico em um controlador especializado, com seu próprio código de operação daquilo que é ou não o direito, com a constituição funcionando como elo, ou acoplamento estrutural, entre os sistemas político e jurídico, o ativismo judicial surge como uma irritação sistêmica entre os dois sistemas e na ineficiência do sistema política em criar e definir as expectativas normativas que o sistema jurídico manterá com o seu funcionamento.

Como o sistema jurídico precisa agir ou decidir, a sua decisão passa a ser vista segundo a possibilidade de agir ou não de maneira ativista. Embora se possa considerar que o sistema jurídico será sempre ativista ao precisar agir, o próprio sistema jurídico é que deverá lidar com o problema do ativismo judicial e se definir em relação ele, podendo ignorar ou resistir a ele, ou justificar e confirmá-lo, sem que isso implique em afirmar que o sistema jurídico será sempre ativista. Pode-se dizer que o sistema jurídico será sempre ativista e não-ativista enquanto considerar o ativismo judicial como parte de seus programas e processos decisórios, mesmo que seja apenas para confirmar que não agirá de maneira ativista em um determinado momento ou que o ativismo judicial faz ou não parte de sua tradição jurídica.

A resistência ao ativismo judicial, tanto como autocontenção ou como constitucionalismo garantista, tem como fundamento a desvinculação do sistema jurídico dos postulados do sistema da moral e, como consequência desse fundamento, impede que cortes e tribunais utilizem desses postulados para decidir. Essa resistência, no entanto, como parte do pressuposto de negação do ativismo judicial só pode existir enquanto o ativismo judicial é considerado como parte do sistema jurídico. Por esse motivo, a resistência ao ativismo judicial pode ser um não-ativismo que, no sistema jurídico, pertence ao sistema jurídico tanto quanto o ativismo, enquanto ao decidir por não ser ativista se está atuando em favor de uma visão específica do direito em muito semelhante à maneira como o ativismo judicial busca justificar a si mesmo como uma leitura diferente do direito.

Nesse contexto, a autocontenção judicial funciona exatamente como o ativismo judicial na medida que estabelece o domínio da política sobre o direito para justificar uma posição de indecisão das cortes e transferir para a política o papel de resolução das controvérsias legais sem que se aponte em que momentos o direito deveria agir na solução dessas mesmas controvérsias. Do mesmo jeito que o

ativismo judicial é fruto da vinculação entre direito e moral, com tribunais utilizando-se de instrumentos jurídicos para julgar conforme postulados morais, os defensores da autocontenção defendem que a política e a visão política majoritária, no ambiente de deliberação política, deveriam ser os grandes resolvidores dos dilemas fundamentais da sociedade.

A comunicação das cortes, no caso da autocontenção, ao escolherem por não decidir estão fazendo o mesmo que as cortes que escolhem serem ativistas. A autocontenção é uma forma de ativismo judicial em que se decide por não ser ativista, adotando a posição política majoritária, enquanto o ativismo judicial é a escolha de decidir a favor da posição minoritária, submetida à mercê das vontades políticas da maioria. As duas formas de decidir são as mesmas com sinal trocado e não servem para resolver o problema que o próprio ativismo judicial cria ao estabelecer que cortes e tribunais podem tomar decisões com base em postulados do sistema da moral.

Observando o sistema jurídico de maneira geral, o ponto central do ativismo judicial gira em torno dos limites que o próprio sistema estabelece para o poder das cortes e tribunais decidirem sobre questões morais em detrimento daqueles que, representantes eleitos do povo, teriam a função institucional de resolver tais controvérsias. Nessa observação, o ativismo judicial se transforma em meio de equilíbrio dos poderes decisórios da corte, se definindo que cortes mais ou menos ativistas podem existir ao mesmo tempo, e ao longo do tempo. No caso específico do STF, a corte pode ser compreendida como ativista enquanto estabelece parâmetros de controle do próprio ativismo judicial, defendendo um ativismo moderado ou um ativismo atuante em casos-chaves de sua atividade jurisdicional.

No entanto, essa observação do ativismo judicial no sistema jurídico não é a mesma observação do ponto de vista constitucionalista sobre o ativismo judicial. Ao definir que os parâmetros de controle de constitucionalidade estão previstos no texto constitucional e que a sua interpretação está condicionada aos valores expressos no mesmo texto, sem implicar uma ampliação da capacidade interpretativa das cortes, mas uma limitação à mesma ao apontar que os valores ali expressos são a expressão de um tempo específico e cujos valores são ou não identificados no direito vigente, ou positivo, importando a insuficiência e incompletude do direito, o

constitucionalismo coloca nas cortes o papel de identificação das divergências entre o direito e a política, mas subordinando o segundo ao direito enquanto a constituição passa ser o grande instrumento de controle de toda a atividade legislativa.

O constitucionalismo garantista retira do direito a capacidade de ser ativista ao impor que cortes e tribunais devam aplicar o direito vigente no controle de constitucionalidade e, ao identificarem lacunas existentes entre a previsão normativa constitucional e a legislação editada pelo Poder Legislativo, não possibilita a atuação da corte em substituição ao legislador, devendo as lacunas apontadas serem solucionadas pelo próprio legislador dentro de suas competências e atribuições constitucionais.

No constitucionalismo garantista, o ativismo judicial não é apenas contrário ao direito como não pertence ao direito. O modelo do constitucionalismo que prevê como parte da sociedade uma multiplicidade de concepções morais, exige uma constituição escrita e rígida, além de instrumentos de controle de validade da norma constitucional, vai de encontro à lógica do ativismo e a subordinação da legislação, da atividade legislativa e da própria Constituição à leitura corrente de cortes sobre o que significam os princípios jurídicos previstos no texto legal ou a melhor maneira de interpretá-los em substituição ao legislador.

O constitucionalismo garantista, como teoria geral do direito, faz oposição as teorias jurídicas de base principiológica em seu eixo valorativo. Ao determinar que a autoridade legal é quem produz a lei, num retorno da lógica hobbesiana do *auctoritas non veritas facit legem*, a teoria do constitucionalismo garantista baseia-se em um modelo dinâmico do direito, para afirmar que o direito vigente é o direito positivo expresso em uma constituição escrita e rígida que serve de instrumento de controle da validade da criação legislativa a ela subordinada. Nessa lógica, determina que o direito vigente é o direito positivo e aquele que não é vigente, porque não existe, não é direito e assim distancia-se das teorias jurídicas principiológica que subordinam todo o direito aos princípios jurídicos, sem que haja a necessidade de sua positivação para poderem servir de instrumento de controle da lei positiva.

A base do ativismo judicial e a vinculação do direito e da moral, nas convicções dos juízes que decidem pela aplicação ou não de princípios jurídicos em

casos específicos, é totalmente contrária ao constitucionalismo garantista e sua definição de direito. A crítica às teorias principiológicas, como as formuladas por Alexy e sua conceituação da fórmula de Radbruch, tem como fundamento essa distinção teórica e valorativa do próprio direito. Assim, é possível dizer que no constitucionalismo garantista, o ativismo judicial não é direito ao dar as cortes a possibilidade de aplicar ou não a legislação, ou mesmo substituir o legislador, na medida em que se encontre ausência de prestação legislativa ou confronto entre princípios jurídicos positivados, ou não na constituição ou instrumento legal infraconstitucional.

A afirmação de que a atividade jurisdicional nem mesmo pode substituir o legislador nos casos de omissão legal, exigindo que as cortes apenas indiquem a omissão e determinem o preenchimento da lacuna pelo próprio legislador, é um reforço da posição do constitucionalismo garantista na defesa das competências constitucionais previstas para cada um dos poderes constituídos e essa subordinação com base na constituição é a essência da formulação teórica do direito como modelo normodinâmico e que dá ao Poder Legislativo, e a multiplicidade de valores apresentados nos debates políticos, a obrigação de suprimir tais lacunas nos processos democráticos.

O ponto-chave da divergência do constitucionalismo garantista e do ativismo judicial na atuação jurisdicional brasileiro é a impossibilidade de atuação de cortes e tribunais, substituindo o legislador, em casos de omissão. Enquanto o constitucionalismo impede essa substituição, as cortes a tratam como a principal exceção na atividade judiciária que permite o ativismo judicial e o justifica na impossibilidade de sociedade ver cumpridos os mandamentos constitucionais sem a atuação do judiciário em substituição ao legislador para fazer cumprir tais mandamentos.

Enquanto o sistema jurídico é obrigado a se comunicar, precisando escolher entre diferentes teorias do direito, sejam elas constitucionalistas garantistas ou principiológicas, ativistas ou não-ativistas, as teorias jurídicas não podem ser confundidas com o próprio sistema jurídico e não servem para apontar como o sistema funciona em comunicação com o seu exterior. Se assim fosse, as teorias de resistência ao ativismo judicial não poderiam ser vistas como novas teorias capazes

de resolver um problema identificado no próprio sistema. Essa abordagem teórica que vê o sistema jurídico e busca descrever a si mesmo é apresentada pelo próprio sistema jurídico como autodescrições do sistema.

Funcionando como autodescrições do sistema, as teorias jurídicas podem ler o sistema apontando os seus problemas e identificando os paradoxos de funcionamento do próprio sistema que permite e, ao mesmo tempo, não permite a utilização dos procedimentos teóricos formulados pela teoria ou, em uma visão tautológica, confirmar os procedimentos existentes como aqueles que seriam a melhor maneira do próprio sistema funcionar. A existência de múltiplas descrições teóricas e práticas do próprio sistema jurídico servem ao duplo objetivo de buscar descrever o sistema jurídico pelo próprio sistema e apontar qual a tradição jurídica de um determinado sistema, enquanto novas teorias entram em oposição às teorias tradicionais e clássicas, podendo ou não se transformar na maneira com que o próprio sistema descreve a si mesmo.

As definições do STF e do constitucionalismo garantista sobre o ativismo judicial são versões diferentes de descrição do próprio sistema jurídico, uma realizada pela prática jurídica e outra realizada pela teoria jurídica, que apontam em uma visão interna as diferentes formas com que o próprio sistema deveria funcionar e como ele funciona no exercício comunicativo que é a decisão judicial. Ao mesmo tempo em que o constitucionalismo garantista aponta a falhas de teorias de base principiológicas com base em um modelo normodinâmico, uma teoria constitucional com base em princípios é utilizada pelas cortes de justiça para fundamentar suas decisões. Nesse processo, as diferentes interpretações sobre como o sistema jurídico deveria funcionar e o seu próprio funcionamento servem como propostas de descrição do próprio sistema que dão as bases ou instrumentos para o próprio sistema definir a forma como realizará toda a sua produção de comunicação.

Essas diferentes versões de descrição do próprio sistema permitem que se diga que o sistema jurídico é ativista e não-ativista. Também é nessa abordagem, com múltiplas descrições do sistema jurídico, que se permite afirmar que a atividade jurisdicional do STF, com base no constitucionalismo garantista, é ativista e que o sistema jurídico, como descrito pelo próprio STF, é resistente ao ativismo judicial, permitindo um ativismo judicial apenas em casos específicos em que exista a

omissão legislativa, a falta do cumprimento dos mandamentos constitucionais por parte do executivo ou na defesa dos princípios democráticos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009. 166 p. Organizado por Ernesto Garzón Valdés, Hartmut Kliemt, Lothar Kuhlen e Ruth Zimmerling. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Tradução de Vírgilo Afonso da Silva.

BARROSO, Luís Roberto. **Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: the roles of constitutional tribunals in contemporary democracies**. Revista Direito e Práxis, [S.L.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out. 2018. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEDÊ Jr, Américo. **Constitucionalismo sob a ditadura de 64 a 85**. Revista de Informação Legislativa. Ano 50, n. 197, jan./mar. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p161.pdf às 21:55 do dia 25/06/20.

BÔAS FILHO, Orlando V. **A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 105, jan./dez., 2010, pp. 561-593.

BRASIL (Estado). **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Coleção de Leis do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 11 out. 1890. p. 2744-1744. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL (Estado). Constituição (1988). Constituição Federal nº CF/1988, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de setembro de 2015. Brasília, . Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13947201>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 32033**. Impetrante: Rodrigo Sobral Rollemberg. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 24 de abril de

2013. Diário Oficial da União. Brasília, 29 abr. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=135937295&ext=.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 2**. Requerente: Associação dos Defensores Públicos da União - ADPU. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 15 de abril de 2020. Diário Oficial da União. Brasília, 30 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=752545388>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5062**. Requerente: ABRAMUS - Associação Brasileira de Música e Artes. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 27 de outubro de 2016. Diário Oficial da União. Brasília, 21 jun. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13065371>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105**. Requerente: Solidariedade. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 01 de outubro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 22**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 22 de abril de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 03 ago. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9016175>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578**. Requerente: Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012. Diário Oficial da União. Brasília, 29 jun. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2257978>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012. Diário Oficial da União. Brasília, 29 jun. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=2243411>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29**. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012. Diário Oficial da União. Brasília, 29 jun. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal nº 937**. Autor: Ministério Público. Réu: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 03 de maio de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 11 dez. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=748842078>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33729**. Impetrante: Presidente da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização da Câmara dos Deputados. Impetrado: Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 13 de agosto de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 18 ago. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307454013&ext=.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5946**. Agravante: Universidade Estadual de Roraima - UERR. Agravada: Governadora do Estado de Roraima. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 30 de junho de 2020. Diário Oficial da União. Brasília, 03 jul. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343644429&ext=.pdf>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4177**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Diário Oficial da União. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Diário Oficial da União. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5526**. Requerente: Partido Progressista - PP e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 11 de outubro de 2017. Diário Oficial da União. Brasília, 07 ago. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=747870228>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRUBAKER, Stanley. **Reconsidering Dworkin's Case for Judicial Activism. The Journal of Politics**. Vol. 46, n. 2, p. 503-519. 1984. Encontrado em: <http://www.jstor.org/stable/2130972> às 16:15 do dia 18, jun, 2016.

CADEMARTORI, Sérgio; STRAPAZZON, Carlos. **Sistema Garantista e protagonismo judicial**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Leno Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da; COPETTI NETO, Alfredo;

STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; CADEMARTORI, Sérgio. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com luigi ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Edição de Luigi Ferrajoli, Lênio Streck e André Karam Trindade.

CARVALHO, Ernani. **Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização**. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 23, p. 176-207, Apr. 2010. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222010000100007&lng=en&nrm=iso>. access on 24 June 2020. <https://doi.org/10.1590/S1517-45222010000100007>.

CATTERALL, Ralph. **Judicial Self-Restraint: The Obligation of the Judiciary**. *American Bar Association Journal*, vol. 42, n. 9, pp. 829-833, 1956. JSTOR: www.jstor.org/stable/25719744. Acesso em: 6 ago 2021.

CORDERO, Rodrigo. **The Negative Dialectics of Law: luhmann and the sociology of juridical concepts**. *Social & Legal Studies*, [S.L.], v. 29, n. 1, p. 3-18, 7 jan. 2019. SAGE Publications. <http://dx.doi.org/10.1177/0964663918819173>.

COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra; SIEDER, Rachel. **Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America**. *Cambridge Studies in law and society*, New York. 2010.

DETERMANN, Lothar; HEINTZEN, Markus. **Constitutional Review of Statutes in Germany and the United States Compared**. *Legal Studies Research Papers Series*, n. 299. UC Hastings College of Law. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3228016, acessado em 26 de jun 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John H. **Democracy and Distrust**. 1ª edição. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Leno Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Morais da; COPETTI NETO, Alfredo; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; CADEMARTORI, Sérgio. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com luigi ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Edição de Luigi Ferrajoli, Lênio Streck e André Karam Trindade.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Madrid: Editorial Trotta, 2014. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Editorial Trotta, 2018. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez.

FREYER, Tony. **The Supreme Court and Progressivism: Bickel and Schmidt's History of the Supreme Court**. American Bar Foundation Research Journal, vol. 12, n. 4, pp. 817-834, 1987. DOI:10.1111/j.1747-4469.1987.tb00560.x

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Alexander Bickel e a metáfora do Judiciário como o mais fraco dos poderes**. 2014. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-03/embargos-culturais-alexander-bickel-metaphora-judiciario-fraco-poderes>. Acesso em: 04 ago. 2021.

GREEN, Craig. **An Intellectual History of Judicial Activism**. Bepress, 2008. Encontrado em: https://works.bepress.com/roger_craig_green/1/ às 16:10 do dia 18, jun, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Traduzido por William Rehg. MIT Press, Cambridge, Massachusetts. 1996.

HIRSCHL, Ran. **The Judicialization of Politics**. The Oxford Handbook of Political Science, p. 1-23. 2011. DOI: 0.1093/oxfordhb/9780199604456.013.0013.

KMIEC, Keenan D. **The origin of and current meaning of “Judicial Activism”**. California Law Review, Vol. 92, No. 5, pp. 1441-1477. Oct. 2004.

KOPANYSHYN, Emanuele; MARTINS, Thaís Cavalcante. **Reforma da previdência e judicialização: o controle de constitucionalidade como estratégia política**. In: Revive – Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v.3, n.2, p. 310-330, jun./dez.2018. ISSN 2525-8036.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. **The Scientific Study of Judicial Activism**. U of Texas Law, Law and Econ Research Paper No. 93, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Oxford: Oxford University Press, 2004. Tradução de Klaus A. Ziegert.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Tradução de Saulo Krieger.

LUHMANN, Niklas; FUCHS, Stephan. **Tautology and Paradox in the Self-Descriptions of Modern Society**. American Sociological Association. Sociological Theory, Vol. 6, No. 1, Spring, 1988, pp. 21-37. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/201911>. Acesso em: 27 jun 2016.

LUHMANN, Niklas; FUCHS, Stephan. **Tautology and Paradox in the Self-Descriptions of Modern Society**. American Sociological Association. Sociological Theory, Vol. 6, No. 1, Spring, 1988, pp. 21-37. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/201911>. Acesso em: 27 jun 2016.

MAZMANYA, Armen. **Judicialization of politics: The post-soviet way**. International Journal of Constitutional Law, Vol. 13, Issue 1, Janeiro, 2015, p. 200–218.

MCKEEVER, Robert J. **The fall and rise of judicial activism in the United States: The case of justice William O. Douglas**. The Journal of Legal History, 11:3, 437-446, DOI: 10.1080/01440369008531015, 1990.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33ª edição revista e atualizada até a EC n. 95 de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

MORETTI, Deborah; COSTA, Yvete. **A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, vol. 17, nº 1, pg. 11-134, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5662352>. Acesso em: 11 mar 2021.

NOBLES, Richard; SCHIFF, David. **Introduction**. In: LUHMANN, Niklas. Law as a Social System. New York: Oxford University Press, 2004. p. 1-52. Tradução de Klaus A. Ziegert.

PECH, Laurent. **Government by Judiciary and Judicial Self-Restraint in France and in the Us**. "Le remède au gouvernement des juges: Le judicial self-restraint?" in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir), Gouvernement des juges et démocratie, Paris, Presses universitaires de la Sorbonne, 2001, p. 63-113, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=929107>. Acesso: 22 mar 2021 às 10:53.

POSNER, Richard. **The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint**. California Law Review, Vol. 100, n. 3, junho, 2012, p. 519-556.

RIBEIRO, Diógenes. **A Constituição Federal e a Ascensão do Supremo Tribunal Federal: Os tribunais no sistema jurídico**. Revista da AJURIS; Porto Alegre, v. 46, n. 147, p. 95-127, dez, 2019.

RIBEIRO, Diógenes. **Judicialização e Desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário**. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 199, p. 25-33, jul./set., 2013.

RODRIGUEZ, José R. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. 1ª edição. Editora FGV: Rio de Janeiro, 2013.

SALIM, Jacqueline; SILVA, Juvêncio. **Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do**

Judiciário. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito; São Leopoldo Vol. 8, Ed. 1, (Jan-Apr 2016): 94-107.

SCHWARTZ, Germano; RIBEIRO, Douglas. **Teoria dos Sistemas Autopoieticos e Constituição: Luhmann e o Supremo Tribunal Federal.** Revista da Faculdade de Direito da Ufg, [S.L.], v. 41, n. 3, p. 206, 28 dez. 2017. Universidade Federal de Goiás. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v41i3.43066>.

SILVA, Aline; SANCHEZ, Cláudio. **Análise crítica da atuação pró-ativa do Poder Judiciário no Brasil.** ETIC – Encontro de Iniciação Científica, v. 11, n. 11, 2015. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4922>. Acesso em: 11 mar 2021.

SMITHEY, Shannon I.; ISHIYAMA, John. **Judicial Activism in Post-Communist Politics.** Law & Society Review, Vol. 36, n. 4, p. 719-742. 2002. Encontrado em: <http://www.jstor.org/stable/1512169> às 22:09 do dia 08, jan, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61.

STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo não é o guardião da moral da nação.** 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>. Acesso em: 01 mar. 2021.

SUNKIN, Maurice. **Judicialization of Politics in the United Kingdom.** International Political Science Review, Vol. 15, n. 2, 1994, p. 125-133.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America. Edited by Eduardo Nolla. Translated from the French by James T. Schleifer, Vol. 1.** Liberty Fund, Indianapolis. 2012.

THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann and the sociology of the constitution.** Journal Of Classical Sociology, Reino Unido, v. 10, n. 4, p. 315-337, 26 nov. 2010.

VALLINDER, Torbjörn. **The Judicialization of Politics. A World-Wide Phenomenom: Introduction.** International Political Science Review. Vol. 15, n. 2, p. 91-99, 1994. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1601557>. Acesso em: 16 jun 2014 às 06:20.

YUNG, Corey. **Flexing Judicial Muscle: An Empirical study of Judicial Activism in the Federal Courts.** Northwestern University Law Review. Vol. 105, n. 1. 2011.

ANEXO A – Solicitação de Acesso à Informação junto ao STF

01/10/2021 09:49

Gmail - Notificação - Sua solicitação (26608 - Acesso à informação - SPR) foi concluída.



Pedro Ramos Lima <prl.pedrolima@gmail.com>

Notificação - Sua solicitação (26608 - Acesso à informação - SPR) foi concluída.

1 mensagem

stfcidadao@milldesk.com <stfcidadao@milldesk.com>

27 de maio de 2021 23:41

Responder a: stfcidadao+0+c69235f1a51784b5d69defbf94df721e@router.milldesk.com

Para: prl.pedrolima@gmail.com

Olá, Pedro Ramos Lima!

A sua solicitação 26608 - Acesso à informação - SPR foi concluída!

Segue resposta:

Obrigado por entrar em contato conosco. Eis a resposta Secretaria de Gestão de Precedentes à sua mensagem.

"É oferecido o serviço de pesquisa de jurisprudência, acessível para os usuários externos pelo link a seguir:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisajurisprudenciaexterno.asp> ;

é importante, ainda, destacar que a base de jurisprudência do Tribunal conta com julgados selecionados (não é exaustiva, como explico melhor abaixo).

Observe que o banco de jurisprudência:

- a) contém apenas acórdãos e decisões publicados, razão pela qual não é viável, através dele, pesquisar processos pendentes;
- b) não possui a funcionalidade de filtragem dos documentos de acordo com o sentido das decisões; é necessário analisar cada item para verificar o sentido do julgamento;
- c) contém apenas decisões monocráticas selecionadas, o que significa que não é exaustivo quanto a esse tipo de documento;
- d) agrupa acórdãos e decisões monocráticas de teor semelhante, de modo que apenas um deles possua registro autônomo e os demais recebem tão-somente uma breve menção secundária."

Aproveitamos a oportunidade para sugerir que você conheça o serviço de "Acesso à informação: transparência ativa" para obter, no site do STF, informações de interesse público sobre o Tribunal, divulgadas de forma proativa. As informações detalhadas sobre o serviço estão disponíveis na Carta de Serviços ao Cidadão do STF (<http://portal.stf.jus.br/cartadeservicos>).

Se precisar de mais alguma informação, preencha o formulário disponível no endereço <http://portal.stf.jus.br/centraldocidadao>.

Atenciosamente,

Central do Cidadão

ACESSE A CARTA DE SERVIÇOS AO CIDADÃO DO STF: <http://portal.stf.jus.br/cartadeservicos>

Agora é com você! Melhore os serviços oferecidos pela Central do Cidadão. Responda nossa pesquisa de satisfação. São perguntas rápidas e objetivas: stfcidadao.milldesk.com. Utilize login e senha para acompanhar suas demandas e realizar a pesquisa de satisfação.

Atenciosamente



ANEXO B – Tabelas com o resultado da pesquisa na jurisprudência do STF

TABELA DE DECISÕES COLEGIADAS DO STF COM AS PALAVRAS CHAVE "ATIVISMO" E "JUDICIAL"				
TIPO DE AÇÃO	Nº	RELATOR	ANO	MENÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL
ADO	22	CÁRMEN LÚCIA	2015	Defesa da Autocontenção. "Haver situação que clame por autocontenção judicial".
ADO	2	LUIZ FUX	2020	Defesa da Autocontenção. "A situação sob exame clama por autocontenção judicial"
ADI	5062	LUIZ FUX	2016	Uso dos parâmetros da "autorrestrrição estrutural" da doutrina de Carlos Alexandre de Azevedo Campos
ADI	5105	LUIZ FUX	2015	"O Poder Judiciário deve atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia" e "aqui, o ativismo não opera contra a democracia, mas a seu favor".
AgR Rcl	24965	MARCO AURÉLIO	2017	"O Poder Judiciário atuou como legislador positivo, concedendo aumento de vencimento com base na isonomia. Por essa razão, penso que a decisão reclamada viola a Súmula Vinculante nº 37".
ADI	5526	EDSON FACHIN	2017	Defesa a possibilidade de ativismo, defende que a sociedade clama por integridade e que não se pode ter um projeto de país fundado na desonestidade. Tese derrotada.
RE	888815	ROBERTO BARROSO	2018	Defesa do ativismo em caso de vácuo, mas defesa da postura do ativismo para negar o estudo domiciliar
ADI	4650	LUIZ FUX	2015	Captura do processo político pelo poder econômico; "postura particularista, no exercício do judicial review" para "corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo".
RE	958252	LUIZ FUX	2018	"Embate entre o teor da lei e a recusa de sua aplicação por parte de um tribunal superior, o que soa como ativismo judicial", fundamento para rejeitar a decisão das cortes superiores do trabalho.
ADI	4277	AYRES BRITTO	2011	Ativismo em caso de lacuna legal; "seria melhor o Congresso encaminhar esse tema"; "Não há nenhuma dúvida que o tribunal está assumindo um papel ativo, ainda que

				provisoriamente”.
ADPF	132	AYRES BRITTO	2011	REDUNDANTE. ADI 4277.
ADI	4578	LUIZ FUX	2012	Constitucionalidade Lei Ficha Limpa, anseio da população, impossibilidade da interpretação extensiva da presunção de inocência
ADI	30	LUIZ FUX	2012	REDUNDANTE. ADI 4578.
ADC	29	LUIZ FUX	2012	REDUNDANTE. ADI 4578.
ADPF	324	ROBERTO BARROSO	2018	REDUNDANTE. RE 958252.
AP	937	ROBERTO BARROSO	2018	Crítica ao “ativismo exarcebado” e defesa uma posição de “moderação” do STF.

TABELA DE DECISÕES MONOCRÁTICAS DO STF COM AS PALAVRAS CHAVE "ATIVISMO" E "JUDICIAL"

TIPO DE AÇÃO	Nº	RELATOR	ANO	FUNDAMENTO
ARE	1165829	Gilmar Mendes	2018	Mantida decisão do TJ-SE que defende posição “pró-ativa” que denomina ativismo judicial.
ARE	1175295	Edson Fachin	2019	Negou provimento a decisão com base em súmula do STF, impossibilidade de atuação da corte no caso em análise, adstrita ao âmbito infraconstitucional
ARE	646366	Ricardo Lewandowski	2011	Produção de prova ex officio – possibilidade de postura pro ativa do julgador na atividade instrutória do processo.
ARE	983119	Celso de Mello	2016	É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, supremacia da dignidade humana que legitima intervenção judicial.
ARE	1177823	Gilmar Mendes	2018	Sem que haja prova que foi preterido na prioridade nas filas do SUS ou vaga em UTI imotivada, não há possibilidade em intervenção judicial para assegurar vaga, sob pena de atuação não igualitária e substituição do administrador público.
RE	636549	Cármem Lúcia	2013	Mera decisão procedimental para aguardar a resolução do mérito. Ativismo judicial mencionado na decisão recorrida.
Rcl	42000	Marco Aurélio	2020	Inadequação da reclamação, mera decisão procedimental. Ativismo judicial na petição da reclamação.
Rcl	44777	Marco Aurélio	2020	Redundante Rcl 42000
Rcl	43985	Marco Aurélio	2020	Redundante Rcl 42000
Rcl	43984	Marco Aurélio	2020	Redundante Rcl 42000
Rcl	44785	Marco Aurélio	2020	Redundante Rcl 42000

ARE	1066016	Gilmar Mendes	2017	Possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais.
ARE	1157715	Roberto Barroso	2018	Possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais.
ARE	1036936	Dias Toffoli	2017	Impossibilidade do reexame probatório. Ementa do TJ-RJ desfavorável ao ativismo.
RE	1250896	Alexandre de Moraes	2020	Impossibilidade do reexame probatório. Ementa do TJ-MA desfavorável ao ativismo.
RE	1171643	Edson Fachin	2019	Possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais.
ARE	937655	Roberto Barroso	2016	Possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais.
RE	1049519	Edson Fachin	2017	Impossibilidade do reexame probatório. Ementa do TJ-DF desfavorável ao ativismo.
Pet	5757	Cármem Lúcia	2015	Caso de “erro grosseiro”, impossibilidade de atuação do judiciário.
MS	35502	Roberto Barroso	2018	Menção a ativismo na petição do mandado. Julgamento procedimental de ilegitimidade ativa e de incompetência do STF
RE	1062597	Ricardo Lewandowski	2017	Impossibilidade do reexame de legislação infraconstitucional, Súmula 280/STF. Ementa do TJ-MG favorável ao ativismo.
ARE	964206	Cármem Lúcia	2016	Impossibilidade do reexame de legislação infraconstitucional, Decisão do STJ com base em jurisprudência do STF. Menção a ativismo na petição de agravo
AI	767681	Cármem Lúcia	2010	Menção a ativismo em decisão do TJ-GO agravada. Menção a jurisprudência da corte que impede gerência do Poder Judiciário sobre decisão orçamentária do Poder Executivo. Submissão a repercussão geral.
HC	151559	Ricardo Lewandowski	2018	Referência a ativismo judicial na decisão do STM que cassou sentença de juiz ordinário. STF se limite a cumprir jurisprudência da corte.

ARE	1170694	Celso de Mello	2018	Possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais.
RE	1296154	Marco Aurélio	2020	Decisão meramente procedimental. Controvérsia não se enquadra no Art. 102 da CF e não pode o STF interpretar normas estritamente legais.
AI	858067	Cármem Lúcia	2013	Decisão meramente procedimental. Decisão agravada da Turma Recursal do Paraná faz menção desfavorável ao ativismo.
RE	1068528	Alexandre de Moraes	2018	Negou provimento a decisão que buscava reverter acórdão do TJ-MG que impediu acúmulo de aposentadorias com base na CF. Jurisprudência da corte como fundamentos de decisão. Menção desfavorável a ativismo no acórdão do TJ-MG.
Rcl	30169	Celso de Mello	2018	Referência a ativismo judicial no corpo da petição de reclamação. Fundamentação com base em doutrina e jurisprudência sobre a veracidade das informações prestadas pela autoridade pública.
ARE	834786	Cármem Lúcia	2014	Impossibilidade do Poder Judiciário, por ausência de competência legislativa, de aumentar vencimentos com base na isonomia. Aplicação da Súmula 339 do STF.
ARE	1145481	Ricardo Lewandowski	2018	Impossibilidade do reexame de provas e fatos. Menção a ativismo judicial na ementa da decisão agravada. Jurisprudência do STF que autoriza, excepcionalmente, a determinação de atos da Administração Pública para efetivação de direitos constitucionalmente previstos.
ARE	721003	Cármem Lúcia	2013	Menção a ativismo na sentença mantida por seus fundamentos por colegio recursal. Decisão da Ministra afirmando que há mora legislativa na regulamentação de inciso do Artigo 40 da CF. Embora menção de ativismo, a decisão tem como base fundamento constitucional, não é favorável, nem desfavorável.
AC	3748	Carmen Lúcia	2014	Decisão meramente procedimental. Não existe justificativa para superar precedente da corte que impede atribuição de efeito suspensivo a agravo de recurso extraordinário.
MS	36649	Gilmar Mendes	2019	Mandado de segurança de senador contra presidente da mesa diretora do Senado que não instauração CPI da "lava-toga". Menção a ativismo na justificativa para abertura da CPI. Decisão apontando a impossibilidade constitucional da instauração da CPI e impossibilidade legal, em regimento do Senado, para instauração da CPI.
Pet	5763	Dias Toffoli	2015	Sem menção a ativismo judicial, apenas "ativismo". Decisão procedimental de ilegitimidade ativa de ente de classe para defender honra de associados.

ARE	1065384	Luiz Fux	2017	Menção a ativismo nas razões recursais de recurso extraordinário inadmitido. Agravo julgado improcedente. Ministro afirma que não há condições de admissibilidade do recurso com base em súmulas, mas também afirma a legitimidade da execução provisória da pena após condenação em 2ª instância.
Rcl	26310	Ricardo Lewandowski	2017	Menção a “construção judicial” para aplicação de índice de 13,23% para atualização de vencimento de servidores públicos. STF contra decisão que decidiu pela aplicação do índice, reforço da súmula que veda ao judiciário correção
HC	177853	Luiz Fux	2019	Decisão meramente procedimental sobre a inviabilidade da concessão de Habeas Corpus preventivo para o caso
Rcl MC	25959	Rosa Weber	2017	Concessão do pedido limitar de suspensão dos efeitos da decisão sem apreciação do mérito.
ARE	1066618	Luiz Fux	2017	Discussão sobre inadmissão de Recurso Extraordinário. Fundamentação com base nas ADC 43 e 44 a favor da execução provisória da pena “porquanto se busca garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados”
Rcl	27591	Roberto Barroso	2017	Revisão de vencimentos de servidores públicos em órgãos fracionários da justiça. Impossibilidade de revisão pelo judiciário, aplicação da Súmula Vinculante 37.
Rcl	25461	Marco Aurélio	2017	Decisão procedimental, contrária às outras decisões sobre o tema e agravada sendo vencida. Argumento do juízo recorrido com base em lei e não em princípio.
ARE	1302829	Marco Aurélio	2021	Menção a ativismo na petição do agravo. Decisão do ministro meramente procedimental, não havendo na decisão recorrida repercussão geral ou questão de matéria afeita ao Supremo Tribunal Federal.
AgR-ED Rcl	21242	Rosa Weber	2018	Menção a ativismo na petição da reclamação, sem ligação com ativismo judicial. Decisão meramente procedimental reafirmação decisão já julgada em outras decisões, inclusive colegiadas.
Rcl MC	24965	Marco Aurélio	2017	Ligação com a Rcl 25461. Negou provimento porque o argumento para aplicação do reajuste tinha com base, no juízo recorrido, artigo de lei e não o princípio da isonomia. Decisão que já foi revista por turma do STF.
SL MC	1411	Luiz Fux	2021	Menção a ativismo judicial na petição de suspensão de liminar. Decisão que necessitaria de análise do mérito, julgado improcedente. Afirmção do Ministro favorável à decisão recorrida e menção a “risco inverso”.
AgR ADI MC	5946	Gilmar Mendes	2020	Revisão de decisão liminar que julgou inconstitucional emenda constitucional do Estado de Roraima que deu autonomia financeira e patrimonial a universidade estadual em oposição ao art. 207 da CF. Revisão para retirar efeito suspenso a parágrafo e permitir

				o recebimento de duodécimos pela Universidade apesar da inconstitucionalidade da Emenda.
Rcl	24966	Dias Toffoli	2017	Revisão de vencimentos de servidores públicos em órgãos fracionários da justiça. Impossibilidade de revisão pelo judiciário, aplicação da Súmula Vinculante 37.
ARE	1279981	Cármem Lúcia	2020	Menção a “ativismo judicial” na decisão recorrida. Decisão recorrida contrária ao ativismo. Decisão da Ministra meramente procedimental sobre a inadmissão do agravo, mas apontamento de fundamentos de mérito da decisão recorrida com base em jurisprudência da corte.
ADI MC	32033	Gilmar Mendes	2013	Menção a ativismo judicial na decisão do Ministro relator, que aceitou o mandado de segurança de forma excepcional pela conveniência do Ministro e afirmou legitimidade do pedido com base em ADI que criou o entendimento da fidelidade partidária.
ADI MC	6327	Edson Fachin	2020	Menção a ativismo na decisão do Ministro relator. Construção jurídica para modificar o termo inicial da licença-maternidade para a alta hospitalar da mãe ou recém-nascido, o que vier por último, sem previsão legal. Matéria ainda em discussão pelo Congresso e julgada com base em lacuna legal ou omissão legislativa.
Rcl	38492	Rosa Weber	2020	Decisão meramente procedimental, embora a decisão recorrida do TJ-MA seja totalmente ativista, dando “interpretação sistemática” para incluir pessoa como dependente mesmo que a lei essa expressa quanto à impossibilidade.
MS MC	33729	Roberto Barroso	2015	Decisão sobre matéria constitucional sobre votação das contas anuais do presidente. Previsão constitucional e do regimento comum do Congresso não respeitada, historicamente, pelo Congresso. Citação a ativismo no corpo da fundamentação em referência de julgamentos semelhantes, embora seja favorável à tese do ativismo, a decisão tem como base o constitucionalismo e não a interpretação do julgador de princípios constitucionais.
Rcl MC	24760	Roberto Barroso	2016	Sem referência a ativismo judicial diretamente, mas decisão contra um “ativismo antiliberal” do Poder Judiciário que “precisa ser contido”.
Rcl MC	22328	Roberto Barroso	2015	Sem referência a ativismo judicial diretamente, mas decisão contra um “ativismo antiliberal” do Poder Judiciário que “precisa ser contido”.
ADPF MC	323	Gilmar Mendes	2016	TST aplicava princípio da ultratividade em “aplicação casuística”, contra a “segurança jurídica” e para favorecer “grupo específico”
Rcl	21242	Rosa Weber	2018	Decisão meramente procedimental. Sem referência a ativismo judicial.