

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

RENAN SCAPINELE DERÓBIO

**AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL REVISITADA: INSTRUMENTO MODERADOR  
ENTRE OS OBJETIVOS ESTATAIS E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

MARÍLIA

2021

RENAN SCAPINELE DERÓBIO

**AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL REVISITADA: INSTRUMENTO MODERADOR  
ENTRE OS OBJETIVOS ESTATAIS E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília, como requisito parcial para obtenção título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Rafael José Nadim de Lazari.

MARÍLIA

2021

Deróbio, Renan Scapinele

Autoconção Judicial Revisitada: instrumento moderador entre os objetivos estatais e a legitimidade democrática / Renan Scapinele Deróbio – Marília: UNIMAR, 2021.

113f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais) – Universidade de Marília, Marília, 2021.

Orientação: Prof. Dr. Rafael José Nadim de Lazari

1. Ativismo Judicial 2. Autoconção Judicial 3. Legitimidade Democrática 4. Self-restraint I. Deróbio, Renan Scapinele

CDD – 341.67

RENAN SCAPINELE DERÓBIO

**AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL REVISITADA: INSTRUMENTO MODERADOR  
ENTRE OS OBJETIVOS ESTATAIS E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília, como requisito parcial para obtenção título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Rafael José Nadim de Lazari.

Membros da Banca Examinadora:

---

Prof. Dra. Bruna Pinotti Garcia Oliveira

---

Prof. Dr. Emerson Ademir Borges de Oliveira

---

Prof. Dr. Rafael José Nadim de Lazari

Orientador

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, à minha mãe, Sonia Scapinele, que, com muito carinho e prontidão, sempre me apoiou em todas as escolhas tomadas até aqui, e não mediu esforços para me incentivar na trajetória acadêmica.

Ao meu pai, Osmar da Sillva Deróbio, por não ter poupado esforços nesse mesmo sentido.

À minha querida companheira, Larissa Voleck Lopes, que, com muito donaire e compreensão, forneceu-me apoio, sem o qual os caminhos trilhados seriam mais tortuosos.

Aos amigos que me acompanharam nessa jornada e que aceitaram, ainda que tacitamente, a árdua tarefa de me escutar sobre teorias da interpretação do direito.

Sem dúvida, ao Prof. Dr. Rafael José Nadim de Lazari, deixo registrada minha enorme gratidão por todos os ensinamentos compartilhados desde a minha orientação na graduação nesta Universidade, sempre com muita presteza e acolhimento. Seu vasto conhecimento e a humildade com a qual o difunde, são incentivos eternos àqueles que são (e foram), seus alunos.

A todos que de alguma forma participaram desta conquista.

“Uma coisa é necessário ter: um espírito leve por natureza ou um espírito tornado leve pela arte e pela ciência”. **Friedrich Nietzsche (1877)**.

## AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL REVISITADA: INSTRUMENTO MODERADOR ENTRE OS OBJETIVOS ESTATAIS E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo precípua compreender a autocontenção judicial e os traços que a definem, evidenciando a possibilidade de aplicá-la no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento conciliador entre os objetivos estatais e a legitimidade democrática. Para tanto, fez-se necessário buscar no constitucionalismo quais foram as posições tomadas pelo Poder Judiciário e a extensão de sua atuação nos desdobramentos históricos internacionais e nacionais, assim como essas alterações foram responsáveis para que a maioria dos problemas sociais desaguasse no Poder Judiciário. Outrossim, expõe-se a definição de ativismo judicial como limite definidor da autocontenção judicial, de modo a fornecer elementos distintivos de cada instituto, sem impedir a análise individualizada da autocontenção, em adaptação à realidade jurídica brasileira. Conclui-se de todo o estudo que a autocontenção, enquanto definida como sendo a atuação judicial em respeito aos limites formais e materiais impostos pelas normas constitucionais, mostra-se como instrumento hábil para moderar os objetivos estatais e a legitimidade democrática, assim como impede os resultados perniciosos advindos do ativismo judicial, tais como, insegurança jurídica, efeito *backlash* e instabilidade econômica. Ainda assim, evidencia-se como forte mecanismo para impulsionar o debate democrático e a fiscalização popular sobre as funções de representação popular (Executivo e Legislativo).

**Palavras-chave:** Autocontenção judicial. *Self-restraint*. Legitimidade democrática. *Backlash*. Ativismo Judicial.

## **REVISITED JUDICIAL SELF-RESTRAINT: MODERATOR INSTRUMENT BETWEEN STATE OBJECTIVES AND DEMOCRATIC LEGITIMACY**

**ABSTRACT:** The present work has as central objective to comprehend the judicial self-restraint and the characteristics that define it, demonstrating the possibility of its application in the Brazilian legal order as conciliator mechanism between state objectives and democratic legitimacy. For this purpose, it became necessary to seek in constitutionalism which were the positions taken by the Judiciary and its actuation extension on the international and national historical developments, just as this events were responsible for the most part of social problems remains to Judiciary. Likewise, exposes the judicial activism definition as defining limit of judicial self-restraint, in order to provide distinctive elements of each institute, without impeding the individual analysis of each one, adapting to the Brazilian legal reality. It is concluded from the study that the self-restraint while defined as judicial action in respect of the formal and material limits imposed by the constitutional standards, shows as skillful instrument to moderate the state objectives and the legitimated democratic, as well preventing pernicious results from judicial activism, such as the legal uncertainty, the backlash effect and the economic instability. Equally, (the judicial self-restraint) it becomes evident as a solid mechanism to boost the democratic debate and popular inspection in representative functions (Executive and Legislative).

**Key words:** Self-restraint. Democratic legitimacy. Backlash. Judicial activism.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 O CONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PELO MUNDO</b> .....	14
1.1 A HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....	20
<b>1.1.1 Constituição de 1988 e a Jurisdição Constitucional</b> .....	26
1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....	28
1.3 A JUDICIALIZAÇÃO BRASILEIRA: COMO TODOS OS PROBLEMAS SÃO FEITOS PARA TERMINAR NO JUDICIÁRIO .....	35
<b>2 ATIVISMO JUDICIAL E BREVES NOTAS DA SUA OCORRÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	42
2.1 PONTOS ACERCA DO ATIVISMO .....	50
2.2 ATIVISMO JUDICIAL COMO RESULTADO DA COMPREENSÃO DE EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	52
2.3 O ATIVISMO E OS PROBLEMAS DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.....	57
<b>3 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL REVISITADA</b> .....	63
3.1 OS CONTORNOS DEFINIDORES À LUZ DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	69
3.2 OS PRECEITOS ABSTRATOS E O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO .....	76
3.3 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E O ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO: COMO SE AUTOCONTER SE É NECESSÁRIO SER ATIVO?.....	83
3.4 AUTOCONTENÇÃO COMO MECANISMO DE IMPULSO DEMOCRÁTICO.....	87
3.5 EFEITO BACKLASH: RESULTADO ATIVISTA JUDICIAL .....	93
3.6 ATIVISMO JUDICIAL: INSEGURANÇA JURÍDICA E EFEITOS NA ECONOMIA.....	99
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	103
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	108

## INTRODUÇÃO

O fim do segundo confronto mundial foi a mola propulsora para a humanidade perceber com maior intensidade a importância do direito. Para além de um instrumento liberal e pacifista, viu-se o direito como meio garantidor e efetivo da concretização dos direitos humanos, tão solapados no contexto ultrapassado.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos institucionalizou em âmbito internacional o sentimento de superação do período bélico, firmando compromisso com diversos países, incluindo o Brasil. Doravante, foi possível observar Constituições que recepcionaram preceitos humanitários na qualidade de direitos fundamentais, como, grande exemplo a ser citado, a Lei fundamental alemã, inaugurada em 1949.

A vastidão dos direitos implementados e a substancialidade suplicante que expressam, impôs a necessária revisitação às teorias que guarnecem a ciência jurídica, notadamente a da interpretação, na busca de compreendê-las em compatibilidade ou não com o novo paradigma. Isso porque o conteúdo das normas positivadas demonstrou carga valorativa sobremodo e, conseqüentemente, fez presente conceitos normativos de alto grau de abstração.

Inevitavelmente, essa realidade confrontou-se com os métodos interpretativos que se baseavam nos postulados do positivismo liberal, segundo os quais o texto normativo, em seu sentido literal, é que deveria prevalecer, sendo o intérprete mero aplicador mecânico do enunciado, sem margem de criatividade. Dessa dialética, novas teorias jurídicas foram tomando espaço na tentativa de apreender o fenômeno do direito, podendo ser citada entre elas a clássica teoria dos direitos fundamentais encabeçada pelo alemão Robert Alexy, na qual elege a ponderação como método de aplicação dos princípios normativos.

O contexto jurídico do período segundo pós-bélico, as novas convicções teóricas em razão da mudança de paradigma, dentre outros fatores, fizeram surgir também o que, para uma parte da doutrina se trata de uma teoria e, para outra, de um modismo intelectual, denominado neoconstitucionalismo. Da mesma forma, o Brasil reproduziu a tendência constitucional, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo texto recepcionou uma gama de direitos fundamentais, entre os quais os de natureza programática, e que por isso recebeu o nome de Constituição dirigente.

Esses fatores, dentre outros que serão enfrentados no decorrer desse estudo, impulsionaram o ativismo judicial na realidade brasileira. Esse exercício ativista atribuído ao Judiciário, especialmente no que tange à jurisdição constitucional, é majoritariamente defendido como essencial à concretização dos direitos expostos na Carta Magna.

Está evidente na realidade brasileira, porém, o uso de retóricas ativistas com base em teorias interpretativas para impor decisões arbitrárias e que evidentemente desrespeitam a separação formal e material das funções estatais, marcadamente a do Legislativo. Sobre o manto da retórica de efetivação de direitos fundamentais, da ponderação de princípios, ultrapassa-se a demarcação normativa ditada pela Constituição.

Diante dessa constatação, a presente pesquisa traçou como objetivo compreender a autocontenção judicial de forma mais detalhada, tendo em vista que a doutrina nacional é escassa sobre o tema e tem predominância da abordagem do ativismo judicial. Após a revisitação definidora, propôs-se a verificar se há compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro e como sua aplicação resultaria em benefícios, sem que os objetivos sociais fossem deixados de lado.

Defronte com a sucessão de fatores apresentada e tendo a presente pesquisa como objeto fulcral a compreensão da autocontenção judicial, o estudo da evolução histórica do constitucionalismo e o posicionamento do Poder Judiciário, nesse cerne, mostram-se intransponíveis. Desse modo, no capítulo introdutório pretende-se analisar o constitucionalismo ocorrido pelo mundo e a posição do Poder Judiciário (bem como a extensão do seu poder de decisão dentro da jurisdição constitucional). Também são trabalhados os efeitos do constitucionalismo estrangeiro e as influências que desaguaram nas Constituições nacionais, objetivando, de igual modo, vislumbrar o posicionamento do Judiciário e o campo de atuação. Tudo isso para, preliminarmente, oferecer mecanismos com o fim de uma abordagem mais lúcida da Constituição de 1988 e o seus desdobramentos no tocante ao ativismo judicial.

Em sequência, tenta-se responder à indagação de como todos os problemas são levados ao Judiciário e quais instrumentos são responsáveis por esse resultado, lançado mão de forma geral dos instrumentos judiciais disponíveis nesse sentido. Também, busca-se evidenciar a distinção entre ativismo judicial e judicialização, na tentativa de evitar o uso dos termos como sinônimos.

Outro ponto que se fez imprescindível ao encontramento dos efeitos da autocontenção judicial, e que se encontra no segundo capítulo deste ensaio, diz respeito à definição de ativismo judicial e seus desdobramentos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Na mesma oportunidade, tem-se o objetivo de expor exemplos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, perquire-se na confluência da decisão judicial e da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, com ênfase naquelas de cunho programático, um melhor contorno às características ativistas, com a finalidade de descartar qualquer hipótese que fosse estranha ou tautológica ao presente estudo.

Nessa altura, a união do que foi levantado servirá de instrumento para valorar a nocividade ou benevolência do ativismo no ordenamento jurídico nacional, bem como se a definição alcançada pode ser contrastada com o ideário crítico que atinge os defensores do ativismo (qual seja, a ilegitimidade democrática do Poder Judiciário, frente aos demais poderes constituídos de representação popular).

Após a compreensão do que se trata o ativismo judicial, debruçar-se-á sobre o núcleo do presente estudo, no terceiro capítulo. Tendo em mãos os traços definidores do ativismo judicial, a conceituação da autocontenção judicial torna-se possível, por estar inexoravelmente interligada com o primeiro. Procura-se, na mencionada seção, encontrar a definição clara da autocontenção, trazendo à tona os desdobramentos causados pelo liberalismo jurídico na realidade norte-americana, desde o interpretativismo - com defesa da subsunção mecânica na técnica interpretativa - até simbolismo - que reconhece o direito constitucional como uma ordem objetiva de valores. Nessa oportunidade, também será possível atualizar a definição de autocontenção judicial, abandonando as concepções retrógradas que sondam o instituído ou que sequer tiveram preocupação em adaptá-lo à realidade tupiniquim.

Esse excerto pelo qual a pesquisa passará mostra-se de suma importância para a compreensão dos pontos que serão erigidos, e tenta evitar qualquer confusão quanto às terminologias e os significados correspondentes, principalmente porque oriundos de realidades jurídicas diferentes da brasileira.

No mais, observar-se-á confluência do princípio da separação dos poderes com a autocontenção judicial, assim como os possíveis benefícios na concessão da independência e autonomia dos Poderes Legislativo e Executivo.

Oportunamente, perquire-se, ainda que brevemente, os problemas interpretativos que guarnecem o estudo sobre o instituto sobredito, com a finalidade de desmistificar características que são apontadas sem considerações mais aprofundadas. Em sequência, fez-se pertinente a abordagem das diretrizes do Estado Social Democrático de Direito e a verificação da compatibilidade com autocontenção judicial, eis que o comedimento judicial inserido em uma realidade que demanda atitude ativa do Estado acaba por gerar sensação de tensão e incoerência, afinal: como ser autocontido se é necessário ser ativo? Na ocasião, busca-se encontrar a função principal de cada órgão, para analisar a quem a proatividade deve ser de fato atribuída, ou se a todos.

Superada essa fase, elege-se a hipótese da autocontenção como mecanismo de impulso democrático, na busca de encontrar a tensão entre a ilegitimidade democrática existente no ativismo judicial e a possibilidade de a autocontenção resolver esse problema.

Por derradeiro, passou-se pela verificação das consequências do ativismo judicial e os efeitos negativos advindos da sua adoção, notadamente o efeito *backlash* e a insegurança jurídica que culmina na instabilidade econômica. Aponta-se, nesse cenário, as razões pelas quais a adoção judicial autocontida, como definida nessa pesquisa, poderia ser vista como mecanismo de impedimento ou de redução de tais efeitos que são lesivos à democracia e à economia.

Para se alcançar os resultados almejados, o presente estudo se utiliza da abordagem qualitativa, baseada na análise dos fenômenos dentro do contexto em que foram concebidos. No que tange à epistemologia, adotou-se o método positivista, de se reconhecer uma realidade dada a fim de extrair o fenômeno da autocontenção judicial. No tocante à natureza, lança mão do caráter misto, abarcando tanto a realidade aplicada como a teórica, analisando os dados por meio da exploração. Quanto ao procedimento, utilizou-se da análise bibliográfica, documental e do estudo de casos práticos, sobretudo no que diz respeito à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

## **1 O CONSTITUCIONALISMO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PELO MUNDO**

O constitucionalismo é o movimento indispensável a qualquer dinâmica de estudo que trata de direito constitucional, e tendo essa pesquisa como ponto crucial a compreensão dos fenômenos da autocontenção e do ativismo judicial, não poderia ser diferente. Antes de mais nada, portanto, é importante desmitificar quais sentidos se emprega ao termo constitucionalismo, uma vez que o seu pluralismo interpretativo pode gerar erros em sua observância e, conseqüentemente, minar os desdobramentos que aqui se pretende indicar. Cada modelo que se observará, ditará a extensão da atuação do Poder Judiciário e suas características.

De início, cumpre pontuar que o Estado moderno se funda na criação de uma Constituição confrontante com os arbítrios do período medieval e pode-se ter o absolutismo como fundamental nessa inauguração, porque a Carta carregava como objetivo principal o controle do poder do príncipe. Os eventos marcantes na linha do tempo, para darem rumo a essa visão constitucionalista, podem ser encontrados em três episódios consagrados na história, quais sejam, a Revolução Gloriosa, na Inglaterra, nos idos do século XVII; a Revolução Francesa, em XVIII; e a Revolução norte-americana, com a Declaração da Independência das colônias, cujo resultado culminou na Constituição de 1787.

Cada qual guarda seus contextos particulares, mas, preliminarmente, tem-se que foram vetores para expansão jurisdicional. O que se tem, a partir disso, é que o constitucionalismo foi um conjunto de ideias nascidas nesses contextos, que teve por finalidade impor limites ao poder por meio do oferecimento de direitos aos súditos, tudo isso materializado em uma Constituição (STRECK, 2019, p. 1).

Por outro prisma, Karl Loewenstein (1975, p. 24-25), analisando o constitucionalismo a partir do poder, compreende-o como a institucionalização jurídica do poder, como se o absolutismo, na percepção de que o império do poder pudesse sofrer colapso, tentasse legitimá-lo por meio da Constituição.

Em uma abordagem minuciosa, Marcelo Novelino (2016, p. 43) afirma que o constitucionalismo pode ser dividido em dois sentidos: amplo e estrito. Sendo o primeiro aquele definido por meio da existência de uma Constituição que rege um Estado, independentemente do momento histórico ou finalístico no qual esteja inserida. Lapidando ainda mais, a definição ampla trazida pelo autor pode ser

identificada como constitucionalismo pela resposta da seguinte indagação: o Estado é regido por uma Constituição? Se sim, abrange a definição exposta pelo autor. O estrito, por sua vez, pauta-se em duas noções básicas: o princípio da separação dos Poderes de Kant e Montesquieu; e a garantia dos direitos como limitadores do poder estatal.

Preferiu-se esse último posicionamento, tendo em vista abarcar um campo maior de hipóteses. O estudo sobre o constitucionalismo, nessa perspectiva, coloca em sua definição tanto o aspecto físico da existência de uma Constituição quanto os motivos que levaram ao seu surgimento. Dentre os motivos, pode-se destacar a oposição ao poder absolutista pela implementação de direitos que, totalmente distinto do constitucionalismo atual ao qual está-se habituado na realidade nacional, de postura ativa do Estado na concretização dos direitos, estão atrelados à ideia de abstenção: o Estado não pode lesá-los.

Os aspectos que acompanham o movimento constitucionalista nos fornecem subsídios para compreender como se deu o desenvolvimento do Poder Judiciário na projeção do tempo, sua autonomia e poder de criação. Retome-se, então, os três eventos que foram cruciais para o constitucionalismo e que se deram em territórios diferentes, pontuando qual a posição do Poder Judiciário em cada um deles.

Segundo o pensamento medieval inglês, pregava-se que o rei era detentor do poder de dizer o que era justo porque era a personificação da vontade de Deus na terra. Esse poder poderia ser delegado a outra pessoa que mantivesse estreita confiança com o Rei e, ao que sabe, os juízes foram delegatários dessa incumbência. A delegação do poderio decisório foi o marco importante para confrontação das funções, notadamente pelo impasse entre Sir Edward Coke e o Rei Jaime I, na sentença sobre os *writs of prohibition*, em que, segundo defendeu o primeiro, o sistema *Common Law* não permitia ao Rei julgar nenhuma causa, sendo atribuição dos tribunais de justiça, nos termos da lei e dos costumes da Inglaterra, embasando-se no Estatuto de Henrique IV, cujos preceitos indicavam que se tratava de transferência de poder e não delegação ao juízes. Irritado pelo posicionamento invasivo, Canterbury, arcebispo, afirmou que o Rei, na posição de juiz supremo, poderia requisitar dos juízes os casos que entendesse pertinentes (STRECK, 2019, p. 13). Por outra via, a sentença mais famosa e que marcara essa confrontação foi a do caso Bonham, conhecida como ponto de partida na instituição do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, na qual Coke se posicionou no sentido de

dizer que o Judiciário teria poder de controlar os atos do Parlamento, podendo julgá-los nulos ou sem eficácia quando se evidenciassem contrários ao direito e à razão comum (STRECK, 2019, p. 14).

É bem verdade que o projeto de Coke, atrelado ao momento de crise, mostrou-se convidativo à solução dos conflitos existentes na época, especialmente por meio da autonomia do Poder Judiciário frente aos demais. Sua convicção esboçava independência judicial em relação ao poder régio e, ao mesmo tempo, ao Parlamento, com o conseqüente reconhecimento de uma lei maior (da qual o Poder Judiciário seria guardião).

O posicionamento de Coke foi predominante na Inglaterra até a data de 1688, findando-se diante da Revolução Gloriosa no mesmo ano, na qual restou vencida a ideia da supremacia do Parlamento. Cumpre ressaltar que a Constituição inglesa, em comparação com outros sistemas, “não adotou um sistema jurisdicional puro de controle de constitucionalidade<sup>1</sup>, como os Estados Unidos e a Alemanha” (REVERBEL, 2015, p.25). O ato revolucionário foi também responsável por instituir uma Constituição que, embora não esteja formalizada (escrita), surtiu efeitos na criação de diversos documentos de roupagem constitucional (STRECK, 2019, p. 16).

O controle constitucional britânico funda-se em três características: a jurisprudência como fonte primária do direito (a jurisdição constitucional é difusa, ou seja, exercida pelos órgãos judiciais ordinários); possibilidade de controle concreto feito pelos órgãos judiciais ordinários; o controle de leis parlamentárias é realizado pelo próprio Parlamento (STRECK, 2019, p. 17). Pode-se afirmar, principalmente pela última característica, que a voz final sobre o controle de leis não compete a órgão judicial, mas sim ao Parlamento. Em comparação com o continental, o modelo britânico mostra-se deveras acanhado no que diz respeito ao efetivo controle de constitucionalidade.

Por outra via, com base em uma Constituição formalizada, embora de origem também baseada em precedentes, os norte-americanos inauguram sua primeira Constituição em 1787, na Convenção Constitucional da Filadélfia. De modo geral, tem-se que o direito predominantemente aplicado mantinha inspiração inglesa,

---

<sup>1</sup> O controle de constitucionalidade inglês atualmente não é considerado puro em razão de a decisão final acerca da inconstitucionalidade não competir à função jurisdicional, tendo o seguinte processo: “o Juiz, declarando existência de incompatibilidades; o Governo, propondo soluções compatíveis com a Constituição; e, o Parlamento, tomando as decisões finais. (REVERBEL, 2015, p.24). Trata-se, portanto, de um regime de cooperação e diálogo, onde a análise de inconstitucionalidade caminha pelos três poderes até findar-se com a deliberação do parlamento.



mas a revolução das colônias colocou em xeque este impasse: se o direito inglês ainda deveria ser aplicado. A resolução desse óbice foi um dos objetivos que a nova Constituição se pôs a resolver, claramente com a atribuição ao Congresso e ao Judiciário Federal do poder de resolverem a maioria das questões da lei substantiva, destinando aos tribunais (e legislativos) estaduais a competência decisória sobre situações locais e à Suprema Corte a escolha do tipo de direito a ser aplicado. Um dos fatores determinantes para essa escolha mostrou-se no sentimento de objeção da aplicação da lei inglesa em razão do ressentimento bélico, a fim de se estabelecer uma lei puramente patriótica (STRECK, 2019, p. 23).

Apesar de se pautar no ideário da *Common Law*, as particularidades históricas, econômicas e sociais direcionaram os rumos da aplicação do direito norte-americano, mas, de todo contexto histórico, importa compreender a concentração das decisões sobre temas constitucionais no Poder Judiciário em comparação ao paradigma inglês. Com efeito, as disposições constitucionais, após o período da revolução, diferentemente do francês, que colocou toda a confiança no Parlamento, em contraposição ao posicionamento estatista, preferiu atribuir confiança à Carta política, posicionando-a em patamar superior (STRECK, 2019, p. 36-37). As novas prescrições dispostas na Carta e seu reconhecimento como lei Maior ensejaram ao surgimento de um novo instituto no controle de constitucionalidade, o que ocorreu em 1803 no emblemático caso de *Marbury x Madison*, no qual restou estabelecida a possibilidade de controle constitucional por via difusa, isto é, a decisão do caso abriu precedente no sentido de conferir competência aos órgãos inferiores do Poder Judiciário na apreciação de questões de constitucionalidade (STRECK, 2019, p. 38).

É importante deixar consignado que a ideia de direito impregnada no sistema estadunidense tem por base a formação jurisprudencial, de modo que, quando se pensa em direito, pensa-se automaticamente nos tribunais. A eles compete a interpretação da lei. Esse arquétipo jurídico dá autonomia considerável às decisões jurídicas, afinal, nele, diferente da realidade brasileira, confere-se o poder de criar e decidir.

Nota-se da comparação entre o constitucionalismo inglês e o estadunidense a tomada de rumos distintos pelo Judiciário, sobretudo no que diz respeito à atuação da jurisdição constitucional. No primeiro, tem-se que sua existência é tímida e não tem caráter definitivo (afinal, reservou-se a tarefa da palavra final ao Parlamento); no

segundo, é perceptível a elevação do Judiciário na qualidade de protagonista nesse sentido, tendo como responsabilidade dizer acerca da constitucionalidade da lei por meio da Suprema Corte e em caráter definitivo, sem prejuízo do controle difuso exercido pelos tribunais ordinários. Decerto que os pontos de partida para a construção dos dois sistemas são diferentes, implicando automaticamente a estruturação de cada Judiciário. Porém, antes que se passe à análise do constitucionalismo franco, tem-se patente que entre a comparação dos movimentos constitucionalistas até o momento, o norte-americano se destaca em maior similitude com o brasileiro.

Por fim, impulsionada pelo famoso contratualista Rousseau, a Revolução Francesa é o terceiro evento que culmina no caminhar do constitucionalismo na história. Diante dos insucessos da tentativa de obrigar o clero e a nobreza a pagarem tributos (que, inclusive levou à renúncia dos ministros que empreenderam nesse sentido), a Revolução se fez presente em 1789, marcadamente com a queda da Bastilha. O iluminismo de Rousseau e a separação dos Poderes de Montesquieu foram marcos decisivos para o rumo do constitucionalismo e a sua forma de controle (STRECK, 2019, p. 49).

O grande objetivo dos revolucionários era contrapor todas as lóstimas sofridas no antigo regime, razão que influenciou sobretudo a posição do Judiciário nesse contexto. Compreendiam que a função essencial do Estado se expressava em um binômio: criação de leis (Legislativo) e execução (Executivo). O Poder Judiciário, portanto, perde importância.

A composição do Judiciário, formada por aristocratas do antigo regime eleitos pelo monarca, somada à preponderância da vontade popular que se impôs com a revolução, suprimiram a importância do Poder Judiciário, retirando-lhe a possibilidade de alteração das leis elaboradas pelo Legislativo. Por serem indicados pelo monarca, os juizes mantinham fidelidade em favor do monarca, contrariando as diretrizes postas pela revolução. Desse modo, a importância dos juizes foi esvaziada, tomando status de meros declaradores da lei, afinal, se dela se desprendessem, estariam sendo contrários à vontade do povo fixada pelo Parlamento. Para a doutrina, o mecanismo de aplicação da lei adotado pelos franceses nessa época foi o berço do que hoje se conhece por subsunção mecânica, também conhecido como método silogístico.

Acerca da aplicação mecânica do direito, cumpre fazer breve nota das lições de Cesare Beccaria (2012, p. 17-19), defensor, como Rousseau, dos postulados iluministas:

Os juízes, em caso de crimes, não têm direito de interpretar as leis penais, pois não são legisladores. Eles não recebem as leis de seus ancestrais como tradição doméstica nem como um testamento, mas recebeu as de uma sociedade viva ou do soberano, seu representante. Para cada um dos delitos, o juiz deve fazer um silogismo perfeito: a maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei; a conclusão, liberdade ou punição. [...] Quando os códigos de lei são fixados, devem ser observados no sentido literal, para que nada mais seja deixado ao juiz que determinar se uma ação estão ou não conformidade com a lei.

Retornando aos acontecimentos franceses, nota-se, segundo Streck (2019, p. 53), que o apequenamento das funções jurídicas emerge ainda mais da observância do artigo 12 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, no qual se estabeleceu que aos tribunais não era permitida a confecção de regulamentos, devendo se dirigir ao Parlamento sempre que necessário interpretar ou inovar em matéria de lei.

O “*fator desconfiança*” foi fulcral para delinear a jurisdição francesa, sendo certo que a adoção do posicionamento extremamente restrito influenciou os moldes do controle de constitucionalidade inglês, o que é mais evidente se partir da premissa de que ambos concentram poder no Parlamento. Dada a perpetuação dos ideários pós-Revolução, só em 2008 a França alterou seu posicionamento e reconheceu modalidade de maior controle de constitucionalidade conferida ao Conselho Constitucional por meio do instrumento denominado Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC) (TEIXEIRA, 2016). Antes da reforma, o Conselho Constitucional exercia papel preventivo de constitucionalidade, de análise prévia das leis antes do ato de promulgação. Guardadas as devidas proporções, pode-se afirmar que o Conselho Francês, antes da reforma, exercia papel similar ao de uma Comissão de Constituição e Justiça, conforme se dá no Legislativo brasileiro.

A mudança trazida pela reforma colocou o direito francês em discussão acerca da compreensão da natureza do Conselho Constitucional, tendo aqueles que defendem o caráter político e outros, o jurídico. Todavia, a segunda corrente prosperou, prescrevendo ser o Conselho órgão jurisdicional que atua materialmente na criação de leis. Claro que, enquanto o órgão legislativo opera na criação da lei dentro dos preceitos da oportunidade e conveniência, o conselho atuará adstrito à racionalidade jurídica permitida pela Constituição (STRECK, 2019, p. 56). Tem-se

que a natureza do Conselho Constitucional alterou-se em razão do advento da reforma de 2008, sendo que antes mantinha caráter político, e após, jurídico. Então, somente em 2008, os franceses permitiram o exercício do controle de constitucionalidade pelas mãos do Poder Judiciário.

As causas e os efeitos resultados da criação de uma constituição, seja ela formal (francesa e estadunidense) ou informal (inglesa), são indispensáveis para a compreensão do posicionamento do Poder Judiciário e suas atribuições. Tem-se da realidade inglesa, então, que as prescrições constitucionais visaram se opor às ideias postas por Coke, grande apoiador da autonomia do Poder Judiciário, colhendo, como consequência, o controle de constitucionalidade exercido apenas pelo Parlamento. Bem é verdade, visualizando a realidade brasileira, que seria incongruente imaginar o controle judicial de uma Constituição não escrita, uma vez que conferiria poderes irrestritos na interpretação. Diametralmente oposta a essa ideia, a realidade do constitucionalismo norte-americano seguiu o ideário de entregar ao Judiciário o poder de decidir sobre a constitucionalidade. Na França, a grande desconfiança sobre os juízes, causada pela servidão zelosa aos reis do antigo regime, atrelado à supremacia popular do Parlamento, restringiram o controle de constitucionalidade até o século XXI, podendo-se afirmar que a jurisdição constitucional passou a existir após a reforma constitucional de 2008.

Ainda que sumária a projeção histórica lançada sobre o constitucionalismo e a posição do Poder Judiciário entre os acontecimentos, fornece-nos subsídios para compreensão de onde e em que medida judiciária está disposto em *terrae brasilis*, de como os movimentos constitucionais ao redor do mundo foram cruciais para esse delinear, e em qual medida se adota os adornos dos postulados estrangeiros, o que se debruçará na seção seguinte.

## 1.1 A HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A partir da definição de constitucionalismo posta por Marcelo Novelino no tópico anterior, e conhecidas as direções históricas desse movimento, cumpre notar quais foram os seus efeitos no Brasil e se de algum modo alteraram o posicionamento do Poder Judiciário na trajetória do tempo.

A primeira Constituição brasileira surge com o objetivo de pôr fim ao cenário hostil da época marcado por rebeliões, revoltas e insurreições, entrando em vigor em 25 de março de 1824 pelas mãos do Imperador Dom Pedro I. É reconhecida como a Constituição mais duradora do Brasil, e a segunda do mundo - perdendo somente para a estadunidense - e que foi alvo apenas de uma emenda, o ato adicional de 1834 (NOGUEIRA, 2012, p. 10).

Segundo Nogueira (2012, p. 11-12), a Constituição inaugural foi inspirada nos princípios ingleses, segundo os quais reconhecem somente como constitucionais as matérias que faziam referência aos poderes do Estado e aos direitos e garantias individuais, o que se infere do art. 178 da Carta:

Art. 178 - É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional por ser alterado, sem as formalidades referidas, pelas legislaturas ordinárias (BRASIL, 1824).

No que tange a instituição do Poder Judiciário na Carta de 1824, denominado de Poder Judicial na época, pode-se inferir pouca autonomia conferida, afinal, no próprio excerto (art. 151) constitucional que lhes garantia a vitaliciedade e inamovibilidade, também criava exceções, podendo ser alteradas por lei ou por determinação do Imperador - a exceção de vitaliciedade encontrava-se no art. 154 (NOGUEIRA, 2012, p. 26).

O Poder Judiciário situava-se na dita Constituição em posição de menosprezo equiparando-se à história inglesa e francesa. Vale lembrar que no corpo constitucional de 1824 existia a figura do Poder Moderador, responsável por fiscalizar os demais e que se personificava na pessoa do Rei. Só essa prevalência régia constitucionalizada resultava, por óbvio, na redução dos demais poderes.

Dada a restrição, é difícil imaginar qualquer controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário, e as aparências confirmam tal convicção, sendo certo que, sob a égide da Constituição Imperial, o controle constitucional só era exercido pelo Poder Executivo em caráter preventivo, e pelo Legislativo em caráter preventivo e repressivo, como se denota dos arts. 15 e 102 da Carta:

Art. 15. E' da atribuição da Assembléa Geral:  
[...]  
VIII. Fazer leis, interpretal-as, suspendel-as, e revogal-as.  
IX Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.

Art.102 O imperador exerce o Poder Moderador:

[...]

XIV. Conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concilios, e Letras Apostolicas, e quesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo aprovação da Assembléa, se contiverem disposição geral. (BRASIL, 1824).

Desse modo, na Carta de 1824 não se pode falar em jurisdição constitucional, porque a competência em verificar se uma lei era ou não constitucional atribuía-se, essencialmente, ao Parlamento. Há indícios de que o modelo adotado pelo Brasil nesse contexto foi inspirado na conjugação de padrões europeus (franceses e ingleses), porém, a grande influência do Poder Moderador também se soma a essa conjuntura para delinear a jurisdição constitucional.

No avançar do tempo, sucedendo a Carta anterior, sobreveio a primeira Constituição após a Proclamação da República em 1891 e, para manter compatibilidade com a nova forma de governo, a Carta Magna se colocou a confirmar alguns preceitos republicanos, principalmente no tocante a direitos individuais. O Judiciário, em relação à carta anterior, assume papel totalmente distinto e em patamar elevadíssimo, com diversas atribuições, entre as quais pode ser encontrado o *Judicial Review*<sup>2</sup>, influenciado pela doutrina norte-americana (ZANETI JUNIOR, 2019, p. 34-35).

Entretanto, a ampliação do Poder do Judiciário não foi suficiente para incutir aos magistrados a nova ideia de controle de constitucionalidade, uma vez que estavam petrificados nas práticas havidas no antigo regime. Diante disso, Rui Barbosa, responsável também pela confecção da Constituição em testilha, reafirmou, na lei de organização Judiciária, que os juízes deveriam obedecer à Constituição e à lei, respectivamente, porém seus esforços não resultaram em mudança significativa (SLAIBI FILHO, 2002). Apesar de introduzir um novo paradigma em sede de controle de constitucionalidade, a Constituição republicana gerou certa crise no sistema federativo, eis que concedia aos juízes Estaduais autonomia para decidir por questões diversas sem observância da Carta Federal, fato este que mitigou os poderes do governo Central, notadamente o da união de

---

<sup>2</sup> Apesar de o judicial review ter sido criado sob a roupagem constitucional em 1891, sua inauguração no Brasil se deu um pouco antes, sob o regime do governo provisório, por meio da edição do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que tratou da organização da justiça federal, ampliado, posteriormente, pelo Decreto nº 1.420-A, de 21 de fevereiro de 1891, e, finalmente, mais tarde, já no regime constitucional, completado por meio da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 (STRECK, 2019, p. 127).

vontades dos estados maiores (São Paulo e Minas Gerais), conhecida como política do café com leite (SLAIBI FILHO, 2002).

O problema federativo em 1926, com a emenda nº 5, conferia ao Supremo Tribunal Federal o poder de resolver conflitos entre juízes federais e estaduais, assim como os recursos provenientes de juízes e tribunais federais quando decidissem contrariar a Constituição. Acontece que a emenda se deu em momento tardio, tendo vigorado por apenas 4 anos até a Revolução Liberal de Getúlio Vargas, de 1930.

Ainda que acanhados os posicionamentos dos juízes em razão do enraizamento do regime anterior, a primeira Constituição Republicana se evidencia como marco na jurisdição constitucional brasileira, sendo o primeiro documento que atribuía ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de controlar os atos de decisões contrários ao texto constitucional. Vale lembrar que a avaliação de constitucionalidade se dava por meio da via recursal, ou seja, tratava-se de procedimento incidental e análise concreta.

Vargas anuncia, então, o Decreto nº 19.398 de 1930, constituído de força constitucional, mas foi em 1934 que a segunda Constituição Republicana, formulada na convocação da constituinte do governo provisório, veio à tona. Mesmo sob grande influência das Constituições parlamentaristas europeias, a dinâmica do Poder Judiciário se manteve em sinais bem similares à anterior, entretanto, o modelo “federativo”, cuja estrutura concentrava poder no governo central, fez surgir alguns instrumentos jurídicos interessantes e que estão em vigência até hoje, quais sejam, Mandado de Segurança e o Recurso Extraordinário, sendo que o último se caracterizava como instrumento guardião da Constituição quando decisões advindas em única ou última instância pela Justiça estadual contrariassem o texto constitucional. A mudança substancial causada pela nova Constituição mostra-se mais importante quando da criação do mecanismo interventivo, o qual permitia à União intervir nos Estados para obrigá-los ao cumprimento das decisões tomadas em âmbito federal, ou em caso de violência de princípios (SLAIBI FILHO, 2002).

O instrumento de intervenção perdura até hoje na atual Constituição, nos arts. 34 a 36<sup>3</sup>. Esse instrumento introduz uma nova ideia de controle constitucional no Brasil, inclinando-se à adesão da modalidade concentrada, com influência

---

<sup>3</sup> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] (BRASIL, 1988).

européia e, especialmente, com base na Constituição austríaca delineada pelo positivista Hans Kelsen. O instrumento de intervenção, além de ser adstrita a avaliação da Corte Suprema - nome dado ao Supremo Tribunal Federal da época -, o que lhe confere o caráter concentrado, permitia também que a análise se desse em abstrato, ou seja, independente da verificação de efeitos decorrentes do ato ou decisão tomada pelo órgão (SLAIBI FILHO, 2002).

A Constituição sucessora, de 1937, originada dentro de momento de extrema política nacional, composta na íntegra de medidas autoritárias de Getúlio Vargas, foi responsável por esvaziar todas as funções dos Poderes a favor do Executivo, mostrando-se contrária às diretrizes do controle de constitucionalidade na esfera judicial. Por não ter havido as eleições dos parlamentares, autorizou-se ao Chefe do Executivo dispor de todas as matérias, inclusive emendas constitucionais (SLAIBI FILHO, 2012). A jurisdição constitucional, portanto, deixou de existir nesse período.

Na contramão, a Constituição de 1946 marca a redemocratização brasileira em ambiente de triunfo dos aliados em face dos Estados totalitários do nazismo e dos fascistas. Reestabelece os mecanismos suprimidos na Constituição de 1937. Mas além de reproduzir as estruturas da jurisdição constitucional anterior<sup>4</sup>, traz uma nova característica para o instrumento interventivo surgido em 1934, que, antes, longe de ser considerado modalidade de controle concentrado de constitucionalidade de caráter abstrato, com o advento da nova Carta, a abstração se mostra mais presente tendo em vista a condição de análise prévia pelo Supremo de eventual afronta aos princípios sensíveis (STRECK, 2019, p.144).

Nada obstante essas alterações no mecanismo interventivo - e as quais influenciaram o desdobramento do controle concentrado no Brasil, mudança considerável nesse sentido sobreveio mais tarde, com a Emenda constitucional nº 16, de 1965, cujas prescrições resultaram na instituição do controle concentrado de constitucionalidade. Denominava-se de representação contra inconstitucionalidade, que se dava em confronto com lei ou ato normativo, federal ou estadual, que desrespeitasse os postulados constitucionais (STRECK, 2019, p.147).

---

<sup>4</sup> Na constituição de 1934 a decretação da medida interventiva dependia da análise pelo Supremo Tribunal Federal não do ato ofensivo à Constituição, mas sim da lei federal que o atacaria. Então, "Destinava-se a submeter à apreciação do STF não o ato estadual apontado como violador do princípio sensível, mas sim da lei federal de intervenção, cuja constitucionalidade deveria ser apreciada (STRECK, 2019, p. 141).



Salienta-se que o instrumento de representação criado em 1934 se revestia de natureza interventiva, com objetivo de permitir à União intervir nos Estados e os Estados nos Municípios, respeitadas as competências. A intervenção dava-se por dois aspectos: material, para fazer executar as decisões tomadas em âmbito federal, e a normativa, para impelir a observância dos princípios sensíveis. (SLAIBI FILHO, p.299, 2002).

Nota-se que desde a primeira Constituição até a Emenda nº 16 de 1965, houve considerável expansão das atribuições da jurisdição constitucional, havendo momentos de supressão logo sucedidos com a repriminção das funções, demonstrando indícios de seus contornos como conhecidos na atual vigência constitucional. É de se notar, ainda, as influências estrangeiras refletidas nas alterações ocorridas no tempo, ora com adoção de uma postura europeia, ora estadunidense, ora conjugando-as.

Em sequência, após 2 anos da Emenda sobredita, em 24 de janeiro de 1967, uma nova Constituição tomou o Brasil. Conservou em seu texto todos os instrumentos de controle de constitucionalidade contidos na Carta de 1946 e as alterações subsequentes, com mínimas alterações redacionais, mesmo depois da reforma realizada pela Emenda nº 1 de 1969. Por outro lado, o que chamou atenção na época foi a sobrevivência da alteração na dinâmica interna de atuação do Supremo Tribunal Federal. Um problema que se antevia já na vigência da Constituição 1946 e que ora ou outra recairia em discussão. Diferente do que ocorre atualmente, o controle de constitucionalidade antigo, tanto no controle incidental quanto no concentrado, dependia do Legislativo para suspender a lei ou ato considerado inconstitucional, que o fazia por resolução; todavia, o Legislativo não se via obrigado a proceder nesse sentido e não procedia, tornando, assim, o Supremo Tribunal Federal mero órgão declaratório. Dentro desses mesmos limites nos quais o Supremo se viu inserido no ano 1975, chegou à Corte a representação nº 933, em que a conclusão sumária do julgado foi pela concessão liminar para suspender lei em caráter provisório sem, no entanto, comunicar ao Legislativo. Da decisão logo se compreendeu pela lógica de que, se na liminar se podia julgar sem comunicar ao Parlamento, por certo, na decisão definitiva, havia de ser igual. Assim, o ato de comunicação só se reservaria para as hipóteses de reconhecimento incidental (SLAIBI FILHO, 2012).

Cumpra acrescentar que, nos dizeres de Nagib Slaibi Filho (2012), o precedente que proporcionou, viceja mudança interpretativa, é a primeira ilustração da transposição do Poder Judiciário em direção ao campo legislativo. Veja-se:

Enfim, pela célebre decisão cautelar proferida na representação de Inconstitucionalidade nº 933, pela única e exclusiva vez em toda a história, até então, do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal transcendeu o seu caráter de órgão jurisdicional para alcançar o patamar legislativo e, assim adentrar em tarefa que não era típica da junção jurisdicional. [...] o apontado precedente representou para o Supremo Tribunal Federal a travessia do Rubicão entre as funções jurisdicionais (do caso concreto) e as funções legislativas (de dispor *erga omnes*, com eficácia de lei); de órgão do Poder Judiciário para função do Poder Legislativo, de função até então considerara como de “técnica de julgamento” para função de amplo campo político (Grifo original).

Pode-se dizer, ainda, que essa conduta tomada pelo Judiciário a despeito do precedente nº 933, constitui-se de atividade ativista, mas é tema para ser compreendido mais adiante neste ensaio. De qualquer forma, em sequência, a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, confirmou a precedente e inseriu a possibilidade da suspensão da lei ou ato inconstitucional por decisão do Supremo. Nota-se que essa alteração, além de permitir a suspensão direta sem comunicação do Parlamento, concedeu ao STF o poder de interpretar as matérias constitucionais quando submetidas ao órgão por via de representação, um poder até então nunca dado ao Judiciário brasileiro.

Desse modo, denota-se das mudanças ocorridas na projeção do tempo em nosso contexto brasileiro, e que foram responsáveis por formarem a jurisdição constitucional que hoje vigora, como o estudo sobre constitucionalismo é fator importante nessa etapa, para compreender os motivos e as causas - ora expansivas da jurisdição constitucional, ora reprimidas - que estabeleceram os moldes de atuação judiciária. Mesmo sem abordar a Constituição de 1988, para a qual se reserva o próximo tópico, depreende-se grande influência dos constitucionalismos europeu e estadunidense nos adornos das Cartas analisadas, assim como a predisposição ativista. De todo modo, passa-se à análise da atual Constituição.

### 1.1.1 Constituição de 1988 e a Jurisdição Constitucional

Na data de 15 de novembro de 1986, da eleita Assembleia Nacional Constituinte, inaugurou-se a atual Constituição cidadã, entrando em vigência na data

de 5 de outubro de 1988. Assim como ocorreu em 1946, à sétima constituição tupiniquim impõe-se o objetivo de redemocratizar o Brasil e colocá-lo dentro do rol de países representantes da democracia.

No tocante à jurisdição constitucional compreendida por meio do controle de constitucionalidade, não há grandes inovações em comparação com Cartas sucedidas, exceto a quantidade de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade que se fez extensa. Além disso, reafirma expressamente alguns institutos já existentes, como o controle concreto e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No mais, positiva o remédio constitucional denominado de mandado de injunção, pelo qual é possível a qualquer cidadão, guardadas as devidas exigências da Lei nº 13.300/2016, provocar o Judiciário para verificação de omissão legislativa que impeça exercício de direitos e liberdades.

Deu origem, ainda, ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual atribui competência para dirimir conflitos em face de normas federais, e cuja competência está esculpida no art. 105. Na mesma medida em que criou o tribunal para dirimir questões de ordem federal, esvaziou a competência do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, atribuindo-lhe, por sua vez, mais força no protagonismo na guarda constitucional. Infelizmente, na prática, não foi suficiente para reduzir o número de processos que chegavam até a Corte (TAVARES, 2019 p. 117).

Ademais, de conteúdo amplo e analítico, de tal modo que conta com 250 artigos, mais a parte de atos e disposições transitórias, traz em seu bojo características que marcaram as Constituições do período pós-bélico, podendo ser identificadas em seu texto no arcabouço de direitos e garantias fundamentais que estampam, que majoritariamente estão dispostos no art. 5º da Carta. Mas, além disso, e talvez seja o ponto mais marcante que a caracteriza, é a retirada do Estado da posição de abstenção, impulsionando-o a conduta ativa. Dizendo de outro forma, enquanto as Constituições nascidas no rompimento absolutista, cujo objetivo fulcral era garantir que os direitos individuais não fossem lesados pelo Estado, a Carta política de 1988 desloca o Estado na busca da concretização dos direitos, atribuindo-lhe o dever de conduta proativo no atingimento de determinados fins sociais.

O arquétipo jurídico trazido pelos direitos fundamentais é determinante na formação de paradigmas interpretativos na jurisdição constitucional, tema a ser dissecado em tópico específico. Não obstante, em se falando de controle de

constitucionalidade, com efeito, manteve conjugados os dois modelos que surgiram no desdobramento do constitucionalismo nacional, podendo ser chamado, portanto, de controle misto (difuso e concentrado) - origem estadunidense e austríaca, respectivamente. Apesar de a competência para declarar a inconstitucionalidade seja dada ao Supremo no controle concentrado, vale lembrar que, pela via difusa, e em caráter incidental, é permitido a qualquer juiz ou tribunal, e em qualquer instância, decidir sobre a constitucionalidade, no entanto, o efeito é restrito entre os componentes da lide.

De modo geral, em comparação com as Cartas anteriores, a de 1988 não traz grandes inovações, pôs-se a confirmar os mecanismos utilizados outrora. Pode-se dizer que foi responsável por declará-los no texto explicitamente e conjugá-los - espécies de controle -, o que, conseqüentemente, reflete na expansão da jurisdição. Ainda, se realizada a reflexão acerca das influências dos movimentos constitucionalistas estrangeiros, é possível encontrar na grande influência de Hans Kelsen, por meio do controle concentrado e no difuso, a inspiração norte-americana, isso para confirmar o que se pretendia desvendar: a importância de reconhecer a origem de cada um deles, ainda que sumariamente.

De forma objetiva, o que se verificou até aqui acerca da jurisdição constitucional partiu da análise do texto constitucional em abstrato, ou seja, pouco se compreendeu ainda como ela, ditadora de valores, princípios e outras muitas coisas, que a saber lhe conferem uma interpretação vasta e comporta pontos de vista vários, comportou-se diante da pragmática jurídica como foi interpretada. Pode-se indagar: o que sucedeu depois de sua entrada em vigor? Assim, em resposta à pergunta lançada, embora retórica, cumpre analisar, em conjunto com o movimento neoconstitucionalista - ou, como outros preferem, pós-positivista -, como esses novos aspectos constitucionais foram cruciais para a expansão da jurisdição constitucional, como as interpretações se deram a partir desse novo parâmetro.

## 1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Uma vez considerado a mola propulsora do ativismo judicial, o neoconstitucionalismo mostra-se imprescindível à análise deste ensaio: “desponta um elemento de impulsão ao ativismo judicial. Trata-se da tendência teórica que

tem recebido a alcunha de ‘neoconstitucionalismo’ [...]” (RAMOS, 2015, p. 294). Alguns o consideram como com um marco teórico, outros defendem que “não passa de muito mais que um ‘modismo intelectual” (RAMOS, 2015, p. 294). Não obstante as críticas, a sua inserção em nossa jurisdição constitucional é evidente, como se infere do voto proferido pelo ex-ministro Celso de Mello, no qual sinalizou sua adoção ao movimento<sup>5</sup>, sem contar outros mais que assim se posicionaram - por exemplo: Luís Roberto Barroso, Luiz Fux etc.

Com efeito, não é uma tarefa fácil elencar as características definidoras do neoconstitucionalismo. O dissenso marca as discussões na doutrina sobre o tema, existindo, por exemplo, doutrinadores que atribuem qualidade de neoconstitucionalista a autores que negam veementemente a adesão, como é caso de Jorge Octávio Ç. Galvão (2014, p.56) que afirma ser Lenio Streck adepto, enquanto o autor nega filiação<sup>6</sup> (STREECK, 2011, p. 11). Dentre outras coisas, isso ocorre em razão de confundi-lo com os aspectos de outras correntes, como, por exemplo, o constitucionalismo *tout court*, cujos postulados defendem as Constituições formais e rígidas como mecanismo de estabilidade e liberdade no sistema político democrático (RAMOS, 2015, p. 31).

Cumprido salientar, antes de dar seguimento, que não se pode confundir a entrada em vigor da Constituição de 1988 com o surgimento das convicções neoconstitucionalistas no Brasil, dado que parte das ideias nas quais o movimento se apegou já estava presente nas Cartas anteriores e, desse modo, deve-se atribuir a origem mais à construção histórico-político-social da atual Constituição do que a partir dela. Apesar disso, é indubitável que a forma estabelecida no novo regime constitucional foi importante para dar novos olhos aos intérpretes, o que corrobora nas lições da doutrina: “O núcleo do novo constitucionalismo não residiria na diversidade do objeto em relação ao constitucionalismo clássico e sim em uma nova maneira de compreender o próprio Direito Constitucional” (RAMOS, 2015, p. 297).

---

<sup>5</sup> Em seu voto: “A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a pela realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição” (STF, 2011).

<sup>6</sup> Assevera Streck (2011, p. 11): “Também nunca pude concordar com aquelas propostas *neoconstitucionalistas* que procuraram desenvolver uma versão mais analítica do fenômeno jurídico [...]. Assim, no contexto do que pode ser entendido por neoconstitucionalismo, minhas ideias sempre representaram muito mais uma atitude de crítica do que de associação ou defesa de seus postulados”.

Quais são, então, as características que o definem? Essa pergunta merece resposta mais detalhada, porém, é importante lançar mão do que traz um dos grandes adeptos do neoconstitucionalismo, Luís Roberto Barroso (2005), que faz tentativa de defini-lo a partir de três aspectos, quais sejam, histórico, filosófico e teórico. Veja-se:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ele ajudou a protagonizar [...] O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivista. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. [...] A quadra atual é assinalada pela superação - ou talvez, sublimação - dos modelos outros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupados sob o rótulo genérico de pós-positivismo. [...] No plano teórico três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Do inserto lançado, denota-se, do aspecto teórico, um item que chama atenção do estudo: “da expansão da jurisdição constitucional”. Por que este, o neoconstitucionalismo ou o objeto de seu estudo, desencadeou a expansão da jurisdição constitucional?

Em paralelo com as características trazidas pelo autor na definição, e com os traços constitucionais brasileiros, nota-se alguns pontos. A Constituição de 1988 foi constituída no período que abarca o segundo pós-guerra e, não sendo diferente, manteve os traços advindos desse evento, responsáveis por imprimirem características próprias ao novo constitucionalismo. As Constituições laboraram no sentido de impedir a repetição dos episódios caóticos da época, podendo ser citada como pioneira nesse empenho a Lei fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, somando a isso a criação de um Tribunal Constitucional Federal em 1951, a qual encampou diversos direitos fundamentais, atribuindo-lhes, inclusive, aplicação imediata. A Constituição de 1988 manteve a mesma convicção em seu texto: “§1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

A implantação de direitos e garantias fundamentais em oposição aos fatos ocorridos no período pós-Segunda Guerra mostrou-se imprescindível para a evolução dos direitos humanos, entretanto traz uma característica que proporcionou

e proporciona a expansão jurisdicional, além de fomentar um grande impasse até hoje:

[...] é frequentemente mencionada abertura das disposições do catálogo de direitos fundamentais. Fala-se em fórmulas lapidares máximas, que, em si mesmas, são desprovidas de um conteúdo inequívoco, em estilo taquigráfico, em aglomeração de cláusulas gerais e conceitos maleáveis, em ausência de suficiência conceitual e em fórmulas vazias, sob as quais qualquer fato pode ser subsumido (ALEXY, 2015, p. 25-26).

Os padrões vagos foram escolhidos deliberadamente pelos homens que os redigiram e adotaram, em lugar das regras mais específicas e limitadas que poderiam ter sido promulgadas. Contudo, sua decisão de usar a linguagem que usaram causou muita controvérsia política e jurídica [...] (DWORKIN, 2010, p. 209).

Encontra-se, como se vê das lições dos autores, na flexibilização dos enunciados dos direitos fundamentais, reconhecidos no ordenamento jurídico como princípios, que, a saber, são a reprodução de valores sociais, econômicos, morais e jurídicos de uma nação. Observa-se que o fator histórico do neoconstitucionalismo, irremediavelmente, resultou nas características teóricas propostas por Barroso (desenvolvimento de uma teoria da interpretação, reconhecimento normativo da constituição e a expansão da jurisdição).

Nessa toada, Sinaliza Galvão (2014, p. 57 *apud* Miguel Carbonell, 2009, p. 198-201) acerca do desenvolvimento da teoria interpretativa, a expansão da atividade jurisdicional sobre esse novo paradigma carregado de axiologia no texto constitucional:

Práticas jurisprudências mais complexas a partir da construção de parâmetros interpretativos adequados para lidar com essa axiologia do texto constitucional, como as técnicas interpretativas próprias da utilização de princípios-ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a máxima efetividade das normas constitucionais, a irradiação horizontal dos direitos fundamentais etc.- o que acarreta uma explosão da atividade judicial e requiere de alguma forma o ativismo judicial.

A encampação dos valores e a conversão em princípios dentro da ordem jurídica foram responsáveis por introduzir abstração a um preceito deontológico, isto é, um dever-ser, e é o que se pode chamar de reconhecimento normativo da Constituição. Mesmo sua obrigatoriedade no texto constitucional, não fez com que - e não o faria mesmo - destituir as incertezas que rodeiam os valores, os quais não

são esclarecidos com a indagação simples de: “o que são?”, mas sim com a de “o que são em determinada época?”. É volátil, logo a interpretação também o é<sup>7</sup>.

Outrossim, valeu pontuar que as normas de direitos fundamentais ainda mantêm uma outra característica que proporciona a inflação jurisdicional: o conteúdo programático. Majoritariamente encontrado nos direitos fundamentais de segunda dimensão (sociais), quando atrelados à aplicação imediata exigida, geram uma grande discussão. Paradoxalmente, tem-se, de um lado, uma medida que exige aplicação imediata a uma norma que não está exaurida para aplicação (e nunca estará); a sua natureza dependente de um amadurecimento gradativo e condicionado à disponibilidade de recursos humanos e financeiros, confronta-se, na maioria das vezes, com o imediatismo de sua efetividade. Não obstante as doutrinas defensoras da não aplicação imediata dos direitos sociais justificando-se na localização do dispositivo, dentre outros fundamentos contrários, é nesse campo de incertezas que mais uma vez se vê presente a possibilidade de expansão do Judiciário pela via de interpretação-aplicação, na qual, repetidamente, compreende-se que as demandas sociais estão aptas à aplicação imediata. Inevitavelmente, tal medida interfere nas políticas públicas, mas não cumpre maiores aprofundamentos na oportunidade.

Desse modo, o desenvolvimento de teorias novas a partir dos textos constitucionais foi mais um traço marcante do neoconstitucionalismo, como assevera a própria definição do autor. Analisam o texto constitucional não para verificá-lo enquanto fenômeno jurídico, e sim para contribuir na sua modificação (GALVÃO, 2014, p. 58). Os estudos incidem pontualmente sobre as modificações ocorridas dentro da abertura fornecida pelos princípios constitucionais, das mutações no tempo, dos seus limites e alcances.

Todos esses elementos são unívocos no sentido de indicar o Poder Judiciário em uma posição muito mais importante do que outrora. Isso porque:

A principiologização do direito, característica do moralismo, desponta como a face mais visível desse pretense “pós-positivismo” tupiniquim, abrindo as portas do sistema jurídico ao subjetivismo de decisões judiciais que, valendo-se dos contornos menos nítidos das normas-princípio e potencializando-lhes os efeitos para além do que seria lícito fazer, deixa de

---

<sup>7</sup> Daniel Sarmiento (SARMENTO, 2009), nesse sentido: [...] não há uma posição clara nas fileiras neoconstitucionalistas sobre a forma como devem ser compreendidos e aplicados os valores morais incorporados pela ordem constitucional, que, pela sua vagueza e indeterminação, abrem-se a leituras muito diversificadas.



concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores (RAMOS, 2015, p. 301).

O juiz passou, então, a ser, segundo Sarmiento (2009), “o guardião das promessas civilizatória dos textos constitucionais”. Ainda o autor aduz que “esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder legislativo, na interpretação constitucional”.

Coligando todos esses elementos, pode-se dizer, coadunando melhor com a premissa do presente estudo, que o neoconstitucionalismo define-se na realidade brasileira, em Galvão (2014, p. 59), como:

[...] uma interpretação da prática jurídica a partir da perspectiva dos juízes em que a Constituição - editada após o restabelecimento do regime democrático - é tida com uma norma substantiva composta primariamente de princípios, exigindo do intérprete o manuseio de técnicas especiais, notadamente da ponderação.

No novo parâmetro, os magistrados têm em suas mãos o poder de decidir dentro de termos elásticos. Por exemplo, quando se fala em dignidade da pessoa humana, solidariedade, entre outros, tem-se uma indeterminação terminológica sobremodo, não há uma convicção certa daquilo que é digno, afinal, o que na contemporaneidade é digno, há pouco não o era. Essa possibilidade de trânsito proporcionada pela positivação de princípios (de valores em princípios), por outro lado, tem os seus benefícios, permite a evolução constitucional a fim de atender mudanças sociais que, por sinal, são constantes<sup>8</sup>, sem a necessidade da formulação de uma nova Carta. Porém, todo campo composto de abstração também pode caminhar em sentido contrário, pode abarcar questões ideológicas, passando de dever-ser ao querer-ser do juiz.

Em contraponto, Streck (2011) faz críticas às características imprimidas ao neoconstitucionalismo:

[...] é necessário reconhecer que as características desse *neoconstitucionalismo* acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio

---

<sup>8</sup> Ao contrário a maioria das regras jurídicas, que já prescrevem as suas hipóteses de incidências e consequências, as cláusulas constitucionais, em razão de sua plasticidade, permitem que a interpretação constitucional seja utilizada como instrumento privilegiado de mudança da sociedade que independe das vicissitudes do processo político (GALVÃO, 2014, p. 61).

texto da Constituição. Observa-se que, escandalosamente, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic).

Clarividente o posicionamento do autor no sentido de afirmar que existe ainda uma “cortina de fumaça” sobre os elementos definidores do neoconstitucionalismo, sendo que tal indefinição pode gerar emprego de instrumentos diversos sob a roupagem de “neo”, como justificativa de pretensões suspeitas.

Em posição crítica, Elival da Silva Ramos (2015, p. 298-299) aduz:

[...] se há algo próprio ao neoconstitucionalismo em matéria de Teoria da Interpretação é o exagero na valorização dos princípios constitucionais. Não se trata de afirmação do caráter vinculante das normas princípios, algo que o constitucionalismo *tout court* já houvera incorporado de há muito e sim de autêntica principiologização do Direito Constitucional, que passa a desprezar regras em favor de princípios e a deles extrair desdobramentos que competiria ao legislador infraconstitucional disciplinar.

Tem-se, desse modo, que o movimento neoconstitucionalismo estabeleceu-se como um novo parâmetro interpretativo baseado em uma ordem constitucional surgida no segundo pós-bélico, na qual se verifica em seu texto diversos valores - expressados em princípios com força normativa - em contraposição aos atos desumanos havidos no contexto de guerra que, esses mesmos preceitos normativos, porquanto dotados de tamanha abstração, resultaram na expansão da jurisdição constitucional, que ficou como responsável pela sua guarda.

Em tempo, cumpre advertir que a abstração contida nos princípios é a segunda etapa para o engrandecimento do Judiciário (o primeiro está na possibilidade de suscitar aplicação por via jurídica, ou seja, no reconhecimento normativo da Constituição). Causa certo estranhamento dizer pelo reconhecimento normativo da Carta, principalmente quando se está habituado com atual pragmática, e seria estranho pensá-la fora desse regime, mas, como se vê, há tempos as Constituições foram meras formadoras do Estado, trazendo apenas uma organização política e administrativa que pouca força normativa mantinha. Assim, com o advento dos direitos fundamentais, que carregam poder deôntico em obrigar a prestação estatal, já se verifica como marco fulcral a expansão jurisdicional que, somados à abstração dos termos, permitiram que a doutrina e a jurisprudência

expandissem ainda mais essa atuação. Pode-se alegar que a primeira está adstrita à judicialização dos fatos sociais e a segunda à interpretação-aplicação, cujo proceder poder ser tanto contido como ativista.

Desse paradigma interpretativo, mantenha ele continuidade ou não com os postulados positivista, o que se pode afirmar é que se faz necessário revisitar alguns aspectos que um dia foram mais predominantes em nossa ciência jurídica, e só assim - ou o melhor caminho - evitar a profusão de arbitrariedade judiciária como se observa na realidade brasileira. Essa vertente interpretativa traz, sem dúvidas, possibilidades de o direito ser de fato o instrumento da justiça, na mesma medida em que o deteriora. Pode-se dizer, grosso modo, que a maior virtude do direito contemporâneo constitucional, e o seu maior defeito, está na interpretação-aplicação dos juízes que pré-concebem uma decisão arbitrariamente e a justificam na corrente neoconstitucionalista erroneamente.

Superada essa fase de cunho teórico acerca da dinâmica do estudo do novo paradigma constitucional pela corrente neoconstitucionalista, da qual se infere o empoderamento do poder judicial na esfera constitucional, passa-se a analisar a pragmática de como esses fatores influenciam a judicialização de muitas questões no Brasil.

### 1.3 A JUDICIALIZAÇÃO BRASILEIRA: COMO TODOS OS PROBLEMAS SÃO FEITOS PARA TERMINAR NO JUDICIÁRIO

Segundo o que se entende, a judicialização pode ser sintetizada como a expansão do rol das possibilidades das quais o Judiciário tem legitimidade a decidir. É dizer que, em relação às outras funções (Legislativo e Executivo), ao Judiciário é dado o papel de protagonista decisório em matérias que contêm repercussões políticas e sociais, as quais, como visto na projeção histórica, eram atribuídas ao Parlamento ou ao Executivo.

Diferente do que ocorre no ativismo, a judicialização é o alargamento do Judiciário dentro do campo jurídico, o que comumente se verifica quando comparada com marcos históricos legislativos que disciplinavam de forma mais restritiva. Isso pode se dar no episódio de redemocratização do Brasil, pontualmente com o advento da Constituição Brasileira de 1988.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2012), a judicialização:

Significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo - em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Trata-se, portanto, da transferência de poder por via institucional ao Poder Judiciário. Como se verificou com o decorrer do deslinde histórico, cada vez mais o campo jurisdicional tomou espaço, do qual não se fez proprietário por arbítrio - ao menos no que diz respeito à judicialização -, mas por delegação do próprio texto constitucional, que lhe estendeu mais funções.

Barroso (2012) elenca três elementos que foram cruciais no ensejo da judicialização: a redemocratização do país, constitucionalização abrangente, sistema brasileiro de constitucionalidade. O primeiro foi responsável por tornar o Supremo Tribunal Federal um verdadeiro poder político, corroborando com a renovação dos ministros desvinculados da investidura militar. Além disso, possibilitou, dentre outros fatores, a reabilitação do ambiente democrático, impulsionando os cidadãos a uma maior busca por direitos. Sem olvidar o desempenho dado às funções essenciais da Justiça, pontualmente ao Ministério Público e à Defensoria Pública, cujo nicho de atuação se dá majoritariamente através da via judicial. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira (BARROSO, 2012).

O segundo é elemento que confere à atual Constituição o caráter de analítico, prolixo ou extenso, eis que tratou em seu texto diversas questões antes não encontradas na esfera constitucional, cujas prescrições restringiam-se à organização e administração dos poderes. Diferentemente do se verificava na França, onde imperava a desconfiança sobre o Judiciário no período pós-revolução, “que tentou fazer o juiz a *bouche de la loi*” (MARINONI, 2017, p. 1.026), no atual largo texto constitucional, nota-se certa desconfiança sobre o Parlamento, resultado do exercício precário e perene da política brasileira (BARROSO, 2012).

Ademais, em simples raciocínio, pode-se compreender que a característica de expansão do texto constitucional leva, irremediavelmente, à maior judicialização, posto que, tomando-o como norma (reconhecimento normativo da Constituição - neoconstitucionalismo), obtém-se a permissividade para uso da via judicial na busca da efetiva implementação da Carta. Por exemplo: “Se a Constituição assegura o

direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas [...]” (BARROSO, 2012).

Em terceiro lugar, no fomento da judicialização brasileira, tem-se o controle de constitucionalidade. O mais abrangente é o brasileiro, signatário tanto do mecanismo estadunidense (difuso), carregado nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1969, quanto o europeu (concentrado), idealizado por Hans Kelsen e, como se viu, derivado da ação interventiva (BARROSO, 2012). O segundo, conhecido também como sistema austríaco, uma vez que se funda na ideia de hierarquia organizada por graus, em que a norma máxima se traduz na Constituição, caracteriza-se por concentrar em um único órgão essa tarefa, no caso do Brasil, no Supremo Tribunal Federal. O controle abstrato “considera a norma em si, desvinculada de direito subjetivo e de situação conflitiva concreta”, desse modo busca “apenas analisar a validade constitucional da norma, independentemente de ser ela imprescindível, ou não, à tutela jurisdicional de um direito” (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2017, p. 1.036). Trata-se de uma verificação de compatibilidade de certa norma com a Constituição; é uma análise feita em abstrato, isto é, a resolução da celeuma constitucional não culminará na conclusão de um litígio intersubjetivo<sup>9</sup>.

Com marco inaugural no célebre julgamento do caso de *Marbury vs. Madison*, de 1803, o controle difuso (ou concreto), por sua vez, já marcara presença na Constituição brasileira desde 1891.<sup>10</sup> Tal modalidade consiste, como o nome já esboça, na resolução de determinado litígio que dependa da declaração da avaliação da constitucionalidade da norma contestada (TAVARES, 2012, p. 248). O objetivo essencial do pleito não é o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, esta etapa é meio para que o caso concreto seja concluído entre partes. Recebe o nome de difuso por ser exercido por órgão diversos, diferentemente do que ocorre no concentrado.

---

<sup>9</sup> Segundo André Ramos Tavares (2019, p.248): “O controle da constitucionalidade pode se *concreto*, subjetivo quando exercido durante determinado processo jurisdicional, desde que se pretenda, com ele, a resolução de algum ponto de Direito para a solução de uma controvérsia intersubjetiva”.

<sup>10</sup> Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal Compete[...] §1º Das sentenças das Justiças dos Estados em ultima instancia haverá, recurso para o Supremo Tribunal Federal: [...] b) quando se contesta a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das lei federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas lei impugnadas (BRASIL, 1891).

A adoção de ambas as modalidades de controle de constitucionalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, somada ao rol extenso de legitimados para discussão em controle concentrado, inflama ainda mais a judicialização, afinal, qualquer controvérsia, ainda com sensível reflexo constitucional, pode ser alvo de discussão na esfera judicial em qualquer grau. Os legitimados a propor o controle concentrado de constitucionalidade sofreu grande alteração com o passar dos tempos, desde 1965 a 1988 pode-se notar expansão dos legitimados. Enquanto, no período de sua criação, conferia-se legitimidade somente ao Procurador Geral da República, na atual Constituição se verificam, segundo o art. 103 da Constituição, muitos outros, veja-se:

Art. 103. Podem propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É inegável que, na medida em que o rol é estendido, há também a expansão das demandas que visam discutir inconstitucionalidades. Sendo este um dos pontos que também elevam a característica de que o Poder Judiciário é destino da resolução e grande parte dos problemas. Diante do número de legitimados, o STF tentou limitá-los através de posicionamento jurisprudencial da corte, segundo o qual estabelece condições temáticas para determinados casos. Classificou-os em legitimados universais, os quais poderiam propor ação direta de inconstitucionalidade incondicionalmente, são eles: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso; e legitimados especiais, os quais estão condicionados a apresentar pertinência temática ao intentar a ação, para demonstrar que o objeto da demanda tenha relação com a competência do exercício do cargo ou da atuação da entidade, são eles os estipulados nos incisos: IV, V e IX, do art. 103, CF (BARROSO, 2012, p. 810-812).

Essa elevação numerária de legitimados, atrelada a outros fatores, reflete nas estatísticas do Supremo Tribunal Federal, que soma desde 2000 até o presente

ano a propositura de 5.295 ações em sede de controle concentrado (ADC, ADI, ADO e ADPF) (STF, 2018). Embora seja possível concluir da pesquisa que o maior demandante seja o Procurador-Geral da República, a importância dos números distribuídos entre os demais, em somatória, eleva sobremodo as proposições, e pode-se concluir que esse alargamento foi determinante para deslocar a resolução de muitos problemas ao Judiciário (STF, 2018).

O controle concentrado, conforme se denota da própria pesquisa, é mais utilizado em épocas nas quais se visualiza maior fluxo de alteração legislativa. Em 2020, o Supremo recebeu 453 ações em controle concentrado, número maior em relação a todos os anos até então, ficando em segundo lugar o ano de 2019, com 334 (STF, 2018). Essa elevação está intimamente atrelada à mudança política que o país passou no ano de 2018 com a transição do governo considerado de esquerda para o de extrema direita, o que resultou em diversas mudanças legislativas, de modo adequar o sistema jurídico à nova ideologia. Somado a isso, em 2020 a pandemia do Covid19 acarretou uma produção legislativa elevadíssima para atender às particularidades do momento. Todos esses elementos elevaram a carga legislativa à medida que aumentaram o controle sobre ela.

No mais, quando se fala em efeitos decorrentes do controle de constitucionalidade, visualiza-se outro fenômeno no Supremo Tribunal Federal que, na verdade, trata-se mais de uma conduta ativista do que judicializante, cujo nome é: abstrativização dos efeitos do controle difuso. Mesmo assim, mister se faz compreendê-la para fim de distinção, veja-se, então: na via difusa (concreta), ou também denominada indireta, não há anulação ou revogação da lei, “teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do artigo 52, X” (SILVA, 2013, p. 55). Isso significa dizer que os efeitos resultantes da decisão só atingirão as partes litigantes, possibilitando a conclusão do objeto da lide, que prejudicialmente depende da declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, a via direta, ou controle concentrado (abstrato), “[...] importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato [...]” e, “Portanto, qualquer decisão, que decreta a inconstitucionalidade, deverá ter eficácia *erga omnes* (genérica) e obrigatória” (SILVA, 2013, p. 56).

Sintetizando: tem-se que a decisão proferida em controle difuso (concreto), por ser restrita às partes, somente a elas se vincula; todavia, quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pode atingir efeitos *erga omnes* se, após notificado por

este, o Senado Federal suspender a execução da lei reconhecida como inconstitucional; e, por outro vértice, a decisão proferida em sede de controle concentrado irradia efeitos tanto para os escalões do Judiciário como também para os da administração pública, ou seja, é, em regra, *erga omnes*.

Compreendidos os efeitos afetos a cada tipo de controle, é possível definir que abstração do controle difuso “consiste em uma nova interpretação feita pelo STF, que visa a “concessão de alguns efeitos exclusivos do controle concentrado ao difuso” (FERREIRA; TEIXEIRA, 2011, p.181). Implica “autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do artigo 52, X, da Constituição de 1988” (MENDES, 2004). Significa dizer que o Supremo Tribunal Federal, por mecanismo interpretativo, deduziu do texto constitucional a possibilidade de aplicar os efeitos do controle concentrado ao difuso.

Os posicionamentos que defendem tal medida são variados, dentre os quais vale citar o do Ministro Luís Roberto Barroso (2019, p. 184):

A verdade é que com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC nº 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica e sua manutenção.

Salienta-se que essa nova interpretação não se restringiu à parte retórica, fez-se presente também na pragmática, nas Adis nº 3.406/RJ e nº 3.470/RJ, em 2017, que, embora ações do controle concentrado, na oportunidade do julgado conferiu-se efeito *erga omnes* e vinculante sobre a apreciação incidental do art. 2º, da Lei Federal nº 9.055/1995. Assim se pronunciou a Corte: “O tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou procedente a ação e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art., 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e *erga omnes*” (STF, 2017).

Nada obstante os fundamentos que clamam pela aplicação da abstrativização do controle difuso, essa medida traz um prognóstico devastador no tocante à judicialização. Se de um lado o aumento do rol dos legitimados para proposição das ações no controle concentrado gerou maior judicialização, conceder mesmo efeito vinculante e *erga omnes* ao controle difuso é permitir a qualquer



demanda, que suscite incidentalmente a questão de inconstitucionalidade, a recepção dos mesmos efeitos. Sem olvidar que a medida é explicitamente ato de usurpação da competência Legislativa.

Desse modo, denota-se que diversos fatores foram e são responsáveis por encaminhar os problemas ao Judiciário, o que se deu, inegavelmente, por três fatores ainda não findados: pela redemocratização do país e os mecanismos ofertados à população para implementação de direitos contidos na Carta; pela abrangência do sistema constitucional que passou de mero divisor político instituidor de direitos a instituído e garantidor de direitos fundamentais; e pelo controle de constitucionalidade abrangente, inclusive com interpretações duvidosas.

Com efeito, quando se fala em maior busca da população por direitos, não se podem olvidar as políticas de acesso à justiça existentes em nosso país, as quais acarretam também maior judicialização. A exemplo disso, pode-se citar: a instituição de juizados especiais, a gratuidade da justiça para pessoas hipossuficientes, os microssistemas, assistência judicial, dentre outros mecanismos e regras. À vista de diversos instrumentos nesse sentido, é dedutível quão intensa é a judicialização brasileira, quão importante é o papel do Poder Judiciário na efetivação de direitos.

Acrescenta-se que, quando se estabelece um órgão (STF) responsável pela guarda de um documento, é certo que o conteúdo deste vai determinar a fiscalização da instituição e, quanto maior a análise feita pela Constituição, maior vai ser a incidência de poder de controle do Judiciário. Tem-se, portanto, que, quanto maior a ambição de uma Constituição, maior será a possibilidade de atuação do Poder Judiciário, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a sua guarda será calculada na medida da abrangência do documento sob vigilância.

Nesta seção restou demonstrado que a judicialização é a verificação do fenômeno de expansão do Judiciário pela própria via institucional, isto é, reconheceu-lhe poder tal através dos próprios direitos instituídos que, somados a outros fatores, tomou rumo exorbitante, mas legítimo. Nada obstante este grande campo de atuação, não se pode confundi-lo com o ativismo judicial, cuja verificação se dá pela transposição deste mesmo campo. Assim, a judicialização é etapa inescusável para a definição do ativismo judicial, eis que este assim se define quando transcende os limites judiciais.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL E BREVES NOTAS DA SUA OCORRÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Diferentemente do que ocorre nos sistemas jurídicos pautados na *common law*, nos quais a função da criatividade do direito é majoritariamente exercida pelo Poder Judiciário, nos sistemas fundados na experiência romano-germânica, a fonte principal se funda na lei, logo, o Legislativo é o portador da competência precípua de produção. Isso para se compreender, segundo assevera o professor Elival da Silva Ramos (2015, p. 109), que é importante pontuar, ao se falar de ativismo enquanto uma disfunção da jurisdição, a dicotomia existente entre ambos os sistemas, uma vez que na *common law* a dificuldade de se vislumbrar a ocorrência do ativismo é muito maior do que na *civil law*. Naquele, o juiz por vezes se confunde com o legislador, enquanto neste a separação é evidente (RAMOS, 2015, p. 109).

Embora exista maior facilidade na identificação do ativismo na realidade *civil law* e de adoção brasileira, essa tarefa não pode ser vista como fácil, pode-se dizer que é menos árdua do que as tentativas de definição dentro o arcabouço da *common law*. O mesmo motivo que levou à judicialização de muitas questões atinge o ativismo, e não é fácil apreender o sentido de até onde a jurisdição está sendo exercida e até onde ela foi ultrapassada para ser definida ativista. Bem é verdade que é imprescindível a compreensão da separação dos poderes para determinar até onde a jurisdição pode ir, como assevera Ramos (2015, p. 119):

[...] a observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhe é confiada e para cujo exercício foram estruturados. Há, pois, a necessidade de se perquirir quais são, em linha geralíssimas, as notas matérias da jurisdição.

Assim, antes de definir do que se trata o ativismo, embora já o tenha feito de maneira ampla, tem-se que observar o que diz respeito à jurisdição. Na teoria geral do processo encontra-se a seguinte assertiva:

[...] cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas - declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada o *longa manus* da legislação no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a

de assegurar a prevalência do direito positivo do país (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 44).

Pelos autores, é possível denotar que a jurisdição se caracteriza pelo seu exercício, de ser a aplicação da legislação na resolução de conflitos, sejam eles de natureza intersubjetiva ou objetiva (validade da norma). Decerto que a função jurisdicional, para além de entregar instrumentos de estruturação ao Poder Judiciário para bem fazê-lo funcionar, é praticada por meio de um processo com diretrizes específicas, tais como inércia, contraditório etc., que guardam íntima relação com sua formação material. Isso para afirmar que, para se verificar a desobediência dos limites jurisdicionais, e conseqüentemente da separação dos poderes, é preciso observar se o ato lesivo se encontra além da formalidade, deve-se tê-lo como nocivo em face da substância material da atividade (RAMOS, 2015, p. 120).

O autor propõe que a observância da desnaturalização da jurisdição com base no texto formalizado não é suficiente para determinar o ativismo, é imprescindível, para tanto, verificar se a decisão está de fato trabalhando no sentido dos fins estabelecidos pelo direito ou não. Mostra-se interessante a proposta, mas parece redundar no mesmo problema enfrentado quando se fala em marcos interpretativos, afinal de contas: qual é o fim pretendido pela norma senão aquele que o próprio julgador define?

Com efeito, um consenso - e retorna-se aqui a questão conceitual - é de que o ativismo judicial nos corredores forenses na maioria das vezes é designado como algo pejorativo e, segundo alguns autores, assim o é por definir as decisões que não são favoráveis aos operadores do direito. Ou seja, o ativismo é a justificativa para decisão não aceita pelo vencido (CAMPOS, 2014, p. 149). A celeuma, ao que parece, não se estabelece na valoração negativa acerca do ativismo, mas sim na sua incompreensão por vezes viciada de ideologia. Desde já, é importante advertir que, neste ensaio, a negatividade será reiteradamente utilizada, não com finalidade ideológica ou de represálias de um operador do direito vencido, mas sim pela observância dos efeitos negativos que sua tomada pode levar.

Em continuidade, insta pontuar, ainda, que o ativismo não pode ser determinado pela quantidade de ações de inconstitucionalidade julgadas pela Corte, ou seja, por critério quantitativo. Muito pelo contrário, esse critério é utilizado para compreensão da judicialização, como se viu no tópico afeto a este tema. Desse

modo, o ativismo deve ser visto do prisma qualitativo, avaliado minuciosamente a cada caso, conforme pondera Campos (2014, p. 159):

O ativismo judicial deve ser identificado e “medido”, principalmente, por critérios qualitativos. Não é possível uma “medida” segura de ativismo judicial apenas por critérios quantitativos como a frequência com que as cortes julgam inconstitucionais os atos normativos dos outros poderes ou superam precedentes de “cortes anteriores”.

Ademais, inobstante serem estudiosos do sistema *Common Law*, os autores, Frank B. Cross e Stefanie A. Lindquist (2006, p.13-14) elencam seis elementos indicadores do ativismo judicial: a) o grau em que uma corte invalida as decisões tomadas por meio democrático; b) estabilidade interpretativa: o tempo de alteração de precedente, doutrina e/ou entendimento; c) fidelidade interpretativa: quando as decisões são tomadas evidentemente contra as intenções do legislador; d) Interferência em processo substantivo: grau em que uma Corte adentra as decisões substantivas de políticas, ao contrário de se restringir a manutenção do processo democrático; e) especificidade de política: quando a determina políticas públicas específicas, avocando atribuição de agências ou particulares; e f) substituição: disponibilidade para substituir decisões tomadas por outros agentes governamentais pelas decisões tomadas pela corte.

Embora realizado com referência ao sistema jurídico consuetudinário, é possível extrair desses elementos similitudes ocorridas no sistema jurídico brasileiro, notadamente no que diz respeito aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, na doutrina brasileira, a definição pode ser vista com mais detalhes nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2012). O ativismo, por esse prisma, está atrelado a ideia de atuação mais ativa do Poder Judiciário na busca da concretização dos valores estampados na Carta Magna, trata-se de uma definição mais abrangente.

O autor continua indicando três condutas pelas quais o ativismo judicial se manifesta, são elas:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário. b) declaração de inconstitucionalidade de atos

normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; e c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012).

Lenio Luiz Streck (2016, p.725), por sua vez, leciona que a forma mais simples de se perceber o fenômeno do ativismo judicial se dá através da seguinte questão: “a decisão (uma determinada decisão), nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares? Se a resposta for negativa, “há fortes indícios de que estejamos a ingressar no perigoso terreno do ativismo”.

Para o professor Elival da Silva Ramos (2015, p. 131), o ativismo é definido como:

[...] o exercício da função jurisdicional além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Todos os critérios para aferição do ativismo judicial, sejam aqueles elencados pelos doutrinadores estrangeiros, sejam pelos doutrinadores nacionais, mostram-se razoáveis nesse sentido, assim como deixam patente que os contornos definidores só podem ser vislumbrados no caso concreto, uma vez que se estabelecem sobre a análise do ato decisório acabado, seu *modus operandi*, fundamento e alcance.

Pode-se afirmar que o ativismo é tudo isso, mas, para que fique pontuada a abrangência do termo, é importante a conjugação de todos os ensinamentos trazidos até aqui. Tem-se, então, a divisão do ativismo em dois parâmetros, um em seu sentido *lato* e outro em seu sentido estrito. No tocante ao sentido *lato*, pode ser visto como qualquer transposição da barreira jurisdicional, um ir além daquilo que lhe é permitido. Por outro lado, o sentido estrito, vislumbra-se a partir dos elementos aplicáveis no caso, são eles: instabilidade interpretativa, interferência em processo substantivo, majoritaríssimo, substituição de escolhas, e, acrescenta-se, o pamprinciologismo.

No que diz respeito à instabilidade interpretativa, atrela-se ao fato de mudança frequente do entendimento de uma Corte, se em pouco tempo é notável alteração dos posicionamentos adotados, principalmente se não há fatores externas

ou internas que a justifiquem (por exemplo: guerra, pandemia etc. no caso de externas, e frequente alteração legislativa no caso de internas).

Exemplo que pode ser utilizado na atual da realidade brasileira diz respeito à máxima do princípio da presunção da inocência, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Apesar da clareza da prescrição legal, o Supremo Tribunal Federal passou por divergências quanto ao sentido do enunciado legal nos últimos anos, chegando a breve conclusão de que o entendimento permitia a prisão dos condenados penalmente em segunda instância mesmo antes do trânsito em julgado da sentença. No *Habeas Corpus* impetrado pela defesa do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, de número nº 152.752, a Corte manteve o entendimento de que a prisão após a condenação em segunda instância seria possível, ainda que não verificado o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (STF, 2018). O julgado ocorreu em abril de 2018.

Sem alteração dos ministros da corte, em novembro de 2019, agora em processo objetivo (controle de constitucionalidade), houve mudança no entendimento para fixar o óbvio do texto constitucional: de que ninguém poderia cumprir pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (STF, 2019).

Essa mudança repentina enquadra-se, indubitavelmente, na falta de fidelidade interpretativa da Corte, que, sem qualquer justificativa substancial, optou pela superação do precedente. Há quem afirme que a alteração se deu por questões políticas que dependiam da conclusão do feito na época, todavia, no caso citado, a contraposição ao texto constitucional é tão severa que independe empenhar outros elementos além da instabilidade interpretativa.

Mesmo assim, reitera-se: não necessariamente as mudanças em um curto espaço de tempo automaticamente levarão à configuração do ativismo, na verdade, evidenciarão os indícios que, atrelados a outras circunstâncias, pode-se nessa direção inferir.

Quanto à interferência em processos substantivos, diz respeito ao ingresso do Poder Judiciário em matérias reservadas às políticas públicas. No Brasil, restou evidente essa característica no julgamento da ADPF nº 347, de 2015, o qual ficou marcado pela adoção expressa da tese Colombiana do Estado de Coisas Inconstitucional. Sob o fundamento da violação constante dos direitos fundamentais ocorrida nos estabelecimentos prisionais brasileiros em razão da grave condição

desses locais, determinou-se, entre outras coisas, a liberação do saldo acumulado no Fundo Penitenciário e a abstenção em face da União na adoção de novas medidas de contingenciamento sobre o valor (STF, 2015).

Essa deliberação gerou diversas críticas, dentre as quais cumpre trazer a de Bernardo Schmidt Penna (2017, p.17):

Por melhor que seja a intenção do julgador – e no caso decidido, de fato parece ser boa – isso acaba por irrelevante, uma vez que ocorre verdadeira usurpação de função inerente exclusivamente ao executivo, denotando, por óbvio, uma indevida intervenção.

Outrossim, em crítica severa ao reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, Streck (2015) assevera que em sendo correta ou não a tese adotada pelo Supremo, “a palavra ‘estruturante’ poderá ser um guarda-chuva debaixo do qual será colocado tudo o que o ativismo quiser, desde os presídios ao salário mínimo”.

Portanto, esse elemento indicador do ativismo mostra-se na interferência judicial sobre a atividade do Poder Executivo, nas escolhas públicas tomadas pelo órgão. A situação é perniciosa, haja vista que, se levados em consideração já os termos indeterminados que constam na Constituição, o tribunal que deveria dar mais especificidades e identificá-los, acaba por criar um cenário ainda mais abstrato, quiçá incompreensível. É certo que o Brasil não atende as muitas especificidades de constitucionalidade no que tange as políticas públicas (e outras mais), insatisfatoriamente cumpre o mínimo e com muito custo os objetivos programáticos postos da Carta, mas não por essa razão e nem por outra, que lhe autoriza a tomada das rédeas do Poder Executivo.

Em sequência, o majoritaríssimo e o quarto elemento do ativismo estrito, diz respeito à disposição do Poder Judiciário em revogar decisões tomadas por meios democráticos, aquelas diretamente ligadas ao exercício democrático, a invalidação do escrutínio eleitoral ou até mesmo de um plebiscito, pode ser usado com exemplo. Não há um exemplo no contexto brasileiro que possa demonstrar os traços desse elemento sem confundi-lo com os demais, mas é certo que isso não o retira da lista de ser mais um ponto na somatória da percepção do ativismo.

Outro ponto que se mostra evidentemente como indicativo de ativismo, e o quarto elemento, está atrelado à substituição das escolhas governamentais por aquelas optadas pelo Poder Judiciário. Apesar de manter similitude com outros

elementos, é importante frisar que, embora a substituição implique necessariamente na revogação do ato considerado inconstitucional, fazendo prevalecer o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, nem sempre a revogação resulta na substituição. Revogar está atrelado ao cancelamento da decisão tomada, e se exaure somente nessa conduta; a substituição, por outro lado, implica na revogação e indicação de como proceder no caso, ou seja, faz imperar uma lógica ativa escolhida pelo Judiciário.

Embora o exemplo utilizado no segundo elemento enquadre-se perfeitamente a esse, nota-se que a atual convicção sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual é permitido ao Poder judiciário implementar políticas públicas quando verificada a inércia ou morosidade da Administração, é grande sinalizadora desse elemento. Essa linha pode ser deduzida do julgamento do Recurso Extraordinário nº 877.607/MG:

O Supremo Tribunal Federal já assentou a possibilidade, em casos de emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecutória de direitos fundamentais (STF, 2017)

Por derradeiro e não menos importante, tem-se o pamprinciologismo, termo utilizado pelo professor Lenio Luiz Streck e que se refere ao “abuso principiológico que vivenciamos em terrae brasilis” ou “um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional” (STRECK, 2017, p. 576). A simples modo, pode-se dizer que este termo se refere a uma onda que tomou o Judiciário brasileiro pelo emprego desenfreado de princípios. E esse evento não se restringe, e aqui está a preocupação maior, aos princípios estampados na Constituição, não, ele vai além e busca em não se sabe onde, a construção de princípios na retórica decisória. Veja-se que o Supremo Tribunal Federal tem grande tendência nessa direção, sobretudo diante do caso narrado de importar um instituto nunca visto na realidade jurídica brasileira (Estado de Coisas inconstitucional).

Mostra-se como mecanismo de justificação de uma decisão já pré-concebida e mitiga deveras o antigo jargão de que: “me dê os fatos que lhe darei o direito”, na verdade, hoje, pode-se dizer: “me dê os fatos que lhe darei a minha concepção sobre eles”. Não bastasse a textura aberta contida nos princípios, o Judiciário também começou a produzi-los em larga escala.



Lenio Luiz Streck (2017, p. 556-571) descreve alguns dos princípios que foram inaugurados no sistema jurídico brasileiro, quais sejam: princípio da alteridade, princípio da nulidade do ato inconstitucional, princípio da não surpresa, princípio da absoluta prioridade dos direitos da Criança e do Adolescente, princípio da efetividade, princípio do processo tempestivo, princípio da ubiquidade, princípio do fato consumado, princípio do deduzido e do dedutível, princípio da instrumentalidade processual, princípio da delação impositiva, princípio do máximo aproveitamento dos atos processuais, princípio da eventual ausência do plenário, princípio da cortesia, princípio da inalterabilidade ou da invariabilidade da sentença, princípio da cooperação processual etc<sup>11</sup>.

Essa gama de princípios indica e maquia, sem dúvidas, a intenção arbitrária do julgador. Muitos dos citados pelo professor mostram-se tautológicos, e admitir o caráter principiológico de um enunciado é imprimir-lhe asas, para que seja interpretado em muitas direções, onde bem entender o julgador. É árdua a tarefa de compreensão da densidade e aplicação dos princípios, mais ainda quando seus parâmetros criacionistas são aleatórios, nascidos na jurisprudência, razão esta que, inclusive, impede seu contraste legal.

Decerto que os elementos elencados para indicar o ativismo judicial não são taxativos e o emprego deles depende da análise da forma com a qual o sistema jurídico e a estrutura judiciária se estabelecem. Notadamente na realidade brasileira, observa-se com pouco esforço quase todos os critérios para aferição do ativismo jurisdicional em meio à jurisprudência, cumulativamente ou não, o que, evidencia, assim, que além de ter uma cultura judicializante por natureza, o Poder Judiciário tupiniquim tem sido um assíduo ativista.

Superada essa fase, na qual se entende a fixação dos critérios que possibilitam a determinação de uma decisão ativista, bem como a sua ocorrência dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passa-se, então, à análise dos efeitos negativos causados por todo esse atuar exorbitante da jurisdição constitucional, aferindo os posicionamentos existentes.

---

<sup>11</sup> Em pesquisa jurisprudencial realizada no TJ/RS, mais de 10 resultados são localizados para decisões fundamentadas no princípio da rotatividade (no dia 02/01/2013), sendo que a primeira data do ano de 2003 (acórdão número 70006164875). Pode parecer pouco, mas considerando que rotatividade não é um verdadeiro princípio, é assustador, porque mais de uma vez a democracia foi violada. E violação é violação, não importa quantas vezes ocorra (WEBBER, 2013).

## 2.1 PONTOS ACERCA DO ATIVISMO

Há defensores assíduos do ativismo judicial, mas também aqueles que o repudiam. Quanto aos primeiros, acreditam no atingimento das finalidades Estatais por meio da atuação predominante do Judiciário; todavia, no caminhar dessa retórica por algum momento, ou por todo ele, acabam por deixar de lado uma das bases fundantes do nosso Estado Democrático de Direito: a democracia. Com efeito, usam da máxima “os fins justificam os meios” para se obter o objetivo estatal.

Tamanha deferência ao Judiciário - hoje nem tanto - é reflexo da desconfiança popular e institucional - esta vista na própria estrutura constitucional -, proporcionada por questões delicadas ligadas à política, com destaque ao alto volume de escândalos advindos daqueles que exercem cargo de representatividade. Não só, “nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção” (BARROSO, 2012). No mesmo sentido, Rodrigo Medeiros da Silva destaca: “O parlamento, minado por interesses corporativos, volta-se para satisfação de determinados grupos, relegando a segundo plano os debates políticos que efetivamente exprimam a vontade coletiva e se manifestem na voz da população” (2015).

Como sinalizado, a doutrina também compreende que esse déficit funcional se faz presente além da inércia voluntária dos representantes, de deixarem ao acaso as soluções da sociedade, ocorre por problemas da própria estrutura governamental:

A incapacidade do aparato governamental brasileiro de atender à produção normativa identificada, pelos próprios Poderes representativos (Presidência da República e Congresso Nacional), como necessária à consecução dos objetivos traçados pela Constituição de 1988 resta patenteada, dentre outras evidências, pelo fato de não haver concluído até hoje o ciclo de grandes reformas constitucional iniciado em 1995. Para muitos, a matriz desses problemas reside na dinâmica de funcionamento do sistema de governo presidencialista, incapaz de gerar governos apoiados por maiorias parlamentares estáveis, o que se agrava em um quadro pluripartidarismo exacerbado, como o nosso (RAMOS, 2015, p. 304).

Apesar de existirem medidas aptas a contornarem a atuação maculada de tais poderes, é bem verdade que a sua vigência dependerá da superação dos mesmos problemas, isto é, uma proposta legislativa de reforma, quer na reconfiguração do sistema de governo, quer na reestruturação dos partidos, há que

ter apoio congressista e, levando em consideração a sensibilidade do tema, pouca possibilidade de sucesso é vista. Quando se fala em debate sobre a alteração do sistema de governo presidencialista, em rápido raciocínio, presume-se barreiras nessa direção, “quer pela envergadura de uma revisão constitucional que visasse à alteração do presidencialismo vigente, quer pela oposição do órgão proeminente de nosso sistema político, a Presidência da República” (RAMOS, 2015, p. 306). Outrossim: “tais reformas não tem como berço maior o Parlamento, que está dormindo por correntes política que desejam a manutenção da atual conjuntura em razão dos benefícios que auferem” (SILVA, 2015).

Ao que parece, a tendência ativista como resultado da crise institucional tem suas razões e de fato encorajam os julgadores a ir além do que é permitido, todavia, essa conduta, ao contrário de suprir o descrédito proveniente dos outros poderes, na verdade, o enaltece, cria um cenário ainda mais degradante, gerando uma espiral decrescente da qual os julgadores se valem para justificarem o ativismo. Nessa linha, a doutrina leciona:

Através do ativismo judicial acontece uma interferência de mais intensidade o Poder Judiciário nos outros dois poderes, ocorrendo, assim, uma desconfiança que o Poder Executivo e Legislativo tem que acatá-la, entanto que o Legislativo fica com a visão de que não legisla em favor da população. Havendo um desequilíbrio de todo sistema democrático, o qual tanto se lutou para ter (DELBONI; BATISTA NETO, 2018).

Inevitavelmente, a desconfiança resulta em outras consequências: em primeiro, na maior busca pelo Judiciário na crença de que só ele pode dar cabo ao problema, o que implica o impulso da judicialização; e, em segundo, no impedimento gradativo de se buscar alternativas mais democráticas, mais representativas. Sem olvidar que o descrédito se dá sob uma decisão paliativa, dependente de uma conclusão definitiva, seja pela confecção legal ou seja pela regulamentação administrativa.

Quanto aos efeitos do alto volume de litígios a doutrina alerta:

O constante acionamento do Judiciário traz consequências danosas para o sistema da justiça, em função do deslocamento de discussões políticas para a arena jurisdicional. Questões que como a falta de legitima e o desconhecimento da realidade administrativa fazem com que o a [sic] judicialização se torne um problema e não uma solução para a inércia do Estado na consecução de políticas públicas (SILVA, 2015).

Denota-se, desse modo, que o descrédito gerado sobre os órgãos representativos tem dois fatores, o primeiro está atrelado ao próprio exercício da política, que coloca em segundo plano temas relevantes na efetivação de direitos; o segundo está afeto à própria estrutura democrática e ao sistema de governo, é congênito. A desconfiança, enquanto resultado de ambos, oferece terra fértil para condutas ativistas, as quais não se quedam inertes nessa direção, como se viu. Acontece que a justificativa de intromissão pautada no melindre do órgão representativo não é suficiente, uma vez que o resultado esperado, o de suprir os fatos gerados do descrédito, labora diametralmente em via oposta, aumentando cada vez mais a falta de confiança nos órgãos representativos.

Inobstante a justificativa ativista se pautar na improficiência dos outros poderes e, apontadas as possíveis origens desses problemas, bem como os caminhos passíveis de solução, faz-se mister observar como o ativismo, mesmo nesse contexto de poucas esperanças de mudança, comporta-se, se certamente pode ser o instrumento adequado para suprir as lacunas deixadas pelos outros poderes. Se a sua atuação é positiva na concretização dos direitos constitucionais ou se coloca adversária dos fins estatais.

## 2.2 ATIVISMO JUDICIAL COMO RESULTADO DA COMPREENSÃO DE EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

É imprescindível, para encontrar as respostas sobre os malefícios ou benefícios do ativismo, a compreensão da eficácia das normas constitucionais, uma vez que fornecerá os espaços e os limites pelos quais cada órgão está obrigado ou não atuar.

Pois bem: propagou-se que o ativismo judicial se estabelece diante da inércia dos outros poderes quando não efetivam as finalidades estatais, sub-rogando-se, assim, na legitimidade de agir. Esse é o fundamento principal - da inércia dos poderes - do qual se utiliza para se fazer presente, e que não se restringe ao âmbito da teoria, pode ser facilmente encontrado em diversos julgados no Supremo Tribunal Federal, por exemplo:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes

transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos (MELLO, 2008).

Entretanto, é importante frisar que, embora o reconhecimento normativo da Constituição estabeleça a obrigatoriedade de seu cumprimento, a responsabilização pela inércia dependerá da eficácia atribuída a cada norma estampada no texto. Elas podem ser classificadas em razão da eficácia e aplicabilidade nos seguintes termos:

- a) Normas Constitucionais de Eficácia Plena e Aplicabilidade Direta e Imediata: e "a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta", onde "essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir" estando, pois, "completa e juridicamente dotada de plena eficácia." Possui eficácia plena porque "incidem diretamente sobre os interesses que o constituinte quis dar expressão normativa" e aplicabilidade imediata "porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade".
- b) Normas Constitucionais de Eficácia Contida e Aplicabilidade Direta e Imediata: "São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem a atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público". Possuem aplicabilidade imediata e direta, sua eficácia está sujeita a mediação do poder legislativo, podendo ser limitada pela incidência ulterior de lei que contenha seus efeitos.
- c) Normas Constitucionais de Eficácia Limitada e Aplicabilidade Mediata ou Indireta: são "aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte". Podem ser de princípio instituto ou, aquelas que estabelecem "esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário o estructure em definitivo", obrigando-o (Impositiva) ou facultando-o (Facultativa) na ulterior legislação; e de princípio programático, onde o constituinte buscou delimitar "princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado". São normas de eficácia limitada na medida em que dependem de legislação superveniente possibilite a produção íntegra de seus efeitos e sua aplicabilidade é mediata, mas não incompleta, pois é limitada na produção de consequências no plano das relações fáticas (destituída de eficácia social), expressando seus efeitos no plano jurídico sobre as normas com ela conflitantes, possuindo eficácia jurídica (ALVES; MONTENEGRO; SILVA, 2017, *apud* SILVA, 2002, p. 102-102).

Nessa altura é que o impasse se instala, nas normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, uma vez que dependem da regulamentação infraconstitucional para surtir os efeitos pretendidos. Depreende-se que o constituinte originário atribui ao órgão legiferante a faculdade de legislar para que a eficácia da norma constitucional gere efeitos. Se não há obrigatoriedade em criação dessas leis, por óbvio são dependentes da conveniência e oportunidade do legislador. A partir disso, então, indaga-se: "até que ponto a competência da atuação jurisdicional na aplicação das normas fundamentais é legítima, quando se tem a

pretensão de eficácia ligada à faculdade legiferante?” (ALVES; MONTENEGRO, SILVA, 2017).

Decerto que antes de enfrentar a resposta ventilada, faz-se importante revisitar os ensinamentos do professor da escola de Viena, Hans Kelsen (2009, p. 296), que leciona:

Assim como a questão de saber se, num caso concreto, existe um fato a que uma norma jurídica liga determinadas consequências tem de ser ligada à questão de saber quem é competente para responder à questão primeiramente referida, assim também a questão de saber se uma norma de Direito criada por um órgão jurídico está em conformidade com a norma superior que define sua criação, ou até o seu conteúdo, não pode ser separada da questão de saber quem é que a ordem jurídica considera competente para decidir a questão anterior.

Em Kelsen, a compatibilidade da norma com a Constituição atrela-se à competência para criá-la dada pela própria Carta. Em consequência, pode-se concluir, portanto, que uma norma emanada de local distinto daquele fixado pelo texto constitucional está laborando contrário a ele, e deve ser refutada - é o que a doutrina nacional chama de inconstitucionalidade formal. Assim, identificada a norma quando de eficácia contida e aplicabilidade mediata, e com previsão expressa de atribuição ao Legislativo, a ele, e somente, é permitido integrá-la. Como exemplo de norma que reúne essa característica, tem-se o art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988, que prescreve: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica” (BRASIL, 1988). Nota-se da clareza do artigo atribuição de integração da norma, “não se remete ao julgado a tarefa de complementar a eficácia do ato normativo constitucional e torna real sua pretensão”, o que “o texto constitucional expressamente determina é uma faculdade legiferante” (ALVES; MONTENEGRO, SILVA, 2017).

Assim, diante da prescrição constitucional nos termos retro lançados, em que restam evidentes os propósitos, o exercício integrativo da norma compete inteiramente ao Legislativo, que o fará quando assim lhe aprouver, de modo que a atuação jurisdicional substitutiva mostra-se perniciosa, atinge a própria lógica constitucional, a separação dos poderes, dentre outras diretrizes do Estado Democrático de Direito, haja vista que a justificativa para efetivação do direito implica ato atentatório: em uma escolha entre qual diretriz lesar - o que é inadmissível.

Entretanto, há normas de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata que não atribuem expressamente em seus enunciados a legitimidade de quem será o responsável por torná-las eficazes. Diante desse quadro abstrato, Elival da Silva Ramos (2015, p. 199) leciona que é vedada a interpretação-aplicação por meio da “discricionária atribuição de efeitos às normas concretizadas”, sendo dever do juiz, nesse caso, “se ater aos elementos hermenêuticos que, objetivamente, indiquem o seu enquadramento na categoria das normas de eficácia plena (restringível ou não) ou nas normas de eficácia limitada”. Considerando esta última hipótese, acrescenta pela necessidade de se compreender como a integração da norma procederá, se dependerá somente “de providências jurídico-formais (normas preceptivas), ou se, bem além disso, exige a execução de um programa de ação estatal de cunho abrangente”.

Dependendo de atuação material do Poder Público para integração da norma, o intérprete-aplicador “deve concretizar a norma respectiva em termos que a situem como dependente de providências integrativas a cargo dos Poderes Públicos”. Nessa toada, continua o autor afirmando que, nesses casos, o exercício do intérprete-aplicador deve se desprender da “[...] objetividade dos elementos gramatical e sistemático [...]” substituindo-a “por uma interpretação de cunho histórico-teleológico, em que a finalidade das normas em questão seja conectada à sua gênese[...]” (RAMOS, 2015, p. 194).

Inobstante a dificuldade do tema em compreender a quem se atribui a função de exercer a integração normativa e se até onde o Judiciário deve atuar sem que haja perda de legitimidade, tem-se que a utilização do caráter histórico-teleológico como fundamento para integração e limitação da eficácia normativa acaba por gerar um campo fértil para o ativismo judicial (ALVES; MONTENEGRO, SILVA, 2017). Isso ocorre porque o caminho percorrido através do critério interpretativo histórico-teleológico é abstrato em demasia, fornecendo mecanismos para a arbitrariedade do julgamento. Enquanto se esperava uma restrição objetiva, pode-se ter uma abertura exacerbada.

Exemplo disso pode ser encontrado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 410.715, no qual restou firmado o entendimento para atribuir eficácia plena mesmo em normas de eficácia limitada. Nesse sentido, a doutrina prescreve:

[...] no entendimento sufragado nesses julgados, a omissão de providências legislativas e administrativas reclamadas ao Poder Público para a concretização de normas assecuratórias de direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, autorizaria ao Poder Judiciário a convocá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (RAMOS, 2015, p.167-168).

Apesar de o próprio conteúdo da decisão se mostrar de tendência ativista, cumpre analisar a interpretação dada na oportunidade sobre o art. 54 da Lei nº 8.060 de 1990, cujo texto é a exata reprodução do art. 208 da Constituição Federal de 1988. A reprodução exata da norma constitucional demonstra a escolha feita pelo Legislativo em se ater às prescrições já estabelecidas na Carta - que inclusive se evidenciam de grande possibilidade de aplicação - de modo que a eficácia deveria incidir em campo idêntico. Entretanto, utilizando-se do critério finalístico, ao contrário de criar sentido objetivo para limitar interpretação-aplicação da norma - que não era cabível no caso -, expandiu-a em demasia ao conferir eficácia plena, em conduta totalmente ativista.

Portanto, tomando a eficácia das normas constitucionais como parâmetro para determinar a quem e a qual momento está o dever de fazê-las valer, pode-se dizer que a exigibilidade da jurisdição e sua legitimidade de atuação estão condicionadas à classificação da norma constitucional, se é de eficácia limitada, plena etc., o que se poderá deduzir do próprio texto. Estando expressamente declarada a atribuição de regulamentação do direito ao Legislativo, só a ele, por faculdade, compete atuar, sendo que qualquer interferência nesse sentido é atentatória ao Estado democrático de direito; por outro lado, quando a norma limitada não declara expressamente tal atribuição, à jurisdição é conferida legitimidade decisória sem que implique ativismo, desde que o faça de maneira objetiva tanto para as reivindicações que dependem de soluções formais quanto aquelas que exigem atuação material do Poder Público, nesse último, a objetividade deve ser ainda mais respeitada.

Por derradeiro, cumpre trazer breve nota acerca da importância do Legislativo no processo de limitação dos efeitos contidos nas normas constitucionais. Inobstante a possibilidade de atuação do Judiciário na ponderação das normas-princípio para lhe fixar eficácia e limites, em nada exclui a competência legislativa para que nesse sentido opere, ao contrário, espera-se que seja pioneira nesse processo - considerando a representatividade do órgão -, na tentativa de



encontrar “[...] um ponto ótimo no ajuste entre as normas em disputa [...]”. A inexistência desse empenho legislativo em nada impede a atuação do Judiciário no exercício da ponderação, mas promove “a densificação do conteúdo normativo dos dispositivos constitucionais em foco, razão pela qual se estabelece uma relação instrumental entre a legislação editada e as normas superiores reportadas” (RAMOS, 2015, p. 187). Com isso, cria a unificação e, automaticamente, gera certa margem de segurança na aplicação dos princípios constitucionais, reduzindo a possibilidade de desvios hermenêuticos com tendências arbitrárias.

### 2.3 O ATIVISMO E OS PROBLEMAS DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Direto ao núcleo da questão: tem-se a crítica mais erigida por parte significativa da doutrina que se resume na falta de legitimidade representativa do Poder Judiciário na concretização de direitos tensionados com a ideia de substituição da escolha legislativa ou administrativa, uma vez que os membros que o compõem não são eleitos pela via democrática - escrutínio eleitoral. Acontece que, mesmo não eleitos pelo povo, os juízes, sobretudo em se falando de jurisdição constitucional, são detentores de poder político, podendo invalidar, inclusive, decisões tomadas por outros poderes. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso leciona (2012):

A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República - sufragado por mais de 40 milhões de votos - ou do Congresso - cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular - é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária.

É importante consignar que a ilegitimidade suscitada pela doutrina não se afere em qualquer ato do Judiciário como guardião da Constituição, afinal concedeu-se uma gama de possibilidade pela qual tem poder de decisão nesse sentido, o controle de constitucionalidade é um exemplo. Dentre os instrumentos, a função jurisdicional deve tomar como objetivo principal a consecução dos fins propostos na Carta, protegendo-a e aplicando-a, mesmo que a execução dessa tarefa mostre-se contrária à maioria. Em boa parte dos Estados democráticos há destinação de “uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que são recrutados

pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial” (BARROSO, 2012).

Nessa lógica, imagina-se, por exemplo, que a maioria da população brasileira concorda com a pena de morte, mas a Constituição veda expressamente qualquer espécie de penalidade que seja contrária a vida. O Tribunal Constitucional, mesmo desagradando a maioria, tem de decidir, obviamente, pela vedação de penas dessa natureza. Essa é a verdadeira expressão do poder contramajoritário.

Assim, preliminarmente, mister se faz apontar que o contramajoritarismo, inobstante o termo induzir a uma tensão contra a vontade popular e levar falsa ideia de ilegitimidade, é antes disso um instrumento para manutenção da Constituição, que não se confunde com ilegitimidade democrática resultado do ativismo judicial, alvo da crítica inicialmente mencionada.

Em sequência, denominando o conjunto de normas constitucionais dotadas de clareza e objetividade de Constituição Manifesta, como no exemplo, Bickel (1978, p. 39) leciona que são exatamente esses enunciados normativos que fornecem prerrogativas ao Poder Judiciário para impor as decisões mesmo a contragosto. Isso porque o Judiciário é instituído não para atender à vontade popular (incluindo os representantes), e sim à Constituição, que é a vontade popular instituída.

Ademais, para que o exercício desse contramando a favor da Constituição possa prosperar, faz-se importante que os magistrados gozem de certa irresponsabilidade política, caso contrário, a tensão popular poria em ruína a função jurisdicional Tribunal. Sobre a posição crítica da irresponsabilidade política, nota-se: “[...] num sistema democrático é, obviamente, assegurado a independência dos juízes, mas tanto mais são esses independentes, tanto menos obrigados a ‘prestar contas’ das suas decisões ao povo ou, à maioria deste e seus representantes represente” (CAPPELLETTI, 1993, p. 93). Segundo esse posicionamento, a irresponsabilidade política conferida ao Judiciário no exercício jurisdicional gera: “grande tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático” (CAPPELLETTI, 1993, p. 93 *apud* DEVLIN, 1974, p. 10).

Outrossim, assevera Antoine Garapon (1993, p. 74):

O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio,

inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia.

A forma pela qual a crítica se debruça sobre a irresponsabilidade política mostra-se exacerbada, uma vez que a considera de modo generalizado, como se tudo o Judiciário pudesse executar sob esse manto. Apesar de a irresponsabilidade política ser utilizada para adentrar campos nos quais pairam dúvidas sobre a possibilidade de atuação, não se pode demonizá-la, porque, aplicada na medida correta - sob a Constituição Manifesta -, torna-se grande mecanismo de proteção à Constituição.

A convergência sobre a ilegitimidade do Judiciário, destaca Bickel (1978, p. 39), encontra-se na Constituição Aberta - conjunto de normas abstratas -, onde a prerrogativa de atuação está oculta, senão inexistente. Nesse ponto, a falta de representatividade do judiciário é que de fato encontra obstáculos, pois está atuando em âmbito duvidoso, quiçá vedado, porque as normas não lhe conferem clareza.

Nesse aspecto, instala-se a seguinte indagação: considerando que o Judiciário não dispõe de representatividade popular e que usufrui da irresponsabilidade política - justamente para fazer valer decisões contramajoritárias -, poderia impor decisões sobre questões que caberiam aos órgãos concebidos democraticamente (Executivo e Legislativo)?

Segundo Luís Roberto Barroso (2012), o Judiciário não pode suprir a política, tampouco o governo da maioria, que é a mais clara manifestação democrática, mas deve se manter sempre vigilante quanto aos fins e valores constitucionais. É atribuição do Parlamento, juntamente com o Presidente, fazer as escolhas cabíveis dentre as alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Continua: “Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos”.

Em método exclusivo, o autor afirma que o Judiciário deve ser o protagonista em salvaguardar os valores constitucionais e a democracia, e no que resta devem assim o ser os representantes do povo. Fora a postura seletiva do Judiciário indicada pelo autor, é certo que a jurisdição tem o dever de zelar pelos valores constitucionais e democráticos, e para esse fim foi constituída. Por outro lado, insta advertir que, sob a bandeira da defesa dos valores constitucionais, por ser tarefa

árdua e contínua a densificação de seu sentido - dos valores -, os juízes acabam se aproximando de condutas arbitrárias, antes para efetivarem uma vontade do que uma prescrição constitucional.

Nesse sentido, alerta Lenio Luiz Streck (2017, p. 87):

Em outras palavras a defesa de postura substancialista e concretista acaeca da utilização da jurisdição constitucional - que implica inexorável avanço em relação às tradicionais posturas de *self restraining* - não pode ser confundida com decisionismo e atitudes pragmáticas, em que o Judiciário se substitui ao legislador, como aumento desmesurado de protagonismos judiciais. Isso deve ficar bem claro.

O exercício arbitrário pode ser analisado no contexto brasileiro por meio da Reclamação 4.335/AC, que embora tenha perdido seu objeto com o advento da Lei nº 11.464/2007, sempre retorna aos debates no Judiciário. Em síntese, a medida processual em exemplo tem cabimento para fazer valer as decisões judiciais tomadas sob a égide da eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes - controle concentrado, vale dizer. No entanto, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro a intentou para impor entendimento proferido em controle difuso. Errou, então? Em termos estratégicos não, pois se pautou em uma tendência constitucional que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, denominada de abstrativização do controle difuso.

Em regra, com se viu, as decisões tomadas no controle difuso só produzem efeitos entre as partes litigantes e, para alcançarem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, dependem da suspensão feita pelo Senado Federal, por força do art. 52, X, da Constituição Federal; porém, o Tribunal tem mudado a eficácia e os efeitos do controle difuso independentemente da chancela legislativa, equiparando-os ao do controle concentrado (STRECK, 2017, p. 84).

Nessa linha, Streck (2017, p. 84) continua:

Ocorre que parte dos Ministros entendeu que - em virtude da tendência à concentração do controle de constitucionalização, visualizada nas mudanças operadas no texto da constituição e nas várias leis infraconstitucionais, - estaria ocorrendo uma mutação constitucional e que, por isso, no lugar em que a Constituição fala que o Senado cabe suspender a execução da lei, deveria ser lido dar publicidade à lei declarada no todo ou em parte, inconstitucional pelo STF.

A mudança importa em decisão constituída totalmente de arbitrariedade, mostra verdadeira alteração interpretativa que se labora contrária ao texto, em verdade, não se trata sequer de questão interpretativa, mas sim de alteração de fato do texto. Não há que se falar, inclusive, em mutação constitucional, instituto no qual impera a concepção de alteração da norma pela via interpretativa, isto é “não faz nenhuma alteração no texto, atingindo a norma concretizada”, a tarefa de mudança do texto acontece pela via de alteração formal, “feita pelas maiorias parlamentares (processo de emenda) que removem o conteúdo do texto da Constituição [...]” (STRECK, 2017, p. 85).

Diferente de um ambiente interpretativo revestido de valores normatizados cuja atuação judicial é tensionada com representatividade democrática, e que ali está sob o pretexto de efetivação dos direitos fundamentais e proteção da democracia, com alteração do texto “tem-se um verdadeiro rompimento constitucional, pois sem alterar o texto formal (por meio do devido processo legislativo constitucional), é como se o tivessem feito, mas pelo próprio Judiciário” (STRECK, 2017, p. 85).

O ativismo judicial em execução com essa tendência de mudança não está além do texto, está em direção contrária, é a evidente usurpação da competência legislativa. Nesse caso, sobretudo, a concretização de direitos fundamentais e a proteção da democracia mostram-se incabíveis, afinal, a proteção do objeto-democracia coloca a perder a própria democracia.

Nesse caso, a tensão não está na discussão sobre legitimidade do Judiciário, se ele foi eleito ou não pelo povo, está em ultrapassar os limites propostos pelo texto constitucional. Não pode, por exemplo, o Presidente da República editar um decreto que ultrapasse os limites legislativos, mesmo eleito pelo povo. Os problemas não estão na forma de representatividade do cargo do agente político, mas sim na transcendência dos limites postos pela Constituição, caso contrário, poderia qualquer cidadão eleito pelo povo agir deliberadamente.

Dizendo de outro modo, não ser eleito pelo povo não é o que torna o ativismo algo nocivo no caso em discussão, ele o é por não respeitar o seu campo de atuação, como qualquer outro poder poderia se ver nessa situação. O erro reside no desrespeito ao campo normativo constitucional (formal e substancial), e aqui não se discute a questão da judicialização - afinal está amparada por texto normativo

confeccionado pelo povo -, o Judiciário não é legitimado no ativismo porque está *aquém* das normas escolhidas pelo povo.

Portanto, alguns pontos precisam ser organizados: primeiro, a ilegitimidade democrática vista pela crítica sobre o ativismo judicial não pode se deixar levar com a falsa ideia sobre contramajoritarismo, uma vez que, enquanto o Judiciário laborar em favor dos valores constitucionais e democráticos, será sempre mecanismo fomentador da maioria representada (constitucionalmente instituída); em segundo, onde residem os preceitos constitucionais dotados de elevada abstração (Constituição Aberta), é onde reside a tensão da ilegitimidade do Judiciário, é na dúvida de quem é o legitimado a agir que a crítica recai, porque campo passível de se utilizar da retórica de efetivação dos valores da Carta para outras direções; e em terceiro, no que tange o exemplo erigido, trata-se de situação estranha a essa discussão, está atrelada ao rompimento da ordem constitucional, não há nem dúvida de ilegitimidade, mostra-se outra coisa, ato despótico, talvez - mesmo assim sua compreensão é importante para que não se imprima sentido errôneo ao que se discute.

Assim, a aferição da ilegitimidade da atuação judicial deve ocorrer em cada caso, se houve ou não a transposição dos limites materiais e formais fixados pela Constituição, de modo que, restando verificada tal ocorrência, tem-se consequente lesão aos poderes popularmente eleitos.

Por derradeiro, pontua-se que essa circunscrição em nada impede o Judiciário de exercer o contramajoritarismo na concretização de direitos em favor das minorias, desde que o faça dentro do quadro concebido pela ordem constitucional que, a saber, é âmbito passível de fornecer todos os parâmetros e instrumentos nesse sentido.

### 3 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL REVISITADA

Definir autocontenção não é tarefa fácil, tampouco compreendê-la na práxis. Seus traços delineadores dependem, inexoravelmente, da verificação do contexto e das adoções teóricas de um determinado ordenamento jurídico. Além disso, se faz importante abandonar convicções que levem ao engessamento da autocontenção que, sem análise aprofundada, imprimem-lhe sentido pejorativo, principalmente quando a crítica está baseada em idealizações.

Algumas correntes na projeção histórica deram notas da origem daquilo que hoje é conhecido como autocontenção judicial. Em primeiro, dada forte influência do positivismo liberal, segundo o qual prevalece a primazia do texto-normativo sobre a interpretação, fez-se presente o que foi denominado pela doutrina de passivíssimo judiciário.

Nos Estados Unidos, a corrente pode ser encontrada nos dois desdobramentos do interpretativismo, quais sejam: textualista e originalista. O textualismo ou literalismo consiste na “teoria que requer que toda interpretação considere apenas o texto constitucional”, sobre a Suprema Corte, inclusive em face dela, faça “assentar o artigo da Constituição, o qual é questionado ao lado do estatuto que o afronta, para decidir se o recente se ajusta ao antigo” (RAMOS, 2015, p. 132). Em razão da intensidade restritiva sobre a interpretação, o literalismo pode ser visto como uma tentativa de extingui-la, eis que inexiste margem ao intérprete-aplicador. Resta ainda mais nítido quando se verifica a concepção da doutrina francesa, onde postulados passivistas fincam raízes, conforme se depreende da crítica de Cessare Beccaria (2012, p. 19) “[...] vemos os mesmos delitos, nos mesmos tribunais, punidos de forma diferente, em momento diferente, pela falha em consultar não a constante e invariável voz da lei, mas a errante instabilidade da interpretação”.

Um dos defensores dessa linha foi James Bradley Thayer que, em seu artigo *The origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*<sup>12</sup>, não poupou críticas ao poder conferido à Suprema Corte, das quais pode-se denotar a definição adotada pelo autor. Segundou leciona, a escolha legislativa, que pode variar sem obstáculos, pode selecionar uma ou outra ação; os juízes, por outro lado, não

---

<sup>12</sup> A origem e o alcance da doutrina americana de Direito Constitucional (tradução nossa).

podem interferir no ato, além de que ao Legislativo, na criação constitucional, não permite que se revisem os preceitos estampados na Carta constitutiva do Estado Constitucional; os tribunais estão revisando decisões tomadas por outras funções, o que não deve fazer ainda que de forma negativa, uma vez que os resultados de se anular a legislação são graves. Continua aduzindo que, quando um tribunal se depara com atos legislativos, não pode nunca determinar como correta apenas uma maneira, exceto se estiver muito clara. Com efeito, quando o tribunal está interpretando apenas para verificar ou aplicar o real significado desse preceito claro, decerto há apenas um significado verdadeiro, porém, quando o desdobramento objetivado não é esse, mas sim verificar se certos atos proferidos por outra função, oficial ou individual, são legais ou permissivos, é errado determinar uma única opção como verdadeira (TRAYER, 1893).

Por outro lado, mesmo com a mesma intensidade na adoção do texto em primazia, “os originalistas olham, além da mera linguagem textual, para o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto” (RAMOS, 2015, p. 132). Conhecida também como interpretação subjetiva (*voluntas legislatoris*), é o exercício pelo qual o intérprete busca compreender a vontade do legislador (GONÇALVES, 2015, p. 79).

Depreende-se que as duas correntes que compõem o interpretativismo norte-americano são de difícil constatação pela proximidade que mantêm, mas também pela possibilidade de emprego conjuntural. Todavia, constata-se que a viragem hermêutica da teoria do direito contribuiu para que nos Estados Unidos o prestígio acadêmico e, especialmente, a prática da jurisprudência da Suprema Corte, tendesse para um outro posicionamento denominado de não interpretativismo ou *Construction*, composto por duas variantes: conceitualismo e simbolismo (RAMOS, 2015, p. 133).

Nas palavras de Charles Cole (1989, p. 30-31), o conceitualismo “é a teoria da interpretação constitucional que reconhece que a sociedade evolui e muda, e o significado da Constituição evolui de acordo com os conceitos básicos derivados (pela Corte) do próprio documento”. Por outro lado, continua, o simbolismo pode ser definido em sentido amplo “como uma teoria interpretativa constitucional que permite à Corte lançar mão das aspirações fundamentais da história e tradição norte-americana (qual definidas pela Corte) [...]”.



Como ocorre no interpretativismo, no conceitualismo o trabalho do intérprete é vinculado ao texto constitucional, mas reconhece a imprescindibilidade da existência de certa criatividade exegética, que pode ser exercida por diversos métodos de interpretação, especialmente interpretação sistemática-teleológica responsável por evolução da jurisprudência, mas dentro dos limites permitidos pela Constituição. Como adverte Ramos (2015, p. 135), é nessa corrente que a teoria interpretativa se afasta do positivismo para se aproximar do moralismo jurídico.

Oportunamente, é imprescindível atentar-se para a variedade que o termo ativismo judicial desempenha dentro de cada corrente. Os adeptos do literalismo e do originalismo consideram que “toda prática judiciária que não se filia ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e segurança jurídica [...]” (RAMOS, 2015, p. 135). Por outro lado, os defensores do não interpretativismo veem o ativismo de maneira positiva e contrapõem-se ao passivismo.

Apesar de o não interpretativismo revelar-se de conduta ativista em comparação ao interpretativismo, tem-se grande diferença entre o ativismo atribuído à corrente simbolista da conceitualista. Enquanto a primeira, influenciada pelo objetivismo axiológico, requer constantemente a ética do *judicial review*, concedendo-lhe papel supletivo e corretivo em relação à Constituição que opera, a segunda, por seu turno, adere a métodos que, embora mais flexíveis em relação ao interpretativismo, não se desprende da obrigatoriedade dos parâmetros normativos impostos pelo sistema constitucional (RAMOS, 2015, p. 136). Segundo Cole (1989, p. 8-9), a corrente conceitualista “não seria, propriamente, ativista, exatamente por se revelar respeitosa aos parâmetros normativos”.

Decerto, se a compreensão ativista se pautar “[...] no exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente [...]” (RAMOS, 2015, p. 131), o conceitualismo concebido no não interpretativismo não se mostra ativista, só assim o foi considerado em contraste com o rigor utilizado nas questões do interpretativismo, sobretudo na corrente literalista.

A confluência entre o interpretativismo - influência do passivismo francês - e o não interpretativismo, fornecem notas daquilo que pode ser entendido como autocontenção no panorama atual; todavia, o contorno definidor é condicionado inexoravelmente à compreensão teórica que se propõe a defini-lo, afinal, como se

viu, o que se entende por ativismo em determinada corrente o é em outra, o que não é diferente na autocontenção.

O maior desafio sobre a definição da autocontenção evidencia-se na ausência do ativismo, um exercício de exclusão, isto é: se não é ativista, será autocontida. Entretanto, em antecipando qualquer falha, cumpre pontuar que autocontenção não se perfila na inexistência do ativismo, na verdade, apresenta-se em oportunidades interpretativas nas quais a possibilidade ativista é patente.

Assim, superada a fase interpretativa do passivismo e seus efeitos na realidade norte-americana, mister se faz compreender aquilo que Bickel denominou de virtudes passivistas. Trata-se de instrumentos de retórica utilizados na oportunidade de aplicação do direito e podem ser definidos como:

[...] argumentos jurídicos - geralmente de cunho processual - que facultam à corte eximir-se da apreciação de um caso que lhe fora submetido. Assim pode afirmar a sua incompetência para decidir a ausência de legitimidade ativa do requerente a “falta de maturação” da causa lançar mão da doutrina das “questões políticas” dentre outros argumentos típicos do sistema judicial norte-americano ainda que assemelhados às construções processuais de outros ordenamentos (LIMA; GOMES NETO, 2018 *apud* BICKEL, 1961, p. 51).

É meio de se abster da ingerência nos outros poderes por emprego de argumentos de cunho processual, como, por exemplo, o indeferimento em razão da ilegitimidade das partes. Trata-se, portanto, de instrumento predominante formal e que está adstrito aos próprios limites legais que estabelecem os caminhos para alcançar a provocação da Corte. Nada obstante estar atrelado em primazia ao aspecto procedimental, pode-se dizer que se estabelece nos limites legalmente impostos, grosso modo: “nesse campo o Judiciário não pode atuar”.

O método erigido nas virtudes do passivismo bem se adequa à ideia do interpretativismo, no entanto, sua aplicação mostra-se improfícua com a realidade de Constituição substancial, de valores instituídos, uma vez que a forma procedimental será óbice para o julgamento em poucas ocasiões, tampouco haverá expressa limitação ao Judiciário. Para se estabelecer a autocontenção em um contexto de direitos fundamentais, de abertura semântica dilatada, faz-se imprescindível buscar limites para além da formalidade procedimental.

O professor da Escola de Viena, Hans Kelsen, por influência da teoria moderna da interpretação, reconhecendo a criatividade imanente ao processo de

concretização da norma, alerta pela necessidade de o magistrado observar seus limites funcionais dentro da moldura jurídica balizadora de seus movimentos. Denota-se da lógica do positivista preocupação não com os limites formais do exercício da jurisdição funcional, cujos moldes são delineados pelo princípio do devido processo legal, está-se aludindo aos limites substanciais. Outrossim, Elival da Silva Ramos aduz (2015, p. 136-137):

Se as decisões judiciais não são elaboradas livremente e se tampouco, a discricionabilidade do juiz é tão ampla quanto a do legislador, é nos limites substanciais que o próprio direito a aplicar lhe impõe que se há de buscar os critérios para a aferição do ativismo jurídico [...].

Os limites que serão determinantes na escolha da decisão judicial devem, além de observar os limites formais, se aterem à substância da matéria em discussão, oportunidade em que se poderá determinar a característica ativista ou autocontida pelo Judiciário. Inegável que no exercício de interpretação, quer no estudo do objeto isolado, quer na interpretação-aplicação, exista criatividade normativa, ainda que de forma bem discreta. O processo de interpretação em si, sem a consideração da aplicação - como ocorrida no positivismo clássico - já se traduz em ato de criação, é congênita a interpretação.

No entanto, não é da análise da criatividade interpretativa que se inicia e encerra-se a autocontenção - talvez o seria quando do extremo passivismo pós 1879, senão pouco poderia cogitar-se o termo. A autocontenção deve se fazer presente diante e em face do emprego deliberado de correntes moralistas - contidas no simbolismo, porque conduzem, indubitavelmente e fatalmente “ao rompimento das barreiras que o direito positivo, constitucional e infraconstitucional, impõe aos órgãos oficialmente incumbidos de sua aplicação” (RAMOS, 2015, p. 137). Sem esses marcos minimamente fixados, tem-se abertura para arbitrariedades judiciais.

Desse modo, pode-se definir autocontenção judicial: como a interpretação-aplicação do direito restrita aos limites formalmente estabelecidos (regra expressa), mas, principalmente, ao conteúdo substancial da norma, de modo que o texto encontre meio evolutivo de se adaptar às realidades sociais por meio da própria Carta, sem a necessidade de valores externos que possam conduzi-la à predileção alheia. Embora pareça uma conclusão às avessas do que se tem atribuído à autocontenção, e apesar de parecer um roteiro perfeito a ser seguido, isso só é

demonstrativo de que a condução da realidade jurídica se encontra em um patamar severamente ativista, de modo que o parâmetro de autocontenção que o acompanha tem tomado cada vez posição mais elastecida.

Em sequência, cumpre notar como a autocontenção é difundida na realidade brasileira, em primeiro, na doutrina professada por Luís Roberto Barroso (2012):

[...] a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, Juízes e tribunais a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critério rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

A definição trazida pelo autor, como adverte, utiliza-se como parâmetro da realidade jurídica brasileira antes do advento da Constituição de 1988. Mesmo assim, pode-se verificar alguns traços: há adoção pela restrição somente no campo formal. Desconsidera-se a limitação substantiva.

Com efeito, a presença da autocontenção nas Cartas Políticas anteriores está certamente atrelada ao conteúdo e alcance que cada uma mantinha. Diferente do que ocorria nas sucedidas, em que a matéria constitucional se inclinava a evitar abusos por parte do Estado e garantir a liberdade, a atual traz em seu bojo inédita postura ativa, minando essa concepção retrógada de autocontenção. Essa formulação trazida pelo autor, cumpre elucidar, não previa o arcabouço principiológico atual.

Outra definição pode ser encontrada no artigo publicado por Dimitri Dimilouis e Soraya Gasparetto Lunardi (2011), no qual abordam o tema de autocontenção e ativismo no controle de constitucionalidade, oportunidade em que destacam:

Critério básico é o requisito de inconstitucionalidade clara-evidente, aplicando-se a “regra do duvidoso”. Na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o julgador abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislatore*.

Extrai-se da abordagem feita acerca da ingerência dos poderes o destaque ao Poder Legislativo, que tem prevalência na dúvida da decisão. É o mesmo que dizer: havendo dúvida sobre o caso, tem que se decidir em deixar a deliberação aos órgãos que detêm competência majoritária para tanto. Esse posicionamento trazido pelo autor tem relação com o pragmatismo norte-americano que, apesar de fundar-

se em um sistema de *Common law*, cujos preceitos permitem maior liberdade ao julgador, mostra-se deveras contido nas decisões que possam ultrapassar limites. Aproxima-se da corrente passivista literalista.

No contexto nacional, a definição de ativismo judicial encontra vasta doutrina, a autocontenção; por outro lado, encerra-se na importação de conceitos sem preocupação de adaptá-los. Tem-se desde conceitos mais amplos até os que expressam restrição em demasia - o último é o mais recorrente.

Retornando à história do constitucionalismo brasileiro, pode-se afirmar que a autocontenção teve início na primeira Constituição Republicana de 1891, quando mesmo com o aumento do poderio judicial, os magistrados mantiveram-se contidos, decerto que mais por um sentimento atrofiado do regime antigo do que um exercício judicial comedido.

Nas constituições concebidas antes da segunda guerra mundial, a análise se mostra demasiadamente prejudicada por fixar pouco poder na jurisdição constitucional, as discussões se colocam em pauta nas Constituições promulgadas após 1945, quando a fixação dos postulados de direitos humanos se fez presente e, com eles, o reconhecimento normativo da Carta e a indeterminação dos valores positivados na Carta.

Portanto, a autocontenção judicial não se restringe ao que foi estabelecido no regime passivista, mas assim como ocorre com o ativismo judicial, tomou contornos em razão de diversos fatores que sucederam na projeção histórica, desde a do positivismo liberal, que deu ensejo ao passivismo norte-americano, até o giro hermenêutico que imprimiu novos traços na teoria interpretativa. Muito distante do modelo de autocontenção de outrora, tem-se, no atual, recepção da criatividade interpretativa, dos limites substanciais da norma que, embora contrastante com o que foi difundido pelo passivismo, é medida comedido em relação às técnicas atuais, sobretudo baseadas na corrente do moralismo jurídico. Então, importante, desde já, abandonar a autocontenção judicial como a inércia deliberada, é o contrário disso, é o respeito aos limites constitucionais (formais e materiais).

### 3.1 OS CONTORNOS DEFINIDORES À LUZ DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

É indissociável a definição da autocontenção à luz do princípio da separação dos poderes, afinal só assim se estabelece por transpor ou não os limites

sedimentados em tal dispositivo. No mais, sendo a autocontenção definida dentro da atuação do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito à jurisdição constitucional, os limites são *conditio sine qua non* para os contornos da autocontenção - na mesma medida que o são para o ativismo judicial.

Desse modo, sem pontuar as minúcias do surgimento do princípio da separação dos poderes, inicialmente em Aristóteles e, posteriormente, no que tange atribuição funcional, em Montesquieu, neste excerto objetiva-se delinear os traços do autocontencionismo sob a égide das desmitificações que existem na confluência entre decisão judicial - campo jurisdicional permitido - e o núcleo essencial contido na separação funcional dos poderes.

Nessa toada, para que o citado princípio tenha sua execução na forma que foi concebido, não se pode negar atribuição a cada função - Executivo, Legislativo e Judiciário - de prerrogativas que as permitam realizar o fim constitucional estabelecido. Caso contrário, a independência e a harmonia, características iminentes ao princípio, não fixariam campo seguro de atuação, conseqüentemente, atingindo negativamente a própria concretização do princípio. Na mesma medida em que as prerrogativas são concedidas, impõem dever de observância de atuação da função, contendo-a dentro dos limites legais.

Elival Ramos (2015, p. 115-116) acrescenta que a afetação de cada função deve ser concebida de modo a proporcionar relativa especialização funcional, dizendo de outro modo: “cada aparato orgânico deve, preponderantemente, exercer uma delas, sendo estruturado com vista ao exercício adequado da atividade, admitindo-se, pois, um certo compartilhamento de funções, genérico ou individualizado”.

Acontece que as finalidades estatais podem variar de acordo com o momento histórico no qual são concebidas. Por exemplo, em um Estado essencialmente liberal, estipula-se entre as suas finalidades a liberdade dos cidadãos, distribuindo as funções em consonância com esse raciocínio e, se de modo diverso for, a distribuição, por óbvio, seguirá outras diretrizes. Pode-se dizer, portanto, que o princípio da separação dos Poderes articula entre órgãos e funções do Estado. Dessa articulação é possível depreender dois aspectos: um relacionado à organicidade referencial da Constituição e, o segundo, na orientação funcional do Estado.

Quanto ao primeiro, preocupa-se com a separação das estruturas orgânicas que exercem o poder estatal, tem característica funcional, conquanto não se pode falar em quebra da unidade do poder estatal. O segundo, por seu turno, relaciona-se à manifestação da vontade do Estado, cujos desdobramentos são orientados pelos objetivos constitucionais (RAMOS, 2015, p. 117). Tem-se que o primeiro se restringe em dizer a distribuição orgânica de cada órgão, é de natureza interna; o segundo, por sua vez, está no campo externo, de como as funções irão se manifestar na consecução dos fins estatais.

Para compreensão do segundo aspecto, mister é rememorar a classificação das manifestações do Estado, que podem ser: formal e material. Sob o prisma formal, a manifestação Estatal se caracteriza em função da qualidade do órgão emissor ou o formato pelo qual é feita, geralmente associada à competência para reproduzi-la. A material, por sua vez, está adstrita ao conteúdo da manifestação, prescindindo de qualidade ou formato (RAMOS, 2015, p. 117). Dizendo de outro modo, as manifestações estatais são assim consideradas ou pelo agente que as proferem, ou pelo formato (formal), ou pelo conteúdo (material).

Na maioria dos Estados de direito, as Constituições atribuem a determinados órgãos o desempenho do poder estatal - a Constituição brasileira mantém esse modelo -, todavia não pontuam quais serão as funções a serem realizadas por eles, tampouco elencam grau de prioridade do exercício. Quanto ao aspecto material, é ainda mais raro, para não dizer inexistente. A tarefa de supressão dessa ausência recai sobre a doutrina e aos operadores do sistema, os quais se baseiam no rol de competência preconizado pela Constituição, em exercício de encontrar de fato a função fulcral de cada órgão (RAMOS, 2015, p. 118).

Tem-se que os objetivos do Estado poderiam ser desempenhados por qualquer órgão reconhecido pela Constituição, respeitando somente os limites divisores da organização orgânica de cada um; qualquer órgão poderia, por essa assertiva, promover políticas públicas com o fim da desigualdade social, por exemplo. É verificável, destarte que, da confluência entre o princípio da separação dos poderes e a ausência de determinação funcional de cada órgão, ensejam no problema cujo resultado arremessa cortina de fumaça para o encontramento da definição de qualquer limite de desempenho dos órgãos. Se não há a indicação da função, mas persiste a separação, é de difícil elucidação o início e o fim da atuação, por essa mesma confusão é que a doutrina e os operadores do direito se viram

obrigados a perquirir um limite, para que o sistema constitucional presumidamente coerente - postulado lecionado pelos positivistas -, não seja alvo de prova em contrário.

Esse limite funda-se em estabelecer a função substancial de cada um. Tem-se dentro das funções essenciais de cada Poder exigência de comunicação interorgânica, mas sempre conservando o núcleo essencial da função, cuja titularidade não pode ser delegada ou avocada. Portanto, assevera Elival da Silva Ramos (2015, p. 118): “Como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que se aparte de suas características matérias intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder”.

Nessa altura, o autor prossegue defendendo que a definição do ativismo judicial está na ocorrência da transposição pelo Judiciário das linhas demarcatórias da sua competência em detrimento das demais. Não há, por outro lado, que se falar de ativismo quando diante da articulação interorgânica, cujo reconhecimento encontra-se no próprio texto constitucional (RAMOS, 2015, p. 119). Depreende-se dos ensinamentos que o ativismo só se verificará quando a atuação da função essencial da jurisdição se desvirtuar em face dos demais, sendo certo que, enquanto este fato não ocorrer, o princípio da separação dos poderes em nada reclamaria.

À vista desse ensaio que o autor se debruça sobre o ativismo, pode-se extrair que a autocontenção seria, em termos de definição, a atuação judicial em respeito às competências reservadas aos demais poderes, do ponto de vista substancial, respeitando, também, o próprio, como consequência ou não do primeiro.

No que tange o núcleo essencial da atuação jurisdicional, cumpre lançar mão dos preceitos erigidos na seara processualista, notadamente na teoria geral de processo, segundo a qual se destaca que a jurisdição pode ser conceituada como a função pela qual o Estado atua, utilizando-se do direito objetivo para compor os conflitos de interesses, objetivando a pacificação social e a reafirmação do próprio ordenamento jurídico (ALVIM, 2020, p. 68). Para Giuseppe Chiovenda (1969, p. 37), a jurisdição está na substituição por atividade pública da atividade alheia, justificada pelo impedimento decretado pelo Estado do uso da autodefesa, reservando para si, portanto, a tarefa de resolver conflito de interesses. Tanto pelo meio da aplicação do direito objetivo na composição de conflito quanto pela substituição, embora



possam cumular, consigna Elival da Silva Ramos (2015, p. 120) que devem respeitar os objetivos sociais, em conformidade com o aparato material do texto constitucional:

Todavia, ao escopo jurídico do processo jurisdicional se devem adicionar os seus objetivos sociais, consistentes na resolução de conflitos intersubjetivos ou pendências cuja persistência pode comprometer a paz e a ordem na sociedade. [...] Por certo a função jurisdicional, além de ser entregue a um aparato orgânico estruturado para bem fazê-la atuar, é exercida por meio de um processo cujas notas tipificadoras (inércia, substitutividade, definitividade, contraditório, etc.) guardam estreita relação com a sua conformação material.

Desse modo, os limites das funções desempenhadas pelo Poder estatal devem ser observados a partir de uma dicotomia inicial, na qual o princípio da separação dos poderes incide e enseja na seguinte bifurcação: atividade orgânica e manifestação funcional na consecução do objetivo material estampado na Constituição (promoção social, redução da desigualdade etc.). Aquele é essencial ao desempenho interno das atividades estatais e assegura a manutenção das próprias funções; este, por seu turno, é a manifestação do poder (externo) que pode ser visto tanto do ponto de vista da forma como do material, sendo certo que as funções são determinadas pela própria doutrina e pelos operadores do direito, eis que o texto constitucional se reservou a pontuar apenas a competência de cada órgão.

No trajeto desempenhado pela doutrina, observa-se que a jurisdição recebe certos contornos, desde a resolução de relações intersubjetivas, substituição, até mesmo a concretização dos fins sociais e, dentre seus objetivos, é possível se inferir certo núcleo essencial a ser exercido pelo Judiciário, dentro do qual o seu desempenho proporcionará a caracterização da conduta ativista ou autocontida.

Na linha do professor Elival Ramos, para se determinar certa conduta como de fato ativista, tem-se que avaliar se a decisão tomada atinge o núcleo essencial da atividade jurisdicional, se a desconfigura, e não se apegar somente a desvios de conduta formais, veja-se:

Contudo, quando se investiga suposto desvio no exercício da jurisdição, com ofensa ao princípio da separação dos Poderes, o que compete é averiguar se existiu a desnaturação substancial da atividade e não o afastamento de seu conduto formal (RAMOS, 2015, p. 120).

Embora as razões expostas pelo doutrinador forneçam subsídios para compreender os limites sobre os quais o ativismo e a autocontenção tomarão seus

traços definidores, é importante, de pronto, lançar algumas discordâncias, afinal, a subjetividade que tenta definir o núcleo essencial da atividade jurisdicional arremessa-nos a qualquer direção, sobretudo quando se fala em objetivos sociais. Trata-se, portanto, de atitude tautológica acerca da função jurisdicional sob a justificativa de objetivos genéricos determinados pelo texto constitucional sem ao menos elencar a qual órgão está reservado específico exercício.

Assim, é importante destacar que a finalidade social como objetivo essencial da jurisdição, sem a qual estar-se-ia diante do desvirtuamento da atividade, tem lá seus descompassos. A finalidade social é promover o desenvolvimento social? É dar evolução? É impedir o retrocesso? Pois bem, não se sabe. É dessa abstração terminológica que a finalidade social nos impõe que surjam argumentos que acobertam o ativismo e também os que defendem a autocontenção. A título de exemplo, a obra de Antonie Garapon, citando Aharon Barak, traz a definição de ativismo quando a decisão judicial é subsidiada pelo anseio de transformação social. Veja-se:

O atual presidente do Supremo Tribunal israelense, Aharon Barak, observa com propriedade que não se pode falar em ativismo do juiz se a sua escolha é feita entre uma solução juridicamente correta e uma outra que não o é. Nesse caso, não se trata de ativismo, mas de incompetência. O ativismo evidencia-se quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, travá-la (GARAPON, 1999, p. 56, *apud* BARAK, 1989).

Enquanto a finalidade social nos dizeres de Elival é componente essencial da jurisdição, para Barak o impulsionar da transformação social é fator determinante para classificação ativista. Em total oposição, enquanto para uma tal característica é essencial ao pleno exercício do Poder Judiciário, sendo certo que a lesionar é indício de conduta ativista, para o outro a atuação dentro da finalidade social já o constitui ativista.

Com efeito, os sentidos diversos que o objetivo social labora para os dois autores não são suficientes ainda para especificar o que, de fato, é atingir a finalidade social. Oportunamente, e reiterando, o objetivo social é obrigação, sem dúvida, de todos os Poderes, mas é ausente, e esse é o ponto de confluência, a escolha que cada qual exercerá para o atingimento. Cada função carrega em si a essência de seu desempenho, e tomar a finalidade social como algo maior a tudo isso - não que o autor o tenha tomado assim - pode gerar problemas irreversíveis

como os que hoje - e sempre - se enfrenta. Sob a roupagem da finalidade social, tudo se pode fazer.

Aqui não se pretende resolver esse problema, mas antes compreender qual é a função do princípio da separação dos poderes na definição da autocontenção. Para que isso seja de modo mais claro encontrado, mister se faz não somente observar a essência da função jurisdicional, mas sim as outras funções que com ela laboram, seja a atividade legiferante, seja a administrativa. Todas estão concebidas na busca de uma promoção social, mas a cada qual é reservado certo trabalho, como se fosse uma produção baseada no método taylorista; contudo, no lugar da produção industrial, elege como finalidade fulcral a promoção social e o combate a seu retrocesso. Toda linha de produção, em analogia ao modelo citado, cada empregado, deve se manter especializado naquilo que lhe fora atribuído, não podendo, sendo especializado em arrolhar a porca, dar acabamento aos parafusos, uma vez que estaria em usurpação à função do outro mais competente para tal modalidade.

Dentre os operários que laboram nessa empresa junto ao Judiciário, tem-se o Legislativo, responsável por editar leis com vista à promoção social, e o Executivo, por executá-las também nesse sentido, sem prescindir demais atributos que a cada um comporta. A jurisdição, nesse aspecto, labora em condição ordinária quando atende sua função essencial, incluindo aqui a finalidade social, mas o faz de maneira restrita, dentro das ferramentas que lhe concede o Estado de Direito. No fim da cadeia de produção, espera-se produto de qualidade e em tempo satisfatório, devendo ser atendida dentro das possibilidades que a empresa mantém (Estado). E quem pode ser conhecedor dessa medida? O conjunto.

Com efeito, a finalidade social deve ser atingida, é uma obrigação a ser perquirida, na mesma medida que é obrigação atingi-la de acordo com o que foi atribuído a cada qual. Dentro desse cada qual, no exercício desse fim, é que se pode estabelecer, ainda que de forma sumária, a definição de autocontenção. Afinal, autoconter-se é manter a escoreita atuação da jurisdição, sem que a abstração contida no atingimento da promoção social promovida, predominantemente, pelo Estado Social de Direito, seja um imperativo genérico de exercício, mas sim específico, dentro dos instrumentos legalmente fornecidos. Fora desse parâmetro, tem-se o ativismo.

Assim como ocorre com a busca pela essência de cada função, sobre a qual a Constituição deixou de tratar, cabendo a doutrina e aos operadores do direito tal fardo, esse instrumento limitado e específico a ser exercido pela jurisdição, barreira fulcral para atribuir qualidade à decisão - ativista ou autocontida - depende claramente do exercício dos mesmos autores, com a busca incessante de encontrar quais, hoje, são esses mecanismos.

A decisão judicial também será formadora dos caminhos nessa empreitada, mas há de ter cuidado para que a afetação do próprio ativismo existente no capítulo decisório não nos contamine sobre a essência do exercício jurisdicional.

A transposição dos limites para estabelecer a qualidade da decisão, portanto, não requer prova clarividente de ofensa aos demais poderes; objetivamente, ao se verificar tal fato, ainda que indiretamente, há ofensa ao conjunto democrático, que tanto se pauta no princípio da separação dos poderes. No entanto, é possível verificar em muitas situações, seja na retórica ou no campo pragmático, a transcendência dos limites e os efeitos nefastos da sua ocorrência.

Portanto, concebida a delimitação dada pelo princípio da separação dos poderes que se estabelece não apenas nos limites formais, mas também nos substancias, fazendo incluir aqui as finalidades sociais, e apurando ainda mais os contornos da autocontenção fixada na obediência dessa baliza, cumpre trazer mais um passo imprescindível para o prosseguimento deste ensaio, o de reconhecer o valor da autocontenção.

### 3.2 OS PRECEITOS ABSTRATOS E O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO

Antes de enfrentar a parte mais delicada de todo este ensaio, tendo em vista que a interpretação não segue uma fórmula exata de sua aplicação, bem é verdade que no Direito, por ser Ciência humana, pouco tem de exatidão.

Quando se fala em interpretação e sua verificação dentro da autocontenção, levando também em consideração os objetivos sociais perquiridos pelo Estado que são expressos por normas principiológicas carregadas de abstração, instala-se o problema de saber o que de fato é um posicionamento que busca esses objetivos, ou quais são aqueles que estão sendo tomados por livre arbítrio, notadamente dos magistrados. Até onde, no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se perceber tal

conduta. Toda essa preocupação é interpretativa, e não somente daquele que depara com o objeto cognoscível, mas de aplicá-lo à realidade.

Pode-se lançar a indagação: qual seria a interpretação constitucional mais adequada em um pretexto de autocontenção, ela resiste aos postulados do direito brasileiro?

O grau de complexidade da pergunta é elevado, mas no decorrer do ensaio, e não adstrito a esta seção, tem-se que as respostas são simples e também sensíveis. Os fatos que levaram a impulsionar o judicialização refletem, inexoravelmente, na corrente de interpretação ativista. O tema de interpretação e da hermenêutica é extenso e não cumpre trazê-lo, afinal é observação da continuidade da prospecção deste estudo, mas cumpre observar quais são as tendências e as possibilidades atuais.

De proêmio, tem-se o professor da Escola de Viena que trouxe, ainda que o tenha feito de modo a excluir, a interpretação do direito e as possibilidades que ela permite, dentro da flexibilidade da indeterminação do enunciado. Ensina que as normas de escalão superior, seja da relação da Constituição com a lei, ou a lei com sentença judicial, vinculam as inferiores, de modo que a sua observância é obrigatória. Acontece, todavia, que a prescrição vinculante nem sempre se constitui de redação clara, o que é aceitável dentro do ordenamento jurídico, afinal, a lei superior não pode vincular em todos os sentidos, tendo sempre que existir certa margem de apreciação (KELSEN, 2009, p. 388).

Acontece, segundo o autor, que essa margem deixada pela Constituição, ou até mesmo pela lei, pode ocorrer de forma intencional ou não intencional, classificação essa que ficará patente no momento de aplicação. No que tange a indeterminação intencional, pode-se dizer que é a escolha tomada pelo responsável pela confecção da lei que a indeterminação do dispositivo legal fosse lapidada na medida em que a sua aplicação fosse efetivada, como, por exemplo, a lei que estabelece medidas a serem tomadas em caso de epidemia para evitar o alastramento, sob pena de detenção, caso em que a autoridade administrativa imporá a pena e determinação mais específica para execução da medida. Por outro lado, a indeterminação não intencional é presente diante de termos semânticos que exprimem plurissignificações, de modo que a intenção do legislador, dada essa abstração, é de difícil acesso aos aplicadores, razão pela qual o aplicador deve

buscar outras fontes que não a expressão verbal da lei, a fim de lhe proporcionar a resposta correta (KELSEN, 2009, p. 390-391).

Kelsen, tomado pela supremacia da lei, admite a interpretação na vontade do legislador quando diante de termos indeterminados, modo este que marcou presença na França pós-revolução por motivo de desconfiança dos juízes e a representatividade forte dos Parlamentos pelo povo. Mas independente de considerar ou não a intenção do legislador, o problema que se tem no ordenamento jurídico dessa indeterminação citada, está no acoplamento de valores, expressados em princípios, na Carta Política. Esses princípios por natureza são indeterminados, caso contrário não seriam princípios, responsáveis por indicar os caminhos a serem seguidos.

Rememorando a obra de Alexy, grande responsável por fornecer mecanismos (ponderação) para compreensão da onda principiológica havida nas Constituições do período pós-bélico, especificamente sobre a Constituição Alemã, destaca a diferença entre princípio e regra, veja-se:

Há diversos critérios para se distinguir regras e princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é a generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. [...] Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento - por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem norma de argumentação ou normas de comportamento (ALEXY, 2015, p. 87-89).

A característica mais expressiva e aceita de modo geral é de abstração do termo principiológico. Nada obstante sua flexibilidade interpretativa, é de suma importância pontuar que mantém força deontológica, isto é, a obrigatoriedade (dever-ser). Por certo período, por serem a clara expressão de valores, os quais são constituídos nas diretrizes da axiologia - portanto, melhor-ser -, entende-se que os princípios assim também o seriam, mas durou pouco essa percepção, principalmente com o reconhecimento do caráter normativo da Constituição. Nessa linha Ávila (1999, p. 164-165) leciona:

Primeiro, os princípios não se identificam com valores, na medida em que eles não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Da mesma

forma, apenas indica o que é melhor. Em vez do caráter deontológico dos princípios, os valores possuem tão-só o axiológico.

Em continuidade aos preceitos abstratos estampados na constituição e em visão advinda de outro vértice, ou melhor, de um posicionamento antipositivista (mas nem tanto)<sup>13</sup>, Dworkin aduz que algumas restrições constitucionais que visam proteger os cidadãos são bastante precisas, como, por exemplo, a regra que proíbe o Congresso Nacional de restringir a liberdade de expressão; todavia, por outro lado, tem-se certas restrições que assumem conceitos vagos, a exemplo da lei que impõe ao governo observância do devido processo legal (DWORKIN, 2010, p. 209). Prossegue:

Os padrões “vagos” foram escolhidos deliberadamente pelos homens que os redigiram e adotaram, em lugar das regras mais específicas e limitadas que poderiam ter sido promulgadas. Contudo, sua decisão de usar a linguagem que usaram causou muita controvérsia política e jurídica, por que mesmo homens razoáveis, dotados de boa vontade, discordam quando tenta especificar, por exemplo, os direitos morais que a cláusula de processo legal justo ou a de igual proteção introduzem no direito (DWORKIN, 2010, p. 209).

Denota-se dos dois posicionamentos acerca dos preceitos “abertos”, tanto na indeterminação intencional de Kelsen, quanto na escolha de padrões vagos de Dworkin, que a abstração das normas jurídicas foi escolhida para assim o serem, evidentemente em razão do unânime reconhecimento de que o direito não consegue atingir precisamente todos os fatos emergidos no seio social.

Mas a que ponto e por quais motivos o legislador buscou empregar preceitos carregados de abstração? Decerto, o direito positivado, embora tente de toda as formas buscar a realidade, sempre há ocasiões em que a precisão normativa não consegue se adequar perfeitamente ao caso; na verdade, na pragmática, pode-se dizer que, quase sempre, não se adequa, mas sim se aproxima. Por isso, a necessidade de empregá-los, pois viabilizam uma evolução da norma estabelecida na Constituição.

Identificadas as características ostentadas pelos princípios: do seu caráter deontológico e genérico, é pertinente compreender como interpretá-los, como seria a

---

<sup>13</sup> Expressa Elival da Silva Ramos (2015, p. 40) que, embora autores se digam contra o positivismo, muitos deles só refutam o sentido estrito da base teórica, como é o caso de Dworkin: “O êxito teórico da abordagem positiva lato sensu é ignorado pela maioria dos autores nacionais que insistem em indicar os ‘fracassos’ do positivismo jurídico, sem levar em consideração que quase todos os estudiosos modernos admitem a positividade do direito e sua mutabilidade no tempo [...]”.

receita correta para que, nesse campo abstrato, possa-se ter uma decisão, dentre muitas, que se adeque aos preceitos empregados por uma Constituição, se é que o há.

Outro ponto importante, é compreender que a interpretação como exposta difere da aplicação, enquanto a interpretação é a apreensão do objeto cognoscível, a aplicação, que também não deixa de ser uma interpretação em uma nova etapa, é o ato de conformidade com o caso concreto. A interpretação-aplicação é defendida por Savigny, que imprime nomenclatura a ela de tópica, e que na concepção dessa linha o que de fato importa no reconhecimento é: “de que na interpretação-aplicação de natureza jurídica os textos normativos contêm algo objetivo, que jamais pode ser eliminado pela vontade do juiz” (RAMOS, 2015, p. 101). Ademais:

Na primeira etapa do processo de concretização, a norma jurídica-constitucional (que determina a norma de decisão) é, então, conceituada como “um modelo de ordenação orientado para uma concretização material, constituídos por uma medida de ordenação, expressa através de enunciados linguísticos, e por um ‘campo’ de dados reais (factos jurídicos, factos materiais)”. A etapa final da concretização implica a “criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa regulamentar)”, em sentença ou decisão judicial [...] (RAMOS, 2015, p. 102).

Corroborando com isso, continua:

De modo similar às normas-princípios, também as regras constitucionais veiculadoras de conceitos indeterminados propiciam ao Tribunal Constitucional dose maior de criatividade interpretativa, conquanto não sejam comumente encontradas no conjunto de disposições limitativas da legiferação. (2015, p. 293).

Adianta-se, de todo modo, que ao se falar em flexibilidade na decisão, tem-se que a instituição julgadora terá na mesma proporção ferramentas para ser ativista ou autocontida, afinal, a abstração está à disposição para ambos sentidos, seja qual for a via utilizada. Porém, há necessidade de se avaliar em qual contexto jurídico a decisão está sendo tomada.

Em se falando de abstração, a título de exemplo, cumpre trazer à baila princípios que mantêm essa característica de maneira evidente. O dispositivo inaugural na Constituição de 1988 estabelece alguns princípios fundamentais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado



Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. [...] (BRASIL, 1998).

Nota-se especialmente do inciso III, que expõe o princípio da dignidade da pessoa humana. Por si só, a abertura semântica do tempo põe em dúvida, afinal: o que é ter dignidade da pessoa humana? O que intérpretes, colocando-se perante esse termo de tamanha abertura poderiam, dentro dos parâmetros judiciais, compreender por digno? Não é uma tarefa fácil.

Todavia, o que se pode entender como um parâmetro interpretativo para princípios está estabelecido nos próprios preceitos que deles emanam, em seu caráter material. Pode-se afirmar, ainda, tomando o exemplo citado, que a interpretação do termo em seu sentido literal e isolado não gera efeitos significativos, sequer é possível imprimir-lhe qualquer sentido. Essa percepção não é somente da ciência jurídica, mas sim de todas. O sentido a ser atribuído ao termo depende, irremediavelmente, da sistematização normativa encontrada no arcabouço jurídico, com ênfase da ordem constitucional.

Desse modo, este ensaio, ainda que busque compreender autocontenção, não se inclina aos postulados positivistas clássicos, nos quais a aplicação o direito se restringia ao silogismo, à subsunção mecânica. Muito pelo contrário, tem-se que a autocontenção ora defendia se adequa à corrente conceitualista havida na realidade norte-americana e que bem se adapta à realidade brasileira.

Sendo dotado de abstração, o princípio acaba por incidir nas mazelas e benefícios das inconstâncias existentes na ciência humana, sem as quais não poderia nem receber essa característica. A esse propósito, para que se obtenha uma interpretação do direito que esteja dentro dos limites do próprio, tem-se que observar os fatores que o moldam. Como destacado, a interpretação é influenciada por questões diversas, mas não é por isso que pode ultrapassar os limites que lhe são impostos.

Dito isso, os termos, mesmo abstratos, carregam em si significação mínima a qual não se pode ignorar, por exemplo, não se pode vir ao mundo e dizer que o ônibus é carro e vice e versa, afinal, já está sedimentado qual é qual; se diferente for, a compreensão está prejudica. Essa significação mínima é sensível e latente, emergindo quando se depara com casos concretos que forcem a sua observância. No entanto, para se dizer que a significação mínima deve ser vista na perspectiva de

observador do objeto do direito, cita-se a teoria dos círculos concêntricos lecionada por Juan Cianciardo (2000, p. 258-259), segundo o conteúdo essencial do direito fundamental, que é rígido, sendo que essa parte é de conhecimento de legislador. Por outro lado, aduz o autor que existe uma parte que está às margens do núcleo rígido, cuja composição se dá por jurisprudências e posicionamentos doutrinários. Assemelha-se, em parte, ao excerto em que assevera inexistir prévio conhecimento do legislador sobre determinada matéria, a característica não intencional erigida por Kelsen.

Pode-se analisar que existe um coração existente no direito fundamental, uma vez que a maioria dos direitos fundamentais é composta por roupagem principiológica, sem a qual sua vitalidade corre perigo. A título de exemplo e retomando o princípio da dignidade humana do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se por certo que submeter alguém à tortura é completamente indigno, mas em outras questões ainda pairam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana está sendo observada.

De tudo, o que se deve depreender é que a interpretação-aplicação em análise tem de respeitar o núcleo essencial dos princípios que estão sedimentados dentro de uma determinada época e em uma determinada sociedade, com todos os elementos que os influenciam, mas sempre dentro da norma constitucional; e que a decisão autocontida é perfeitamente compatível com esse postulados, na verdade, não há outro caminho a se seguir, afinal, como se reitera, autoconter-se, é nada mais do que seguir as próprias diretrizes postas pela Constituição.

A autocontenção, nessa linha interpretativa, se dá dentro dos limites materiais e formais postos pela Constituição, sendo que o primeiro deve ser buscado na derivação do próprio texto como forma de lhe oferecer a possibilidade de evolução. Deve-se, antes de mais nada, abandonar as concepções de autocontenção que foram sedimentadas em período já distante, com as quais a atual dinâmica do direito não se adequa, e compreender que em matéria interpretativa a autocontenção é a medida mais razoável para resgatar a democracia e os fins impostos ao Estado, e combater retóricas ativistas das quais muitos se utilizam do campo abstrato normativo para marcharem sem fim.

Por fim, em comento à expansão do controle concentrado sobre normas em abstrato, Elival Ramos faz observação de importante nota e que acresce ao estudo: “Apenas o amadurecimento institucional e o *self-restraint* que sempre o acompanha,

fornece o antídoto a esse fator de impulsão do ativismo judicial, como sucedeu no sistema de controle europeu” (RAMOS, 2015, p. 293).

### 3.3 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL E O ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO: COMO SE AUTOCONTER SE É NECESSÁRIO SER ATIVO?

O cerne da questão que todos os juristas precisam enfrentar quando diante do tema da autocontenção no cenário brasileiro diz respeito ao Estado Democrático de direito, é nessa lógica de Estado que requer posicionamento ativo das instituições estatais, que a autocontenção, quando mal interpretada, pode ser colocada como óbice. A tarefa de delimitar uma atuação jurisdicional enquanto os preceitos constitucionais empregam uma ideia de atuação ativa do Estado para concretização de fins sociais parece, em olhar sumário, uma ideia diametralmente oposta.

Porém, essa percepção superficial merece maior aprofundamento para que se compreenda o seu real sentido, de modo a ficar evidenciado que os preceitos encarnados em medidas comedidas do Judiciário adequam-se perfeitamente ao contexto do intervencionismo.

No tocante à breve noção de Estado Social, assevera Paulo Bonavides (2001, p. 200-202): “O estado social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais [...] Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo”. Assevera pelo marco que foi determinante para o surgimento de tal Estado:

A Constituição Francesa de 1946, tão prolixa na discriminação dos direitos sociais e tão sóbria respeitante aos direitos fundamentais e tradicional, como direitos perante o Estado, juntamente com a Constituição de Bonn, que fundou, sem rodeios, um Estado Social, denotam a irrefragável preponderância da ideia social no constitucionalismo contemporâneo (BONAVIDES, 2001, p. 204).

Com efeito, a Constituição de 1988 e as que foram concebidas no período segundo pós-bélico, posicionaram o Estado em marcha ativa, diferente do que ocorreu nos estatutos sucedidos, cujas prescrições objetivavam uma postura liberal, de garantia da liberdade individual. Nota-se essa concepção social a partir da Constituição de 1934.

Nessa linha, cumpre trazer os ensinamentos de Elival da Silva Ramos (2015, p. 285):

O estado social-democrático, em contraposição ao Estado absenteísta do liberalismo, é um Estado atuante, que a tudo provê e que tudo intervém. Esse mesmo intervencionismo estatal se verifica especialmente, por meio das funções de governo, legislativa e administrativa.

Por diversos fatores, essa mudança de postura se fez necessária, mas os enunciados jurídicos que lhe deram propulsão trouxeram também preocupações ao mundo do direito e a toda a sociedade. Em razão de ao mesmo tempo requerer uma postura ativa e não precisar exatamente os caminhos a serem traçados, tampouco quem os utilizará - e não poderia ser diferente -, instaurou-se um paradoxo na dinâmica estrutural do Estado. Streck (2017, p. 78), sob a análise dessa nova dinâmica Estatal que o Brasil recepcionara definitivamente em 1988, destacou nesse sentido que: “Em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo pode-se olhar o novo com os olhos de novo?”

Alavancou ao resultado de que o Estado deve atuar e pode ser em qualquer sentido. Sob, por exemplo, o pretexto de promoção do princípio que preza pela dignidade da pessoa humana, tudo parece ser possível, tudo parece ser justificado.

Todavia, alguns pontos são deixados de lado dentro dessa consideração. Quando se fala em postura ativa do Estado, embora dentro da nomenclatura estejam contidas todas as funções - Executivo, Legislativo e Judiciário -, deve-se analisar a quem se conferiu, no plano normativo, cada etapa para o atingimento desse fim estampado na norma. Será que qualquer função erigida pela Constituição pode atuar ativamente na concretização desse fim, e a qualquer custo?

Paradoxalmente, como estruturado, as funções estatais em Montesquieu, se não observada a separação dos poderes dentro da justificativa de que todos devem buscar o mesmo fim, bem é verdade que acaba por virar uma disputa de poder que, ao invés de resultar na esperada harmonia e dependência, labora totalmente contrário aos fins do Estado, minando a democracia e os seus objetivos.

Apesar do alargamento da jurisdição e da confiança normativa no Judiciário - que é legítimo e em nada ativista -, não significa afirmar que ao mesmo pode atuar além dos limites normativos na concretização dos fins estatais, ao certo, a nenhuma

função é permitido. Bem é certo que o novo posicionamento do Estado como agente modificador das realidades sociais, a paradoxal falta de confiança nos órgãos majoritários (Executivo e Legislativo), o que, conseqüentemente, fez penetrar os ideais neoconstitucionalistas no Judiciário, foram os fatores responsáveis por gerar essa situação.

Uníssono nessa direção:

Ao poder judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo imediata fruição dos direitos sociais ou extensão de benefícios de universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais revelar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de “queimar” etapas concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente (RAMOS, 2015, p. 286).

Em nosso ordenamento jurídico, especificamente na jurisdição constitucional, tem-se o Supremo Tribunal Federal na função de fiscalização dos preceitos constitucionais, de modo que tem prerrogativa de declarar, seja em controle concentrado, seja no difuso, a inconstitucionalidade de atos que compreenda nocivos à Carta. Dentro desse parâmetro fiscalizatório, a normativa da própria Constituição estabelece competência de atuação, inclusive a sua função inerente de guardar da Carta.

A separação dos Poderes é elemento determinante para conceber a compatibilidade da autocontenção com o Estado social. A ideia de separação, como conhecida atualmente, busca referência nas obras de Jonh Locke e Montesquieu, apesar de que a distribuição de poder já marcara presença nos anteriores ensinamentos de Aristóteles (BARCELLOS, 2019 p. 277). A distribuição, em Locke, indica que ao Legislativo cabe a confecção das leis, de igual modo que compete ao Estado providenciar juízes imparciais para resolver litígios de acordo com as leis postas, assim como instituir um Poder Executivo para laborar a execução dos projetos legais (BARCELLOS, 2019, p. 278).

No atual sistema jurídico constitucional, em seu sentido amplo, pode-se ver semelhanças com o clássico pensamento, ao órgão legislativo compete editar as

normas gerais de assunto específico, ao passo que o Executivo tem a incumbência de aplicá-las, restando ao Poder Judiciário julgar os conflitos emanados dessas atividades (BARCELLOS, 2019, p. 288). Além disso, institui controles mútuos entre as funções, com o objetivo de evitar que um se sobressaia ao outro. A cada função, para além da função típica narrada acima, existem ainda as denominadas funções atípicas ou extraordinárias que, como já traz, são distintas da finalidade precípua, mas que influenciam na atuação interna do órgão, como, por exemplo, a possibilidade de o Judiciário editar atos administrativos para regular o pessoal e criar regimentos internos dos tribunais, ação atípica essa também existente nas demais funções (BARCELLOS, 2019, p. 289).

Na realidade brasileira, a predominância da Lei como fonte primária do direito é indiscutível, apesar de o sistema cada vez mais buscar alternativas. A lei, em seu sentido estrito, é produzida pelo órgão legislativo, respeitadas as barreiras formais e materiais. Tem o objetivo de nortear os demais órgãos nas escolhas que a Carta Política adotou, a qual optou por dar essa legislatura ao Parlamento; a Constituição tendo como posicionamento atuação ativa do Estado na promoção social, atribui ao Legislativo a criação dos parâmetros para alcançar tais fins; e resta aos demais executar as leis em vigência (Executivo) e fiscalizar-lhe o cumprimento (Judiciário). É uma cooperação democrática.

Depreende-se que é simplória a conclusão pela compatibilidade do Estado social com os postulados da autocontenção judicial por diversos motivos, o primeiro reside na abrangência da nomenclatura Estado, na qual contém todas as funções distribuídas de modo a atender as finalidades sociais, dentro das quais ao Judiciário é conferida parcela de atuação que não diz respeito, pelo direito vigente, à resolução dos problemas e objetivos do Estado, e que a sua atuação nesse sentido está adstrita ao campo jurídico até então concebido, dentro deste é que deve colocar os fins do Estado já determinados. Apesar de uma posição ativa do Estado, não se pode atribuir essa posição à função judicial, ainda que os demais poderes careçam de atuação satisfatória, seja do ponto de vista popular ou jurídico. Ao Judiciário, só ao último cumpre avaliar.

A divisão das funções é perfeitamente compatível com esse Estado ativo, mas outro ponto que merece destaque dentro desse parâmetro remonta ao da aplicação do direito pelo órgão responsável pelo controle de constitucionalidade nas constituições sociais. Há os defensores de que se deve sempre interpretar conforme

os fins do Estado, há também quem defenda que as decisões devem sim verificar as finalidades do Estado, no entanto, tem-se que se observar a instrumentalidade jurídica possível para tal realização, ilustrado nos parâmetros formais e matérias indicados no tópico em que restou definida a autocontenção.

Nada obstante o campo normativo seja grande para intervenção do Estado e a atuação do órgão judicial se coloque a fiscalizá-lo, é necessário compreender que em matéria política compete aos órgãos políticos que são representantes legitimados pelo povo atuarem. Apesar de o os problemas políticos tomarem constantemente o judiciário como destino, quer por uma estrutura que assim facilite, quer por instrumentos que assim permitam, a política que compete à jurisdição apreciar é só aquela que o campo normativo estabeleceu.

Elival Ramos (2015, p. 288) trata esse impulsionamento do ativismo judicial no atual Estado democrático de direito como uma falta de experiência democrática do Brasil, que ainda vislumbra as primeiras décadas de vigência de uma Constituição que indicou um futuro mais apazível, o que é comum em todas que ostentam caráter programático. A Europa, por sua vez, continua o autor, que ultrapassou diversos momentos que expuseram a experiência jurídico-institucional dos países, inclusive por tempos de guerra e adaptações de níveis socioeconômicos, tem cada vez mais afastado as condutas ativistas judiciais.

Assim, autocontenção judicial tem perfeita compatibilidade com o Estado democrático de direito (na verdade, muito além disso, é a única via possibilitadora da consecução dos fins propostos na Carta). Autoconter-se judicialmente no Estado democrático de direito é o mesmo que dizer que o Poder Judiciário está realizando as funções que a ele o constituinte reservou, pelas quais se faz sentinela da constitucionalidade.

### 3.4 AUTOCONTENÇÃO COMO MECANISMO DE IMPULSO DEMOCRÁTICO

Se considerar a autocontenção como atuação ordinária e dentro dos parâmetros legais (materiais e formais), presumir-se-ia, de proêmio, ser propulsora da democracia, porém há raízes mais profundas que laboram nesse sentido e que precisam ser perquiridas. Busca-se, oportunamente, demonstrar que o ativismo é responsável por atrofiar os demais Poderes, de tal modo a criar uma dependência e ao mesmo tempo lançar cortina de fumaça na realidade política representativa.

Para que fiquem evidentes todas as afirmações lançadas, verifica-se um caso prático julgado pelo Supremo Tribunal Federal, dentre muitos outros que poderiam servir nessa qualidade: a ação direta de omissão nº 26, julgada em 13 de junho de 2019, segundo a qual:

Para enquadrar homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal [...] (BRASIL, 2019).

Em suma, a decisão consistiu em estabelecer um tipo incriminador que abarcasse as hipóteses de homofobia e transfobia, inserindo-as como espécie de racismo, com referência à Lei nº 7.716/1989. A conclusão do julgado pauta-se na morosidade do Legislativo em dar efetividade ao art. 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal<sup>14</sup>, em favor da comunidade LGBT, tendo em vista que o grupo é alvo de diversos atos lesivos de caráter discriminatório.

De início, insta salientar que não se pretende analisar o plano de eficácia de tal decisão, se cumpriu seus objetivos, embora sejam nobres e devam reservada atenção do poder público, mas sim os efeitos da sua tomada frente aos outros Poderes.

Sabe-se que temas como esse ilustrado no exemplo expressam considerável medida de sensibilidade, não se sabendo ao certo se pela razoável novidade das questões frente aos tribunais - entenda-se por novidade a discussão judicial, pois se sabe que os problemas dessa natureza são enfrentados há tempos - ou pelos efeitos provenientes da tomada de decisão. Parece a última ser mais plausível.

De início, insta fazer uma distinção que conseqüentemente deságua no ideário de inafastabilidade da jurisdição. Trata-se de compreender a diferença entre o poder e a autoridade. Embora mantenham comunicação íntima, o primeiro está atrelado ao exercício do Poder Legislativo e Executivo, enquanto o último ao Poder Judiciário. O poder deve ser como uma intervenção programática cuja atividade é diluída no tempo e caracterização pelo seu uso facultativo, enquanto que a

---

<sup>14</sup> XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (BRASIL, 1998).



autoridade deve ser automática, obrigatória. Diante desses termos, nesse sentido leciona Garapon (1999, p. 180-181): “A intervenção do poder é programática, a autoridade, automática: uma jurisdição é compelida a se pronunciar sobre as questões que lhe são submetidas, enquanto que um Parlamento escolhe sua ordem do dia”.

A título de exemplo, é cediço que ao Congresso a obrigatoriedade para instituir determinada norma é mais flexível e depende de uma sucessão de atos pelos quais resultarão a criação de uma lei, emenda etc. Flexível porque a obrigatoriedade da confecção da lei, que permitirá a efetivação do direito estampado na Carta, fica condicionada à análise da eficácia e aplicabilidade do mandamento normativo; por outro lado, ao Judiciário é imposta a obrigatoriedade de decidir quando provocado por iniciativa privada ou pública. O *busílis*, nesse caso, tem seus desdobramentos em similar ao do Legislativo, uma vez que ao Judiciário, na oportunidade de interpretação-aplicação, também caberá a análise do alcance e intensidade de aplicação do dispositivo, entretanto, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tem de decidir a qualquer custo.

De forma bem clara, Ana Paula Barcellos destaca nessa direção (2015, p. 667):

[...] se denomina autonomia da função legislativa ou liberdade de conformação do legislador, que não legislar é uma das possibilidades disponíveis ao legislador, só sendo possível falar de um dever constitucional de legislar nas hipóteses previstas pela Constituição. [...] não existe um dever geral de legislar oponível ao Legislativo, que tem a liberdade institucional de escolher o que vai ou não regulamentar. O dever de legislar só se verifica nas hipóteses previstas pela Constituição, devendo-se reconhecer, dentro dos limites daquilo que a Constituição definitivamente obriga ou proíbe, a discricionariedade estrutural do legislador.

Nessa perspectiva, cumpre observar os ensinamentos de Garapon (1999, p. 181): “O legislador francês aguardou dez anos para intervir na área da bioética, não se considerando ainda em condições enquanto que as jurisdições eram obrigadas a se pronunciar [...]”.

A obrigatoriedade imposta à autoridade e a facultatividade do poder imbricam em um problema político-jurídico, dizendo de outro modo, enquanto aos Poderes Executivo e Legislativo - de modo geral - é atribuída a faculdade de atuar e ao Judiciário o dever, irremediavelmente se terá a provocação recorrente do último. Essa escolha, muitas vezes constitucional, é de compreensão clara e legítima,

afinal, sem a qual a operação do sistema democrático se findaria, ou não operaria de maneira satisfatória.

Acontece que a esse fator está atrelado um outro que alavanca ainda mais o problema enfrentado pela democracia: a preocupação da perda do apoio político quando diante de situações delicadas. Recorrer aos juízes sob a premissa de que serão obrigados a resolver a celeuma proposta tornou-se um dispositivo para despolitizar temas que são extremamente sensíveis e que dividem opiniões. Pode ser citado como exemplo internacional a abolição da pena de morte na África do Sul em 1995, cuja decisão adveio do Supremo Tribunal, e não, como se esperava, do Parlamento (GARAPON, 1999, p. 157). Mas por que isso ocorre?

Com efeito, as mudanças nos paradigmas sociais, e conseqüentemente nas relações jurídicas, foram responsáveis por destacar essa maior requisição do Judiciário. A transposição da concepção de Estado Laissez-Faire para Welfare States, em que a máquina pública foi provocada a abandonar os hábitos de abstenção e colocar-se ativamente à efetivação dos postulados sociais; e a presença nas Constituições concebidas após o segundo pós-bélico de textos com rol extenso de direitos fundamentais, muitas vezes de aplicação imediata. Esses fenômenos, por natureza, constituem matéria delicada e de difícil resolução, depende de uma observância normativa substancial e formalizada, a primeira quase nunca aparente.

Naturalmente forçam ainda mais o Poder Judiciário a atuar na fiscalização e na efetivação dos vetores constitucionais em comparação ao parâmetro anterior, mas somada a eles está o fator político partidário, ou melhor, político-partidário-eleitoral, que nada mais é do que a resposta mais clara à indagação proposta. O problema reside, desse modo, na temeridade que toma os agentes políticos - referente aos eleitos diretamente pelo voto popular - em perder eleitorado quando decisões possam gerar controvérsias.

Imagine-se: parlamentares adeptos do conservadorismo religioso deparam-se com a questão da legalização do aborto, que, encontra, hipoteticamente, 90% de apoio popular do país. Decidir contra os postulados religiosos ou garantir a próxima candidatura? A resposta é bem acertada: deixe o Judiciário resolver.

Retornando ao exemplo inaugural desta seção, pode-se dizer que a criminalização da homofobia e transfobia, assim como descriminalização do aborto, foram deixadas de lado indiretamente para que ora ou outra o Judiciário, isento de

responsabilidade eleitoral, possa decidir. Seria essa irresponsabilidade política dada ao Poder Judiciário como mecanismo de manutenção dos objetivos de Estado? Sem dúvida que sim, e restou bem evidente no tópico que tratou da questão. Não se pode, por outro lado, utilizá-la exacerbadamente, ultrapassando os limites (materiais e formais) delimitados pela Constituição. Importante fazer nota que, embora no exemplo se possa vislumbrar a atuação da irresponsabilidade política, a decisão em si, mostra-se ativista por outros motivos.

No mais, quando se fala em discussão atribuída ao Judiciário por outros órgãos, é importante consignar, não se alude ao sistema institucional que, espontaneamente, remete discussões ao Poder Judiciário, avalia-se, por outro lado, o deslocamento da discussão em razão da faculdade parlamentar em não tratar da matéria.

Prosseguindo: acontece, no entanto, que essa abstenção da discussão pelo Parlamento - e até mesmo pelo Executivo -, transferindo-a para o campo jurisdicional, é uma prática que atenta contra a própria democracia. De fato, o Judiciário decidirá sobre o tema - sem valorar que a decisão seja ou não ativista, se vai enfrentar ou “declinar competência” -, e os efeitos dessa tomada de decisão terão efeito duplice: o primeiro atrelado à atrofia do Legislativo e do Executivo e, o segundo, à inviabilização da transparência democrática. O segundo é consequência natural do primeiro.

No que tange a atrofia dos poderes, se o Judiciário adentrar cada vez mais na competência legislativa ou executiva e se puser a resolver questões, em patente atuação ativista, cada vez mais criará um rol de abstenções nos órgãos majoritários, primeiro, por lhes usurpar competência, segundo, por essa mesma usurpação resultar em acomodação parlamentar, em não decidir conteúdos polêmicos. Pode-se afirmar que o ativismo é mais um elemento que traz o deslocamento do poder ao Judiciário e, ao se deslocar, é retirado de outro ambiente, surtindo a patologia aqui denominada de atrofia. Atrofia porque amesquinha a atuação dos poderes, e sob uma lógica de morosidade, a qual compõe grande parte dos acórdãos da jurisdição constitucional brasileira.

É cediça a obrigação de se efetivar os direitos estampados na Constituição Federal, é também conhecido que o Judiciário decidirá sobre eles mediante provocação, ao passo que o legislativo o será por iniciativa própria - ressalvada obrigatoriedade expressa. E talvez faça surgir um novo problema nessa altura, de se

compreender se a abstenção do Parlamento é constituidora de uma tomada de decisão voluntária, e é certo que é.

Retoma-se os exemplos: se o Parlamento decidir não colocar em vigor norma autorizadora do aborto ou de criminalização da homofobia e transfobia, seja por razão de que o apoio a essas questões não são pertinentes no momento, tem-se que manter respeito a decisão.

No entanto, mister se faz a compreensão da facultatividade parlamentar sobre matéria em discussão se de fato assim o é, ou se trata de obrigação imposta pelo mandamento das normas formal ou material dispostas na Constituição, das quais o Legislativo se manteve inerte na resolução. Se faculdade do Parlamento, a ingerência judicial resulta cada vez mais no descrédito sobre a via parlamentar na resolução das reivindicações. É claro, não se deve olvidar, o Parlamento não pode simplesmente se colocar inerte para resolver imposições constitucionais, deve de fato dar marcha às metas e finalidades propostas pelo texto, mas, sob esse manto, tem-se confundido muito o que é morosidade e o que é decisão, e enquanto se colocar o Judiciário a resolver tudo, os outros Poderes cada vez mais estarão na figura de telespectadores.

Outro ponto de efeito negativo causado pelo ativismo judicial, e que merece atenção, trata-se da deturpação do processo democrático eleitoral. O Parlamento e o Executivo são Poderes que dependem do apoio popular para ingressarem nos cargos instituídos e permanecerem no mesmo. Para tanto, os partidos e partidários tentam a todo momento buscar apoio do povo, sem o qual seria impossível se estabelecerem. O apoio popular, dentre outras coisas, funda-se principalmente em transparência daquele que será votado, os atos anteriores ao mandato e os posicionamentos sobre determinado tema. O último determinante para se compreender a ideologia política elegida pelo candidato.

Veja-se, portanto, como o ativismo atinge esses pontos. A temeridade pela perda do apoio popular é inerente à atividade política, afinal, é o elemento pelo qual se mantém viva, e quanto mais se puder ficar neutro em posicionamento sem a necessidade de se arriscar, tem-se um ótimo campo para o parlamentar. Quando o Judiciário decide questões polêmicas fora do campo de sua atuação, está arremessando uma cortina de fumaça sobre o posicionamento dos mandatários do povo, que fica à mercê em não reconhecer o pensamento coerente daqueles eleitos e que serão eleitos. Assim, quando se fala em questões como a do aborto,

homofobia e outras de delicado tratamento, é conveniente que se julgue pela via judiciária, para se manter isenção. Dessa forma, o ativismo é mecanismo de esconderijo, no qual se ocultam as ideias e condutas e se afugenta a transparência, embora tal efeito não seja almejado no momento decisório, sua ocorrência é irremediável.

Disso, nota-se que o processo democrático, quando se tem um poder Judiciário ativista, é contaminado por completo, não bastassem os estigmas que o contemplam naturalmente, pela própria institucionalização do poder.

Por outro lado, a autocontenção judicial se coloca na contramão, ao contrário de velar os posicionamentos e os desdobramentos dos mandatários, instiga-os a surgirem e serem debatidos por órgão político destinado a isso. Muitas tentativas de participação popular no Judiciário, por meio de mecanismos criados para esse fim, são reflexo do déficit causado pelo ativismo judicial, que retira do ambiente onde o debate deveria ser a regra e tenta justificar sua atuação deslocando-o para si. Enquanto o ativismo for disseminado e aderido, o Parlamento sempre será visto como retardatário na atuação, e esse mesmo atraso será utilizado como justificativa para mais atuação; afinal, se as questões que mantêm certo viés de polêmica forem encampadas pelo Judiciário, o Parlamento deixará agir, seja para manutenção do eleitorado, seja pelo risco que correrá no controle posterior.

Desse modo, autoconter-se é manter a democracia vigilante, entregando ao povo o poder de fiscalizar as convicções dos eleitos com destino ao Parlamento ou ao Executivo, sem a interferência do Poder Judiciário, o qual dispensa a responsabilidade político-eleitoral.

### 3.5 EFEITO BACKLASH: RESULTADO ATIVISTA JUDICIAL

O termo *Backlash*, em língua inglesa, pode ser traduzido para o português como sendo efeito ricochete, ação intensa e adversa, geralmente tomada por grupo de pessoas ou instituição pública, contra medidas voltadas ao desenvolvimento social ou político. Em se falando de decisões judiciais tomadas no âmbito da jurisdição constitucional, pode-se defini-lo como: reação conservadora contra pronunciamento judicial de cunho progressista que, comumente, abarroa em questões delicadas; filia-se à ideia de ativismo congressual, reação legislativa etc. (MARINHO; MARTINS, 2018).

Na perspectiva do movimento constitucionalista democrático norte-americano, pode-se dizer que o fenômeno obteve maior proporção durante o Tribunal de Warren, época em que os tribunais foram designados, inclusive, como fóruns de princípios, local favorável à propagação da razão humana, afirmava-se. No entanto, recentemente as divergências começaram a surgir dentro do movimento, dividindo-se entre aqueles que o apoiavam sob o fundamento do constitucionalismo popular, e aqueles sob a mudança urgente para uma visão mais cautelosa e menos intervencionista. Os receios discutidos pelos últimos estavam na possibilidade de o Judiciário impulsionar uma reação política e cultural ricochete (*backlash*), como ocorreu na geração passada de progressistas, no caso *Brown v. Board of Education*, cuja tentativa de desenvolver princípios relacionados a danos gerou reações violentas (POST; SIEGEL, 2007).

Entende-se, ainda, que o efeito *backlash* é resultado prático do que a doutrina nomeia de sociedade aberta a intérpretes da constituição, difundida pelo doutrinador alemão Peter Haberle, segundo o qual a competência interpretativa constitucional não se destina exclusivamente a um órgão ou Poder, mas sim a todos, competindo a cada órgão ou instituição fazê-la, inclusive diretamente pelo povo por meio de grupos e associações; e das teorias dialógicas, que constroem crítica ao papel ativista do Judiciário, uma vez que essa conduta conduz ao detrimento da deliberação política (MARINHO; MARTINS, 2018). A partir dessas convicções, tem-se o efeito *backlash*, do ponto de vista da jurisdição constitucional, como a reação institucionalizada ou não contra decisões impopulares.

Aproveitando o exemplo citado na seção anterior acerca da criminalização da homofobia e transfobia, e sem considerar as possibilidades jurídicas do exemplo, imagina-se que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, sobrevenha reação do Parlamento, editando uma lei que a confronte, cujo texto se coloque em posição totalmente oposta ao que foi decidido, para fazer valer a inexistência de crimes nas circunstâncias abordadas pelo julgado. O aborto é outro caso que poderia ser utilizado de exemplo se, na hipótese de descriminalização pelo Judiciário, sobrevenha norma criminalizando-o, e enfatizando a reação com instituição de pena ainda mais grave.

Para se delinear definitivamente do que se trata o efeito Backlash, mister se faz observar a dinâmica do processo aduzida por George Marmelstein (2015), segundo o qual:

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão.

A definição do efeito *Backlash* com base no que foi exposto pelo autor, dependerá, portanto, do reconhecimento do processo de reação e, embora o percurso dessa sucessão de acontecimentos para sua caracterização seja complexo, sua ocorrência é mais comum do que se imagina. Isso resta evidente das consequências narradas Michael Klarman (2011), dos casos decididos pela Suprema Corte Norte- Americana:

*Firman v. Georgia* (1972), ao ameaçar extinguir a pena de morte, produziu um ressurgimento dramático em apoio à pena capital, resultando na aprovação da pena de morte em 35 estados.

*Roe v. Wade* (1973) gerou um movimento pelo direito à vida politicamente potente que teve efeitos profundos na política nacional desde então. Por exemplo, o aborto, mais do que qualquer outra questão isolada, determinou a escolha da vice presidência do partido republicano em 2008 e desempenhou um embate crítico sobre a saúde pública em 2009. Extraordinário quando você pensa nisso - 35 anos após a decisão do Tribunal, que o aborto ainda poderia representar tal papel importante na política nacional.

*Goodridge v. Departamento de Saúde Pública* (2003) resultou em mais de vinte e cinco estados que promulgam proibições constitucionais ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, levou à derrota de pelo menos alguns candidatos democratas ao Senado, incluindo o líder da maioria, em 2004, e possivelmente permitiu que George Bush ganhasse os votos eleitorais de Ohio, sem os quais ele não teria conquistado um segundo mandato.

Desse modo, o efeito *Backlash* se dá na sucessão de acontecimentos após a tomada de decisão pelo Judiciário sobre questões tênues, impulsionando reação de cunho social e político, que resultará na mudança do conteúdo constitucional ou

de normas *infraconstitucionais*, muitas vezes com teor normativo que esboça protesto - protesto institucionalizado, pode-se dizer.

Os estudos acerca do efeito se deram em realidade política e jurídica diversa da brasileira, em um sistema *Common law*, em um contexto federativo de traços próprios. No entanto, apesar disso, é perfeitamente possível espelhar seus desdobramentos na conjuntura nacional. A exemplo disso, pode-se verificar a célebre discussão do tema da descriminalização da maconha que se estende até hoje no Supremo Tribunal Federal, porém, mesmo inconclusivo, presentes alguns votos já proferidos, notadamente o do Ministro Luis Roberto Barroso, no qual resta evidente preocupação com adesão populacional do julgamento.

Em entrevista concedida à BBC de Brasília, o Ministro (2015) explicou os motivos do voto favorável à legalização:

Minha posição é que a descriminalização em relação a outras drogas deve ser feita mediante um debate consistente, entre pessoas esclarecidas e informadas, de modo a conquistar a adesão da sociedade, em lugar de funcionar como uma imposição arbitrária do tribunal. Racionalidade, seriedade no debate e consistência nos argumentos produzem melhores resultados que palavras de ordem. [...] Entendo a crítica dos especialistas, mas eles precisam considerar que uma decisão da Suprema Corte considerando inconstitucional uma criminalização feita pelo legislador tem que ser uma decisão com algum grau de sintonia com o sentimento social. Tomar uma medida dessa importância sem a capacidade de trazer a sociedade junto pode acarretar um risco que os autores americanos chamam de **backlash**, que é uma certa reação generalizada que dificulte o respeito e o cumprimento da decisão (Grifo nosso).

Sem considerar que o provimento do recurso favorável à descriminalização da maconha possa, por si só, ser atitude ativista, a discussão existente na constitucionalidade do tema encontra-se na linha tênue para resultar o efeito *backlash*, sobretudo se o voto do relator, cujos fundamentos requerem pela legalização ampla das drogas, obtiver adesão. O efeito pragmático, nesse caso, se daria com reação do Parlamento, concretizada por meio de leis que tenham condições de esvaziar a decisão tomada, ou até mesmo lhe impedir execução.

Disso, pode-se considerar, em análise sumária, que o efeito *backlash* é a manifestação da democracia por ser a representação da insatisfação social, da qual o movimento se utiliza para a mudança de parâmetros dentro do próprio arquétipo institucional, seja pela alteração incidente - através de leis para barrar a decisão - seja por oportunidade política - alteração do apoio popular em eleições posteriores,



e de certa forma o é. Porém, a decisão judicial ativista, por se colocar em um campo tênue, sob a justificativa de concreta efetivação de direitos, cria espaço maior de divergências, resultando em alterações diametralmente opostas ao postulado constitucional.

Essa concepção coloca em xeque se a jurisdição constitucional de fato pode ser garantidora da implementação de direitos fundamentais. Klarman (2011) sugere que em algumas questões em que se está presente a resistência massiva, é bem possível que ocorra retrocesso, sem contar as imprevisões políticas que poderão surgir e, portanto, deve-se compreender que a jurisdição constitucional não é o local pelo qual se obtém implementação eficiente dos direitos, muito pelo contrário, pode ser vista como espaço totalmente pernicioso nesse sentido, requerendo, nesses casos, uma postura mais contida.

Por outro lado, defende-se que os efeitos *backlash*, apesar de reconhecidos os riscos, também têm seus pontos favoráveis, conforme apregoa Marmelstein (2015), a decisão proferida no caso *Goodridge v. Departamento of Public Health*, em que se firmou impedimento discriminatório em face dos casais homossexuais, nada obstante as aprovações em contrário em reação a isso, promoveu o reconhecimento da causa gay em larga escala, o que gerou posteriormente, no caso *Obergefell v. Hodges*, em 2015, o reconhecimento do casamento mantido entre pessoas do mesmo sexo, como se fosse, nas palavras do autor: o *backlash* do *backlash*.

Com efeito, qualquer decisão tomada em âmbito público, seja pelo Judiciário, pelo Legislativo ou Executivo, corre o risco de tomar contornos que propulsione efeito semelhante ao do *backlash*. Uma escolha de aumento tributário quase sempre suportará resistência, por exemplo, assim como outros temas econômicos ou que mostrem certo viés religioso. Na defesa das benesses da atuação judicial da Corte, o autor a analisa dentro de uma perspectiva temporal muito alargada, na qual, por óbvio, se fez presente outros fatores que influenciaram na mudança, mas a sua oposição à conotação negativa dada ao termo, é compreensível, afinal o efeito ricochete pode se dar nos dois sentidos.

No Brasil, exemplo atual de *backlash* pode ser encontrado no advento da Lei nº 13.869 de 5 de outubro de 2019, denominada de lei do abuso de autoridade. Embora a lei seja demasiadamente tautológica, entre suas prescrições é possível denotar normas que se contrapõem aos eventos investigatórios ocorridos no Brasil,

principalmente os decorrentes da famosa Operação Lava-Jato, responsável por conduzir investigações de políticos de alta importância no país. Na dinâmica da operação, algumas decisões judiciais foram colocadas em xeque, se estavam de acordo com os preceitos legais e/ou constitucionais, dentre elas a condução coercitiva para interrogatório foi alvo de grande repercussão no mundo jurídico e social.

Na maior parte da doutrina, entendeu-se que a condução coercitiva não caberia ao investigado nas condições do caso concreto em que fora deferida, notadamente no processo nº 5007401-06.2016.4.04.7000/PR, em que figurava o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva na qualidade de investigado. Em razão da contestável decisão, sobreveio a lei sobredita prescrevendo crime em face das determinações judiciais que se manifestassem nos termos lançados no caso concreto:

Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 2019).

Não só, no mesmo título contém diversos dispositivos que demonstram essa contraposição legislativa às condutas realizadas no seio da Operação. É exemplo claro de *backlash* que, mesmos sendo a decisão proferida por jurisdição diversa da constitucional, esboça o caráter do efeito ricochete de uma sucessão de decisões que foram tomadas sob fundamentos jurídicos duvidosos, quiçá de evidente ilegalidade, como no exemplo trazido.

De tudo, nota-se que o estudo sobre o *backlash* é consequencialista, cujo fato gerador se pauta na tomada de decisões ativistas, levando à reação popular e institucionalizado por órgãos representativos. Quando se fala no sobredito efeito, tem-se que o problema colocado em pauta repete-se em outros comparativos de estudos, o de que o Poder Judiciário usurpa competência de órgão onde o debate político é base fulcral, e profere decisão com déficit congênito que ora ou outra surtirá efeitos. Quanto mais se evidencia a ultrapassagem dos limites constitucionais, de maior intensidade serão os efeitos ocorridos, que podem ou não ricochetear, sendo a melhor medida, portanto, autoconter-se.

Vale lembrar, por derradeiro, que os efeitos sociais opostos das decisões tomadas têm seu poder de modificar a legislação infraconstitucional ou a própria Constituição, por meio da pressão legítima aos representantes, ou até mesmo por iniciativa naturalmente parlamentar, mas nada impede a aferição da constitucionalidade das novas medidas se levadas ao debate judicial, sem olvidar o óbice imperioso das cláusulas pétreas, insuscetíveis de redução.

### 3.6 ATIVISMO JUDICIAL: INSEGURANÇA JURÍDICA E EFEITOS NA ECONOMIA

Para que se compreenda os efeitos do ativismo judicial na economia, cumpre, de início, raciocinar acerca de um caso que alcançou as discussões do Supremo Tribunal Federal, e que nos fornecerá parâmetros para o deslinde deste ensaio.

Diz respeito ao julgamento da medida cautelar na Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.121, na qual restou concedida liminar, por maioria (6x5), no sentido de afirmar ser de competência exclusiva do Chefe do Executivo extinguir conselhos que compõem a Administração Pública por meio de decreto, exceto quando criado por lei. Isto é, quando o conselho fosse criado por lei, só por ela (lei) poderia ser abolido, servindo da mesma lógica para os decretos (só por decretos podem ser abolidos) (STF, 2019). Nada obstante o julgamento se inclinar a uma interpretação jurídica lógica, o que causa certo estranhamento reside na tese arguida pela parte vencida, segundo a qual o Conselho não poderia ser extinto, ainda que criado por decreto, uma vez que o órgão é meio de promoção do princípio da participação democrática, e qualquer medida que tenha por objetivo extingui-los seria inconstitucional.

Decerto que o tema ainda será resolvido de forma definitiva pelo plenário, mas a tese defendida pela parte vencida, de arguição do Min. Edson Fachin, demonstra grande divergência existente no Supremo Tribunal Federal, notadamente porque o resultado foi estreito. Nada obstante a importância em haver divergências dentro de um tribunal para fortalecer o debate, em alguns temas, cujos direcionamentos interpretativos são óbvios, não poderiam persistir, como no caso ventilado. A acertada conclusão vencida pauta-se em marcos interpretativos lógicos, de paralelismo, de que lei revoga lei e decreto revoga decreto, e essa lógica sempre

foi imperativa; porém, sob o pretexto de promoção da democracia, que mantém elasticidade sem tamanho, elege-se um posicionamento.

Irremediavelmente, toda essa movimentação interpretativa, gera insegurança jurídica. Por si só o sistema jurídico carrega termos de abertura semântica gigantesca, que devem ser reduzidos a partir de leis objetivas na medida do possível, porém, ao que parece, mesmo na presença da lei do “tudo ou nada”, a Corte persiste em criar um cenário dúbio.

Tem-se que o exemplo esboça, portanto, clara insegurança jurídica, e essa mesma instabilidade gera consequências no sistema econômico do país, afinal, o investidor, além de ter que compreender as regras do jogo - refere-se às leis dotadas de clareza - ainda deverá prever as possíveis decisões tomadas pelos tribunais que, não bastasse a lógica instável do sistema, ainda contribui para piorá-la.

Quanto ao problema da insegurança decorrente das decisões judiciais, Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 3) leciona:

[...] a segurança jurídica não decorre apenas da estabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico positivo, mas também do respeito a esses preceitos gerais na sua interpretação e aplicação. Mais especificamente, a segurança jurídica requer esses preceitos sejam respeitados em quatro dimensões da atuação da justiça.

Dentre as dimensões destacadas pelo autor, põe-se como imperativo: a) a informação, fidelidade e imparcialidade na aplicação da lei pelos magistrados; b) a construção normativa dentro das regras de caráter abstrato, estabelecendo, nesse campo, jurisprudência concisa que, apesar de não ser fonte primária do direito, reflete estabilidade nas decisões; c) uniformização da interpretação e aplicação do direitos em todos os tribunais; d) contenção de arbitrariedades cometidas pela Administração Pública.

A postura ativista se coloca contrária a todos os postulados erigidos pelo autor, primeiro porque oposta à ideia de fidelidade e imparcialidade na aplicação da lei, segundo por transpor os quadros da regra abstrata, e, como consequência dos primeiros, rompe com uniformização interpretativa.

Em consequência da insegurança jurídica, Marcos Abreu Torres (2019), aduz:

A instabilidade causada pela insegurança jurídica reduz a atratividade do país para novos investimentos, inibe a tomada de decisões, abala planejamentos e corrói a confiança geral nas leis e nas instituições. Todas essas consequências elevam os custos de transação nos negócios e obrigam as empresas a provisionar fundos a fim de se defender de eventuais imprevistos. Há geral prejuízo à competitividade e ao bem-estar social.

Dentro do âmbito criado pela insegurança jurídica, pode-se analisar dois aspectos: a eficácia das leis vigentes em determinado território e a previsibilidade dos resultados advindos das decisões judiciais. Sendo a eficácia assegurada e as decisões de baixo grau de imprevisibilidade, os investimentos são enaltecidos. Em contrário, os investidores se mostram mais tímidos e receosos em investir, optando por três saídas: não realizam transações de risco e abdicam dos possíveis resultados negativos; modificam as transações com objetivo de reduzir os riscos e proporcionalmente os ganhos; ou compensam o risco investindo em instituições jurídicas, conseqüentemente aumentando o custo-meio. As três geram o sacrifício do desenvolvimento econômico (PINHEIRO, 2005).

Além de impedir o investimento inicial, a insegurança labora em sentido contrário ao desenvolvimento no que diz respeito às escolhas tomadas pelos investidores mais ousados, que, mesmo investindo, o fazem de maneira comedida, o que gera timidez no desenvolvimento.

Decerto que outros fatores influenciam a falta de incentivo ao investimento na economia brasileira e em seu desenvolvimento, mas se pode dizer que as regras e formas de interpretá-las cria um cenário estável não só para o campo jurídico, mas também para a correção dos fatores “externos” à área jurídica, eis que as direções serão dadas pelas que estarão sempre sob vigilância do órgão judiciário. Sempre que a conduta ativista se impõe, independentemente do resultado proveniente da insegurança jurídica por ela produzida, está-se colocando em xeque as divisões e independência dos poderes, fator este que resulta em impactos no Estado democrático e, como em um ciclo, também na seara econômica.

Em solução adversa, a autocontenção se mostra como o único mecanismo para remediar essas ocorrências, uma vez que garante ao investidor previsibilidade na decisão. Ainda que os preceitos abstratos subsistam e tenham que ser interpretados dentro de uma lógica mais flexível, a autocontenção o impede de ultrapassar os quadros ditados pelo princípio e mitiga, ainda que não em sua totalidade, as arbitrariedades dos julgados que, à revelia de uma interpretação

sistematizada, elege um princípio e o coloca como arma no enfrentamento daquilo que o próprio magistrado acredita.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado mostrou-se demasiadamente complexo e trouxe a convicta ideia de que a autocontenção judicial demanda, além do que aqui foi encontrado, intenso aprofundamento, com revisitação às teorias mais inclinadas ao positivismo clássico até aos postulados axiológicos defendidos pela corrente do moralismo jurídico. É essa investigação significativa que proporcionará subsídios para o encontramento da face mais clara do objeto que se pretende, talvez o renovar em confronto com as novas percepções.

Neste ensaio, os objetivos estabelecidos foram mais modestos e não pretenderam definir a autocontenção judicial, muito menos lhe oferecer qualquer conceito; tentou-se, sim, extrai-la da realidade contrastante entre diversos fatores, jurídicos, políticos e até mesmo econômicos, inclusive havidos no estrangeiro. E a partir dos elementos que a delinearam é que foi possível depreender seus efeitos e adequações dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Impraticável seria, cumpre advertir, aplicá-la ao sistema jurídico brasileiro se emprestadas definições concebidas em realidades jurídicas totalmente retraídas, sobretudo aquelas em que o liberalismo jurídico impera. Decerto que o Estado democrático de direito não poderia recepcioná-la, uma vez que contrária aos objetivos sociais e humanitários estabelecidos na ordem constitucional, os quais dependem da atuação ativa do Estado - Estado grande e provedor, Estado dirigente -, e também de um Judiciário que se imponha - moderadamente.

Desse modo, objetivando entender a posição do Poder Judiciário e a extensão, denotou-se do primeiro capítulo os desdobramentos constitucionalistas que marcaram presença na história, principalmente a partir dos três eventos emblemáticos citados, quais foram: a Revolução Francesa, a Revolução Gloriosa (Inglesa) e a Declaração da Independência das Colônias (Estados Unidos). No que tange à realidade inglesa, restou demonstrado que as sucessões históricas desaguam em uma estrutura restritiva quanto ao Poder do Judiciário no controle constitucional, sendo certo que até a atualidade o responsável por dar a decisão final ainda é o parlamento.

Por seu turno, a realidade jurídica norte-americana foi precursora do controle difuso de constitucionalidade, com início no julgamento do caso *Marbury x Madison*, em 1803, evento responsável por indicar exemplo de autocontenção judicial. Os

estadunidenses, principalmente, em comparação com o modelo inglês, mostram-se mais abrangentes quanto ao controle de constitucionalidade e, portanto, o Judiciário alcançou patamar considerável.

O episódio da Revolução Francesa, como exposto, foi responsável pelo ideário passivista jurídico que, pela imperativa desconfiança que pairava sobre os magistrados estigmatizados pelo antigo regime, proporcionou a interpretação-aplicação do direito em exercício mecânico, sem margem à criatividade. Denota-se que a autocontenção judicial tem sua origem fincada nos postulados franceses, promovedores da característica absenteísta, da aplicação literal da lei por crença de ser verdadeira expressão da vontade popular.

No mais, restou demonstrado que essas mudanças ocorridas no constitucionalismo pelo mundo influenciaram os regimes constitucionais brasileiros, desde a primeira Constituição datada em 1824 até a atual de 1988, tendo períodos de maior restrição à atividade judicial, quando não de total inexistência de controle judicial. Em 1934, notou-se a primeira grande possibilidade de atuação do Judiciário, porém o raciocínio jurídico fundado no regime mais anterior conservador impediu qualquer fato relevante de nota.

Mas foi em 5 de outubro de 1988 que a consolidação do novo marco interpretativo se instalou no Brasil: a Constituição Cidadã, que reafirmou as diretrizes advindas do segundo período pós-bélico, de conteúdo severamente elástico e que recepcionou com beneplácitos os direitos fundamentais, incluindo os de natureza social. Como demonstrado, esse acolhimento, dentre outros fatores, elevou a dimensão da atuação judicial, que já vinha tomando espaço no Brasil, a fenômeno denominado de judicialização.

Por outro lado, a louvável instituição dos direitos fundamentais que foi motivo de muitas alvíssaras no Brasil, ainda mais por ser um documento formulador da redemocratização tupiniquim, ensejou na alteração substancialmente da ciência jurídica no tocante à interpretação-aplicação do direito. Com ela veio, além da expansão formal do Judiciário (judicialização), a material, marcada pela interpretação sobre as normas de valor (princípios).

Diante dessa possibilidade de interpretação-aplicação mais abrangente, somada a outros fatores, o ativismo judicial se propagou de forma intensa no Judiciário brasileiro e vem ganhando força nos últimos anos.



Para compreendê-lo e buscar uma linha definidora coerente, buscou-se na doutrina a forma com a qual se estava fixando parâmetros, oportunidade em que foi possível defini-lo como sendo o exercício jurisdicional para além dos limites formais e materiais impostos pela própria Constituição. Verificado isso, notou-se que a sua aplicação é algo recorrente no Supremo Tribunal Federal, normalmente fundamentada em métodos de ponderação de princípios e com a finalidade de promover direitos fundamentais.

Exemplos trazidos demonstraram o quão nociva essa prática pode se evidenciar, uma vez que entrega às mãos da jurisdição constitucional o poder de tudo fazer e como bem entender. O ativismo judicial tornou-se a verdadeira expressão da arbitrariedade, inclinada a fazer mais uma vontade do prolator da decisão do que firmar os postulados constitucionais.

Nessa ocasião, foi possível denotar que a crítica sobre a ilegitimidade democrática que paira sobre a jurisdição constitucional na maior parte das vezes é questionada de forma errada, uma vez que o problema não reside diretamente na falta de legitimidade democrática do órgão - que carrega o contramajoritarismo entre as suas características -, mas sim o desrespeito às barreiras constitucionais que, para além de ser uma conduta ativista, pode ser uma conduta que rompe com a ordem constitucional (a abstrativização do controle difuso, é um exemplo).

Nessa altura, é que a autocontenção judicial precisou ser compreendida com mais preocupação, como forma de barrar essa expansão judicial desenfreada que, sob o pretexto de ajudar o desenvolvimento, pode ser que o esqueça pelo meio do caminho. Abandonando os postulados que rodearam a autocontenção judicial que lhe atribuíam caráter negativo, passivista extremo, portanto, depreendeu-se que a sua definição dependia da percepção de como o ativismo judicial está formado, sobretudo de como ocorreu nos Estados Unidos.

Desse modo, conflitando com a atual realidade ativista brasileira, é que se pôde definir a autocontenção judicial como sendo o exercício jurisdicional dentro das barreiras formais e materiais delimitadas pela própria Constituição, definição essa, como se viu, bem próxima das diretrizes mantidas pela corrente conceitualista norte-americana.

Restou demonstrado que a autocontenção, nesses termos, em muito se distingue da posição passivista que lhe fora imprimida, conhecendo que na sua aplicação é completamente possível a construção da norma substancial, de modo a

permitir a evolução do texto em simetria com as modificações sociais, sem a necessidade de refutar qualquer posição que se oponha à criação no ato da interpretação da norma.

Revisitando os postulados da autocontenção judicial nos termos propostos neste estudo, concluiu-se que, enquanto mecanismo decisório que atua nos limites impostos pela Constituição, é instrumento tanto da efetivação dos direitos fundamentais como garantidor da democracia. Consegue evitar o problema da ilegitimidade do ativismo judicial, sem perder a qualidade de garantidor social-constitucional.

Sem olvidar que restou demonstrado que medidas judiciais comedidas evitam a atrofia dos demais poderes de representatividade popular (Executivo e Legislativo) e, além disso, proporciona o impulso democrático uma vez que devolve o debate político ao local onde o mesmo deveria sempre ocorrer - no Parlamento - e com isso permite que as posições partidárias sejam vistas, principalmente em debates nos quais o tema se mostra demasiadamente sensível. Resulta em melhor transparência das opiniões políticas defendidas por cada representante, consequentemente possibilitando fiscalização popular.

Além disso, mostrou-se positiva ainda para reduzir a ocorrência do efeito conhecido por *backlash*, que tem os lados perniciosos em uma democracia, mas há de se reconhecer também que a observância depende inexoravelmente da análise conjunta de diversos fatores.

No mais, extraiu-se que a autocontenção pode ser benéfica para a economia brasileira, fornecendo maior segurança jurídica aos investidores nacionais e internacionais, diferente do que ocorre com o ativismo judicial, que é constituído de tamanha imprevisibilidade.

De modo geral, da revisitação e atualização da autocontenção judicial, evidenciou-se perfeitamente compatibilidade com a realidade jurídica brasileira e, mais que isso, tenta corrigir os problemas da arbitrariedade judicial, que está cada vez mais sendo comum no Supremo Tribunal Federal.

Adverte-se que, embora as barreiras materiais normativas estabelecidas pela Constituição sejam de complexa observância, mostram-se como um mal necessário para obstaculizar o ativismo judicial sem que os pleitos sociais sejam esquecidos na faculdade de agir dos parlamentares. Tem-se que abandonar posturas arbitrárias e compreender que a desobediência causada por decisões além

dos limites - embora em muitos casos possam parecer garantidoras dos fins estatais - atingem direta ou indiretamente a estrutura democrática e o próprio princípio da separação dos Poderes, sem o qual seria impossível alcançar os objetivos estatais.

Portanto, tem-se como resultado do presente estudo que a autocontenção judicial atualizada pode atuar como um mecanismo que ao mesmo tempo efetiva os fins sociais e evita as decisões judiciais invasivas que lesam a democracia, esta que, apesar dos seus problemas, ainda é a melhor saída para o desenvolvimento da sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, Lucas Medeiros de Moura Barreto; MONTENEGRO, Isaac Messias dos Santos; SILVA, Beclaute Oliveira Silva. O ativismo face às normas de eficácia limitada: uma problemática na sua efetivação. **Revista da ESMAL**. N. 6, nov. 2017(anual), p. 159-175. Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/59>. Acesso em: 4 fev. 2021.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e política. **Silêncio do legislador, interpretação e analogia**. Jurisdição constitucional e política / coordenação Daniel Sarmiento, p. 661-673. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO. Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. V.5, nº 1, 2012, p. 23-32. **[Syn]Thesis**. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 5 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. v. 240. **Revista de Direito Administrativo (FGV)**. Abr/ jun. 2005. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 5 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: a exposição sistemática da doutrina e análise**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BICKEL, Alexander M. **A ética do consentimento**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1978.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. [Constituição (1791)]. **Constituição Francesa de 1791**. Assembleia Nacional. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/cont1.html>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição política do império do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1824]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Brasília, DF: Presidência da República, [1930]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Brasília: Presidência da República, [2019] Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm). Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (pleno). Ação declaratória de constitucionalidade nº 43. Requerente: Partido ecológico nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 7 de novembro de 2019. Diário da Justiça: Brasília, DF, nº 270, 12 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (pleno). Ação de descumprimento de preceito fundamental nº347. Requerente: Partido socialismo e liberdade -PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Diário da Justiça: Brasília, DF, nº 31, 19 de fev. 2016., Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 2 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (pleno). Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 46. Requerente: Partido popular socialista. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de fevereiro de 2019. Diário da Justiça: Brasília, DF, nº 243, 5 out. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (pleno). Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.406. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhados na Indústria. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 24 de agosto de 2017. Diário da Justiça: Brasília, DF, nº 278, 4 dez. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (pleno). Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de novembro 2017. Diário da Justiça: Brasília, DF, n. 235, 1 dez. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (pleno). Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.121. Requerente: Partido dos trabalhadores. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de

junho de 2019. Diário da Justiça: Brasília, DF, n. 260, 28 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5678906>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (pleno). Habeas Corpus nº 152.752/PR. Paciente: Luiz Inácio Lula da Silva. Impetrante: Cristiano Zanin Martins. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 5 de abril de 2018. Diário da Justiça: Brasília, DF, n.127, 27 jun. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 2 fev.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (primeira turma). Recurso Extraordinário nº 877.607. Recorrente: Estado de Minas Gerais. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, 17 de fevereiro de 2017. Diário da Justiça: Brasília, DF, n.47, 13 de mar. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4741570>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estatísticas de Ações do controle concentrado. 2018. disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC\\_Geral](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=CC_Geral). Acesso em: 2 fev. 2021.

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETII, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969.

CIANCICARDO, Juan. **El conflictivismo em los derechos fundamentales**. Pamplona: Eunsa, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

COLE, Charles D. Interpretação constitucional - dois séculos de reflexão. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 90:21-49, abr/jun. 1989.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. **Minnesota law review**. 2006. p. 6-23. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=939768](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=939768). Acesso em: 29 dez. 2020.

DELBONI, Janiele Vitorasse; BATISTA NETO, Dilson Cavalcante. Ativismo judicial: segurança ou desconfiância? **Acta Científica. Ciências Humanas**. v. 23, nº 1, p. 7-

33, anual. 2018. Disponível em: <https://revistas.unasp.edu.br/acch/article/view/1106>. Acesso em: 2 fev. 2021.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Grotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPODVIM, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Larissa Monforte; TEIXEIRA, Maria Cristina. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. **Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito**. v. 8, n. 8. 2011, p. 160-190. Anual.

Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/2603>. Acesso em: 1 fev. 2021.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto de. **Direito civil brasileiro: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2015.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: **Hart Lecture at Georgetown Law Center**, March 31, 2011 - Speaker's Notes. Disponível em: <http://tinyurl.com/bz4cwqk>. Acesso em: 2 fev. 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMA; Flavia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de investigações constitucionais**. V. 5, nº 1, 2018, jan./abr., p. 221-247. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55990>. Acesso em: 11 dez. 2020.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1975.

MARINHO, Rodrigo Fonseca; MARTINS, Julia Parreira. Os poderes judiciário e legislativo no caso da vaquejada: “efeito backlash”. **Athenas: Revista de direito, política e filosofia**. vol. 1, ano VII (anual) p. 2-19. 2018. Disponível em: [https://www.fdcl.com.br/revista/index.php?option=com\\_weblinks&view=category&id=19&Itemid=5](https://www.fdcl.com.br/revista/index.php?option=com_weblinks&view=category&id=19&Itemid=5). Acesso em: 21 jan.2021.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial**. 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 2 fev. 2021.

MELLO, Celso de. Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em: 23 abr. 2008. Disponível em: [www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf). p. 11. Acesso em: 20 ago. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de informação legislativa**. v. 41, n. 162, 2004, abril/jun. p. 149-168. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496894>. Acesso em: 1 fev. 2021.

**Ministro** do STF diz que Brasil deve 'legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real'. 2015. BBC Brasília Disponível em: [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914\\_drogas\\_barroso\\_ms](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms). Acesso em: 2 fev. 2021.

NOGUEIRA, Octaviano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

PAULA, Daniel Grotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. São Paulo: JusPODIVM, 2011.

PENNA, Bernardo Schmidt. Mais do ativismo judicial à brasileira: análise do estado de coisas inconstitucional e da decisão da ADPF 347. **Revista pensamento jurídico**. São Paulo, v.11, nº 13, p. 9-19, jan/jun, 2017. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/84/123>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, crescimento e exportações. **IPEA**. Out. 2005. Rio de Janeiro. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4301](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4301) Acesso em: 3 fev. 2021.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalismo and backlash. **Harvard Civil-Rights Liberties Law Review**, v. 42, p. 373-434, 2007. Disponível em: [https://www.fdcl.com.br/revista/index.php?option=com\\_weblinks&view=category&id=10&Itemid=9](https://www.fdcl.com.br/revista/index.php?option=com_weblinks&view=category&id=10&Itemid=9). Acesso em: 21 jan. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A suprema corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita. **Revista da Procuradoria geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v.36, nº76, p.9-29, jul/dez, 2015. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/revista-pge-76>. Acesso em: 1 mar. 2021.



SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiro, 2013.

SILVA, Rodrigo Medeiros da. O ativismo judicial como consequência da crise de representatividade. **Revista jurídica luso-brasileira**. ano 1, nº 3, 2015, p. 1419-1438. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-1-2015-n-3/158>. Acesso em: 3 fev. 2021.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 20, p. 284-319, 2002. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista20/revista20\\_sumario.htm](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista20/revista20_sumario.htm). Acesso em: 24 nov. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, v. 3, jan./jun. p. 9-27. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista-04>. Acesso em: 27 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço jurídico jornal of law [EJJL]**. P.721-732. V. 17, nº 3, 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 02 dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. **Revista Consultor Jurídico**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 2 fev. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O panprincipiologismo e a flambagem do direito. **Revista Consultor Jurídico**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 2 fev. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de resposta correta em Direito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

TEIXEIRA, João Pedro Accioly. O sistema de Jurisdição constitucional Francês: do primado da lei à questão prioritária de constitucionalidade. **Revista de direito constitucional e internacional**. v. 96, ano 24. Jul/ago, 2016, p. 231-246. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista->

de-direito-constitucional-e-internacional-2013-rdci/2016-v-24-n-96-jul-ago. Acesso em: 27 jan. 2021.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the American doctrine of constitutional law. **Harvard law review**. v. 7. N.3. oct. 1893, p. 129-156. Disponível em: [https://www.jstor.org/stable/1322284?seq=6#metadata\\_info\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/1322284?seq=6#metadata_info_tab_contents). Acesso em: 14 dez. 2020.

TORRES, Marcos Abreu. **Autocontenção do Judiciário: imediatismo em querer resolver passivos sociais impede julgador de perceber que problemas se agravarão a longo prazo**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/autocontencao-do-judiciario-30082019>. Acesso em: 3 fev. 2021.

WEBBER, Suelen da Silva. O panprincipiologismo como propulsor da arbitrariedade judicial e impossibilitador da concretização de direitos humanos. **Revista de direitos fundamentais e democracia**. Curitiba, v. 13, nº 13, p. 305-324, jan/jun, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/368>. Acesso em: 2 fev. 2021.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. Salvador: JusPODIVM, 2019.