



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CAMPUS JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
MESTRADO E DOUTORADO

DEYVISON HEBERTH DOS REIS

**ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL: UMA CRÍTICA À LUZ DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

JACAREZINHO – PR
2019

DEYVISON HEBERTH DOS REIS

**ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL: UMA CRÍTICA À LUZ DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação.

Orientador: Prof. Dr. Valter Foletto Santin

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

REIS, Deyvison Heberth dos.

Ativismo Judicial em Matéria Penal: uma crítica à luz da hermenêutica constitucional. / Deyvison Heberth dos Reis. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2019.

176 f.

Orientador: Prof. Dr. Valter Foletto Santin

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2019.

Referências bibliográficas: f. 161

1. Considerações relacionadas à teoria do direito. 2. Hermenêutica constitucional. 3. Ativismo judicial em matéria penal. 4. Análise crítica de julgados do Supremo Tribunal Federal em matéria penal. I. Reis, Deyvison. II. Santin, Valter. III. Universidade Estadual do Norte do Paraná. IV. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. V. Ativismo Judicial em Matéria Penal: uma crítica à luz da hermenêutica constitucional.

DEYVISON HEBERTH DOS REIS

**ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL: UMA CRÍTICA À LUZ DA
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Estado e Responsabilidade: questões críticas) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação.

Orientador: Prof. Dr. Valter Foleto Santin

Orientador: Prof. Dr. Valter Foleto Santin

Membro 2: Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Membro 3: Prof. Dr. Thadeu Augimeri Goes de Lima

Jacarezinho/PR, 13 de dezembro de 2019.

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UENP

*Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo
para todo o propósito debaixo do céu.*

(Eclesiastes 3:1)

À minha amada esposa, Joana, e aos meus filhos
Beatriz, Isabela e Daniel, pelo amor, compreensão
e apoio incondicionais.

AGRADECIMENTOS

Eu louvo, primeiramente, a Deus por se fazer presente em todos os momentos da minha vida, dirigir meus passos em cada etapa vencida, disciplinar-me com misericórdia quando tropeço, ser minha fortaleza nos momentos de fraqueza, fonte de sabedoria em tempos de indecisão e eterna esperança em meio às tempestades da vida.

Agradeço aos meus pais, Vanda (*in memoriam*) e Osvaldo, dos quais muito me orgulho, pelo amor, esforço e paciência em me educar para enfrentar desafios, ensinando-me a não apenas desfrutar das alegrias decorrentes das vitórias, mas também a ser forte para suportar as frustrações que emergem das derrotas.

À minha esposa, Joana, às minhas filhas, Beatriz e Isabela, e ao meu filho Daniel, pela compreensão, amor e tolerância. Nos últimos anos, sei que esta pesquisa foi responsável por muitos sorrisos não sorridos, muitas brincadeiras não brincadas, muitas boas conversas silenciadas, muitas viagens não viajadas, muitos “nãos” no lugar de “sins”, enfim, muitas privações por eles não merecidas. Porém, mesmo tendo-lhes subtraído o tempo, sempre estiveram ao meu lado, apoiando o meu esforço e ansiando pelo final deste ciclo. Incontáveis foram as vezes em que a Bia e a Bela perguntaram: “pai, quando você acabar o mestrado, podemos fazer isso?”. Finalmente, é chegado o momento em que esta condição deixará de fazer parte da pergunta.

Ao meu sogro e à minha sogra, Sidney e Fátima, pelo apoio, ajudando a dar atenção aos meus filhos, especialmente nos últimos dias que antecederam o depósito da dissertação, quando estive mais ausente.

Ao meu irmão, Renan, pelo incentivo e pelas valiosas dicas que me deu durante importantes etapas de desenvolvimento desta pesquisa.

Aos meus familiares em geral, pelo auxílio moral e material que me proporcionaram. Agradeço especialmente à minha tia Silvana (Tininha) que sempre torceu por mim e até se prontificou a ficar com as crianças no dia da defesa.

Aos meus amigos mais próximos, companheiros dos estudos bíblicos das terças-feiras, que tantas vezes compreenderam a minha ausência para me dedicar à pesquisa.

Ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelas autorizações de saída mais cedo em algumas sextas-feiras, possibilitando que eu chegasse a tempo às aulas.

Aos colegas de trabalho, Gabriel Medeiros, Daiane Thaís Souto Oliva de Souza e Luiz Augusto Esteves de Mello, pelas oportunidades em que se dispuseram a me substituir na prestação jurisdicional quando eu tinha que ir à UENP na cidade de Jacarezinho.

Aos servidores da 3ª Vara de Judicial da Comarca de Presidente Venceslau, por suportarem minhas divagações acadêmicas e minhas lamúrias relacionadas às atividades do mestrado.

Ao amigo, professor e orientador, Valter Foleto Santin, pelos ensinamentos em sala de aula, pela experiência prática compartilhada, pelas saudáveis discussões nas reuniões de grupo de pesquisa e pelas brincadeiras em momentos de descontração.

À colega de turma Carla Destro pelo compartilhamento de conhecimentos durante s viagens a Jacarezinho e por sanar minhas inúmeras dúvidas referentes à formatação do trabalho. Agradeço também aos demais colegas da Turma XV, pela convivência saudável, pela tolerância e pelos excelentes seminários que realizaram.

A todos os meus professores e mestres, pelos ensinamentos dispensados nestes quase dois anos, que despertaram ainda mais o meu senso crítico e muito acrescentaram para o meu crescimento intelectual. E à Natalina, sempre receptiva e solícita na secretaria de pós-graduação da UENP.

Enfim, a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a realização deste trabalho. Muito obrigado!

REIS, Deyvison Heberth dos. **Ativismo Judicial em Matéria Penal: uma Crítica à Luz da Hermenêutica Constitucional**. 2019. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

Há mais de uma década observa-se que o Poder Judiciário, no afã de suprir o déficit democrático e conferir a máxima efetividade à Constituição Federal de 1988, vem assumindo uma postura proativa na efetivação de direitos fundamentais, de sorte que muito se tem questionado sobre os limites de sua atuação, bem como acerca de sua legitimidade à luz do princípio da divisão, independência e harmonia entre os poderes. As controvérsias envolvem o desenvolvimento da teoria do direito e da hermenêutica constitucional, especialmente a partir do século XIX. Esse protagonismo do Poder Judiciário, que já vinha sendo bastante questionado no campo da realização de políticas públicas, espalhou-se para a área penal, suscitando então maiores discussões. Desse modo, o presente trabalho visa estabelecer um conceito de ativismo judicial, passando pela teoria do direito, mediante uma breve análise dos modelos jusnaturalista, positivista e pós-positivista, propondo um modelo teórico - positivismo moderado - contrastado com processos tradicionais e contemporâneos ligados à hermenêutica constitucional. Ao final, diante dos elementos teóricos coletados, busca-se analisar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal na esfera penal, para verificar se o Tribunal tem cumprido o papel conferido pela Constituição Federal de 1988 ou se tem ido além deste mister, extrapolando sua competência constitucional. A pesquisa utilizou o método dedutivo de abordagem, o método de procedimento comparativo e a técnica de pesquisa da documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Penal. Positivismo. Hermenêutica Constitucional. Poder Judiciário.

REIS, Deyvison Heberth dos. **Judicial Activism in Criminal Matters: a Critique in the Light of Constitutional Hermeneutics**. 2019. Master's Dissertation — Stricto Sensu Graduate Program in Legal Science — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

For over a decade, it has been observed that the Judiciary Branch, in its eagerness to fill the democratic deficit and give maximum effectiveness to the 1988 Federal Constitution, has been taking a proactive stance in the enforcement of fundamental rights, so much has been questioned about the limits of its action, as well as its legitimacy in the light of the principle of division, independence and harmony between the branches. Controversies involve the development of the theory of law and constitutional hermeneutics, especially since the 19th century. This protagonism of the judiciary, which had already been widely questioned in the field of public policy, spread to the criminal area, leading to further discussions. Thus, this paper aims to establish a concept of judicial activism, going through the theory of law, through a brief analysis of the jusnaturalist, positivist and postpositivist models, proposing a theoretical model - moderate positivism - contrasted with traditional and contemporary processes associated constitutional hermeneutics. By the end, given the theoretical elements collected, it is intended to evaluate some decisions of the Supreme Federal Court in the criminal sphere, to verify if the Court has fulfilled the role conferred by the Federal Constitution of 1988 or if it has gone beyond this, extrapolating its constitutional competence. The research used the deductive approach method, the comparative procedure method and the indirect documentation research technique, including documentary research and bibliographic research.

Keywords: Judicial Activism. Criminal. Positivism. Constitutional Hermeneutics. Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CONSIDERAÇÕES RELACIONADAS À TEORIA DO DIREITO	13
1.1 Modelos de Estado e o Jusnaturalismo do Estado Pré-moderno	13
1.2 Positivismo Jurídico e Pós-positivismo	17
1.3 Modelo Teórico Proposto: Positivismo Jurídico Moderado.....	35
2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.....	47
2.1 Hermenêutica, Interpretação, Aplicação e Construção da Norma Jurídica	49
2.2 Hermenêutica Constitucional Tradicional	56
2.3 Peculiaridades, Princípios Instrumentais e Categorias atribuídas a uma Nova Hermenêutica Constitucional	63
2.4 (In)Compatibilidade da Nova Hermenêutica Constitucional com o Positivismo Jurídico	71
2.5 Peculiaridades na Interpretação de Leis Penais	79
3 ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL.....	90
3.1 Origem e Semântica da Expressão “Ativismo Judicial”	92
3.2 Ativismo Judicial, Judicialização e Inafastabilidade da Jurisdição	103
3.3 Ativismo Judicial e Princípio da Divisão, Independência e Harmonia dos Poderes: Delimitação do Papel Democrático do Poder Judiciário na Concretização de Direitos Fundamentais	107
3.4 Ativismo Judicial, Bem Jurídico Penal e a Imparcialidade do Juiz.....	123
4 ANÁLISE CRÍTICA DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA PENAL	133
4.1 A mitigação da sanção no crime de tráfico de drogas (HC 82.959/SP, HC 97.256/RS, HC 111.840/ES e HC 118.533/MS).....	133
4.2 A descriminalização do aborto durante o primeiro trimestre de gestação (HC 124.306/RJ e ADPF 442).....	142
4.3. A criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26)	148
CONCLUSÕES.....	157
REFERÊNCIAS.....	161

INTRODUÇÃO

A partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, chamada “constituição cidadã”, passou a compor o seu texto um conjunto de direitos fundamentais (do art. 5º ao art. 17) de amplitude sem precedentes no país. Entretanto, com o passar do tempo, a despeito da constitucionalização, muitos direitos fundamentais não foram concretizados, imputando-se omissão ao Estado, concentrada nos poderes Executivo e Legislativo, a quem incumbiria conferir efetividade aos referidos direitos.

Diante desse cenário, não demorou muito para que a Constituição Federal passasse a ocupar, efetivamente, o centro do sistema jurídico, reivindicando tanto a sua supremacia formal, quanto a sua supremacia material, o que deu ensejo ao desenvolvimento de vários estudos no sentido de legitimar o Poder Judiciário a concretizar direitos por meio da atividade jurisdicional, de modo a suprir lacunas deixadas pelos demais poderes, a despeito de os magistrados não serem eleitos pelo povo.

A doutrina produzida no campo da teoria do direito e da hermenêutica constitucional, aliada ao sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (controle concentrado e difuso), fortaleceu o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF), dando lugar ao fenômeno jurídico da politização do Judiciário e ensejando, assim, o polêmico ativismo judicial. Referido ativismo, em termos simples e ressalvada substancial divergência conceitual existente na doutrina, pode ser entendido como uma atuação proativa dos juízes que acabam adentrando à competência de outros poderes, especialmente do Legislativo, sob o fundamento de conferir máxima efetividade à Constituição, inclusive mediante processos hermenêuticos que aproximam a moral e o direito.

Os casos de ingerência do Poder Judiciário sobre as funções dos demais poderes têm crescido, sobretudo mediante o emprego das chamadas cláusulas gerais (princípios e conceitos jurídicos indeterminados) e sob a premissa da necessidade de concretização de direitos fundamentais. Essa atuação proativa dos magistrados, especialmente dos que compõem a Corte Constitucional do país, espalhou-se para os direitos sociais (como ocorre nos dramáticos casos de judicialização da saúde), mas tem chegado ao seu cume ao tocar a esfera penal, ou seja, o ramo do direito que representa a *ultima ratio* na pacificação social, cujos textos normativos incriminadores, que afetam diretamente o direito à liberdade de ir e vir, são de reserva absoluta da lei. Este ativismo judicial em matéria penal trouxe mais holofotes para o Judiciário, tornando ainda mais claro o agigantamento deste Poder diante dos demais Poderes da República. Por

outro lado, desencadeou preocupações ligadas às bases de sustentação do Estado Democrático de Direito e ao funcionamento equilibrado das instituições, visto que escolhas morais passaram a ser realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões, muitas vezes com eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito vinculante, acutilando a legitimidade dos representantes eleitos pelo povo, seja mitigando sanções penais, seja descriminalizando condutas e, recentemente, até mesmo criminalizando-as (tipificando-as).

Diante desse cenário, a pesquisa buscou estabelecer bases teóricas do ativismo judicial para que, ao final, fosse possível realizar uma análise crítica de alguns julgados emblemáticos do Supremo Tribunal Federal, envolvendo matéria penal, de modo que se pudesse responder às seguintes indagações: essa atuação do Poder Judiciário, diante do déficit democrático que envolve os demais poderes, tem se dado de forma legítima para a concretização de direitos e para a garantia da supremacia da Constituição, ou tem extrapolado os limites do poder jurisdicional, flertando com o voluntarismo e colocando em risco a própria democracia? O protagonismo judicial pode se dar na esfera do direito penal ou existem obstáculos hermenêuticos para tanto?

Assim, objetivo geral dessa pesquisa foi investigar os processos tradicionais e contemporâneos de interpretação constitucional influenciados pelos principais modelos teóricos do direito (jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo), para que, contrastando as informações coletadas e estruturando um bloco hermenêutico com recorte epistemológico no direito penal, fosse possível estabelecer uma definição de ativismo judicial e analisar a sua incidência em matéria penal. Daí a razão do título do trabalho indicar que o ativismo judicial em matéria penal seria criticado à luz da hermenêutica constitucional.

Assentado o objetivo geral, os objetivos específicos da pesquisa foram os seguintes: expor brevemente as balizas do jusnaturalismo, do positivismo e do pós-positivismo; adotar um modelo ligado à teoria do direito, tendo em vista a vigência de um sistema de *civil law*; discorrer sobre aspectos históricos que envolvem a hermenêutica; abordar a hermenêutica constitucional, os principais processos tradicionais de interpretação, bem como os institutos atribuídos a uma nova interpretação constitucional; averiguar a possibilidade de harmonização dos elementos da nova hermenêutica constitucional com o modelo de teoria do direito adotado; abordar as peculiaridades inerentes à interpretação das leis penais, sobretudo considerando a legalidade (CF, art. 5º, XXXIX) e suas implicações; discorrer sobre a historicidade do ativismo judicial e a variação semântica da expressão; relacionar e distinguir judicialização e ativismo judicial; analisar o ativismo judicial diante da divisão, independência e harmonia entre os poderes (CF, arts. 2º e 60, § 4º, III), sob um recorte voltado para o direito penal; identificar o papel

constitucional do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal num Estado Democrático de Direito; contrastar ativismo judicial e concretização de direitos fundamentais; abordar a imparcialidade do juiz como garantia fundamental e pontuar eventuais riscos de uma interpretação voluntarista da Constituição; e realizar uma análise crítica de casos concretos envolvendo interpretação constitucional e ativismo judicial em matéria penal na Suprema Corte do país.

Por sua vez, a hipótese consistiu na premissa de que as bases de sustentação do ativismo judicial em matéria penal encontram obstáculos na própria Constituição Federal de onde se extraem peculiaridades ligadas à hermenêutica aplicável à legislação penal, cujos pilares são o princípio da estrita legalidade, a noção de bem jurídico, a tripartição de poderes e, enfim, o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, visando responder às questões que compõem a problematização, atingir os objetivos propostos e testar a hipótese, o presente trabalho foi desenvolvido em quatro capítulos, sendo os três primeiras voltados à exposição teórica e o quarto destinado à análise de casos sob competência do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, foram feitas considerações relacionadas à teoria do direito e seu desenvolvimento histórico, dada a sua importância para a hermenêutica constitucional e, conseqüentemente, para a abordagem do ativismo judicial. Analisou-se brevemente o jusnaturalismo e, numa exposição mais extensa, os pontos de debate entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo. Na oportunidade, além de se expor o positivismo clássico legalista, foram pontuadas algumas variações do positivismo concentradas nas ideias de Hans Kelsen, Norberto Bobbio e H.L.A. Hart. De outra banda, foram apontados os pensamentos de autores cujas ideias podem ser consideradas pós-positivistas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Luís Roberto Barroso. Em seguida, foi apresentada uma proposta de modelo teórico, que fora denominada positivismo moderado – emprestando parte da terminologia utilizada por Bobbio – que muito se assemelha ao positivismo integral renovado, defendido por Elival da Silva Ramos.

No segundo capítulo, procurou-se conceituar hermenêutica, interpretação, aplicação e construção da norma jurídica. Ademais, adentrou-se ao tema da interpretação constitucional, expondo-se processos hermenêuticos tradicionais até chegar à metodologia empregada na chamada nova interpretação constitucional, ocasião em que, tomando-se como base teórica a doutrina de Luís Roberto Barroso – um dos principais expoentes da nova interpretação constitucional no Brasil – foram abordados os seguintes tópicos: técnica das cláusulas gerais; normatividade dos princípios; colisão entre normas constitucionais e ponderação; e argumentação jurídica. Ao final do capítulo, analisou-se a (in)compatibilidade da nova

interpretação constitucional com o modelo teórico adotado no capítulo anterior, bem como se expôs algumas peculiaridades relacionadas à interpretação de normas penais.

No terceiro capítulo, ingressou-se no tema principal da pesquisa, qual seja: o ativismo judicial em matéria penal. Inicialmente, foram tecidas considerações acerca da origem e semântica do termo ativismo judicial. Procurou-se distinguir ativismo judicial e judicialização, além de apresentar a sua relação com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV). Outro ponto abordado, de extrema relevância, diz respeito à relação entre ativismo judicial e o postulado da divisão, independência e harmonia entre os poderes (“separação de poderes”), a fim de identificar as balizas ou os limites da atuação jurisdicional, delimitando-se o papel contramajoritário do Poder Judiciário, principalmente do Supremo Tribunal Federal, diante dos direitos fundamentais. Ainda no capítulo em questão, foram cotejados ativismo judicial, bem jurídico penal e a garantia constitucional da imparcialidade do juiz, de maneira que se pudesse investigar eventual compatibilidade de uma atuação proativa do Poder Judiciário em matéria penal diante dos riscos de uma interpretação voluntarista por parte do julgador, que comprometeria a sua imparcialidade.

No quarto capítulo, foram analisados alguns casos envolvendo matéria penal, sob julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, para investigar sua postura à luz da aplicação da teoria trabalhada na pesquisa. As temáticas selecionadas foram a mitigação da reprimenda ao tráfico de drogas (HC 82.959/SP, HC 97.256/RS, HC 111.840/ES e HC 118.533/MS), a descriminalização do aborto durante o primeiro trimestre de gestação (HC 124.306/RJ e ADPF 442) e, por fim, a criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26).

Finalmente, foram expostas as conclusões, de maneira articulada, procurando fornecer fundamentos que levaram a uma resposta às indagações formuladas na problematização, encerrando com a apresentação das referências bibliográficas.

Quanto à metodologia, foram utilizados os seguintes recursos: o método de abordagem dedutivo, partindo do geral para o particular; o método de procedimento comparativo, analisando e contrastando, por exemplo, bases teóricas do positivismo e do pós-positivismo, hermenêutica constitucional tradicional e nova hermenêutica constitucional, ativismo judicial e separação de poderes, etc.; e a técnica de pesquisa da documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental (v.g. documentos oficiais como a Constituição Federal e legislação em geral) e a pesquisa bibliográfica (principalmente publicações doutrinárias de autores nacionais e estrangeiros).

1 CONSIDERAÇÕES RELACIONADAS À TEORIA DO DIREITO

A teoria do direito é a ciência que estuda os conceitos jurídicos fundamentais, tais como norma, princípio, lei (*lex*), moral, direito (*ius*), justiça, bem como os sistemas desenvolvidos para regular condutas, orientar a interpretação e aplicação do direito, sem prejuízo de manter o papel democrático dos poderes constituídos numa democracia.

Evidentemente, neste capítulo inicial não se pretende discorrer sobre a origem do direito e esmiuçar todos os conceitos jurídicos inerentes à teoria do direito, tampouco se almeja mergulhar nas profundezas do debate entre o jusnaturalismo (direito natural) e o juspositivismo (direito positivo), mas visa-se tão somente abordar, de forma objetiva, as principais linhas de pensamento que influenciaram e ainda influenciam a hermenêutica constitucional e, consequentemente, o ativismo judicial.

A abordagem terá como ponto de partida a passagem de uma teoria jurídica tradicional (ou clássica), em que se vislumbra um Estado pré-moderno, para uma teoria jurídica contemporânea, na qual tem-se um Estado constitucional de direito, transitando, neste ínterim, pela teoria jurídica moderna, sob a égide de um Estado legislativo de direito. Ainda neste ponto inicial, serão feitas considerações bastante objetivas acerca do jusnaturalismo, para se adentrar ao positivismo.

Em seguida, serão abordadas as bases do positivismo clássico e sua transição para o positivismo normativo ou reflexivo, até chegar na teoria cunhada de pós-positivismo, que para alguns trata-se de um modelo atual que supera o positivismo, enquanto para outros trata-se de um resgate de valores jusnaturalistas ou do moralismo jurídico. Ao final do capítulo, pretende-se apresentar uma proposta de modelo teórico que possa servir de base à presente pesquisa, com reflexos na hermenêutica constitucional e no ativismo judicial.

1.1 Modelos de Estado e o Jusnaturalismo do Estado Pré-moderno

Ao discorrer sobre a formação do Estado Constitucional de Direito, Luís Roberto Barroso (2018) identifica, nos últimos quinhentos anos, três modelos institucionais de Estado: Estado pré-moderno; Estado legislativo de direito; e Estado constitucional de direito.

No Estado pré-moderno, prevalecia o jusnaturalismo, pois ainda não estava em evidência o legalismo positivista. Portanto, este modelo de Estado “caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação” (BARROSO, 2018, p. 282). O direito era criado e

normatizado por meio da doutrina e jurisprudência, de sorte que o direito tinha origem em diversas instituições ou fontes (v.g. império, igreja, municípios, corporações, etc.). Este modelo de Estado perdurou até a segunda metade do século XVIII.

A Queda da Bastilha¹, em 14 de julho de 1789, foi um marco na Revolução Francesa, culminando no fim dos abusos da monarquia absolutista e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu art. 1º preconizou que “todos os homens nascem e são livres e iguais em direitos”, sendo que “as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Ademais, o art. 2º do mesmo diploma reconheceu como direitos naturais e imprescritíveis a “liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Desse modo, o poder soberano passou a ser titularizado pelo povo e não mais pelo monarca. Nos termos do art. 6º da sobredita Declaração de Direitos, a lei passou a ser expressão da vontade geral, admitindo-se participação popular no processo legislativo, seja pessoalmente, seja por meio de representantes (mandatários).

Este arcabouço histórico deu ensejo ao Estado legislativo de direito, no qual o ente estatal assume o monopólio da produção do direito, instituindo-se um sistema unitário e formal de fontes do direito. Neste modelo, há uma clara prevalência da lei, sendo que a doutrina começa a desempenhar uma função descritiva do direito legislado, enquanto a jurisprudência assume uma função técnica de conhecimento do direito, mas não de criação do direito. Assim, “a norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista” (BARROSO, 2018, p. 282). Aqui nasce o legalismo positivista, devendo a legislação ser interpretada gramatical e literalmente, não conferindo margem para atuação judicial distinta da mecânica técnica da subsunção, prevalecendo o princípio da onipotência do legislador, como se este tudo previsse no autossuficiente texto legislado.

No período histórico em comento viveram grandes penalistas, tais como Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria, 1738-1794) na Itália e Paul Johann Anselm Von Feuerbach

¹ A Bastilha (*Bastille*) era uma fortaleza medieval que, no início do século XVII até o fim do século XVIII, estava sendo utilizada como prisão política em Paris na França. Gilberto Cotrim (1995, p. 90) descreve o fato histórico e suas consequências: “No dia 14 de julho de 1789 o povo, em massa, invadiu e tomou a velha prisão da Bastilha, que era o símbolo do poder absoluto do rei. Lá ficavam presos os inimigos políticos da monarquia francesa. De Paris, a revolta popular espalhou-se por toda a França. Sem forças para dominar a agitação política e social, o rei Luís XVI foi obrigado a reconhecer a legitimidade da Assembléia Nacional Constituinte. Por sua vez, a assembléia procurou tomar medidas de grande alcance popular para conter a fúria revolucionária da massa camponesa e urbana. Em 4 de agosto de 1789, a assembléia aboliu o regime feudal, eliminando os direitos senhoriais sobre os camponeses e acabando com os privilégios tributários do clero e da nobreza. No dia 26 de agosto de 1789, a Assembléia Nacional proclamou a célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (*sic*).

na Alemanha. Se por um lado Beccaria escreveu a renomada obra *Dos Delitos e Das Penas* em 1764, Feuerbach foi autor do Código Penal da Baviera em 1813, trazendo a noção de bem jurídico penal, bem como cunhando a frase *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), presente no Código Penal Brasileiro (art. 1º) e na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXIX). Referida expressão compõe a coluna vertebral do direito penal brasileiro, sendo bastante conhecida como princípio da legalidade², que se desdobra em outros quatro princípios: anterioridade da lei (*lege praevia*), reserva legal (*lege scripta*), proibição de analogia *in malam partem* (*lege stricta*) e taxatividade da lei (*lege certa*).

Com o término da Segunda Guerra Mundial, somado à preocupação em conter o poder do Estado, especialmente a onipotência do legislador, surge o Estado constitucional de direito, cujo desenvolvimento “se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida” (BARROSO, 2018, p. 282). As bases fundamentais do Estado constitucional de direito podem ser definidas em supremacia da Constituição no ordenamento jurídico e controle/limitação do poder estatal.

Mais uma vez, pertinentes os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2018, p. 283):

A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.

Da citação acima, depreende-se que, no Estado constitucional de direito, a supremacia da Constituição determina a atuação do legislador (que deve produzir leis respeitando o texto

² A legalidade penal (CF, art. 5º, XXXIX e CP, art. 1º) se desdobra em outros quatro princípios: a) anterioridade: “significa que uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a um fato concreto, caso tenha tido origem antes da prática da conduta para a qual se destina” (NUCCI, 2013, p. 51, destaque do autor); b) reserva legal: “preceitua, basicamente, a **exclusividade da lei** para a criação de delitos (e contravenções penais) e cominação de penas, possuindo indiscutível dimensão democrática, pois representa a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal. [...] É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal (CF, art. 62, §1º, inc. I, alínea b)” (MASSON, 2014, p. 5, destaque do autor); c) proibição de analogia *in malam partem*: em caso de ausência de norma jurídica regulando determinada situação (lacuna jurídica), a analogia possibilita ao intérprete integrar o ordenamento mediante aplicação de norma reguladora de caso semelhante, mas, no direito penal, a legalidade não permite a analogia *in malam partem*, ou seja, em prejuízo do réu; d) taxatividade: “significa que as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida, em relação ao seu cumprimento, por parte do destinatário da norma. A construção de tipos penais incriminadores dúbios e repletos de termos vagos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos” (NUCCI, 2013, p. 55).

constitucional) e do Judiciário (que deve interpretar leis e atos normativos à luz da Constituição, devendo invalidá-los quando violadores desta última). Ainda, o autor do trecho acima compilado menciona que o Judiciário passa a ter competência para interpretar as normas jurídicas criativamente à luz da Constituição. Neste ponto específico, referente à interpretação judicial criativa, convém adiantar que há divergência na doutrina acerca da possibilidade, critérios e extensão dessa criatividade judicial. Barroso a defende porque, como se verá, é um dos expoentes do pós-positivismo.

Por conseguinte, feita uma sintética abordagem dos modelos de Estado identificados pela doutrina, pode-se analisar os modelos teóricos prevalentes nos respectivos períodos, iniciando pelo jusnaturalismo, que será examinado nesta subseção.

O período histórico denominado Idade Média está compreendido entre os séculos V e XV. Nesta época predominou o entendimento de que a fonte do direito é Deus, ou seja, a dogmática medieval surge num ambiente teológico. Consequentemente, o jusnaturalismo clássico imperou no período em comento, advogando a existência de princípios morais e de princípios de justiça universais e absolutos advindos de Deus, porém, acessíveis à razão humana. Dessa forma, as normas jurídicas deveriam coincidir com tais valores universais (leis naturais), pois, se os contrariassem, não poderiam ser consideradas direito e tampouco poderiam compor um sistema jurídico. Logo, para os jusnaturalistas, havia redundância na expressão “direito justo”.

O jusnaturalismo do período medieval trazia em seu bojo a concepção de que o direito deriva de Deus. Adentrando ao período moderno, que se inicia no século XVI, o jusnaturalismo sofreu uma modificação epistemológica, pois passou-se a entender que, ao invés de ter origem teológica (Deus), o direito deriva da razão humana, ou seja, o direito continua sendo um direito natural, mas inerente à própria condição humana (o teocentrismo dá lugar ao antropocentrismo). Assim, “a despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentadamente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão” (BARROSO, 2018, p. 274).

A separação entre o poder estatal e os dogmas teológicos constituiu o que se denominou de secularização, tratando-se de um dos pilares do período moderno. Aliás, cabe enfatizar que, enquanto no período medieval predominava uma cosmovisão teocêntrica, na modernidade, por sua vez, passou-se a enfatizar o indivíduo (cosmovisão antropocêntrica), instituindo-se o método científico como o mediador entre a humanidade e a busca pela verdade e pelo conhecimento. Logo, a modernidade “possui seu eixo central na racionalização do pensamento científico sob o viés do indivíduo” (MARCANTONIO, 2013, p. 15).

Percebe-se que o direito natural, no período medieval (Século XVI), buscou se desvencilhar dos dogmas teológicos que até então imperavam. O foco passou a ser a razão humana e não mais a revelação divina. Esta secularização, muito bem retratada por Jonathan Hernandez Marcantonio (2013), deixou de lado o sectarismo estatal e deu ensejo à laicidade, que veio a se estabelecer na Europa no século XVII.

Na idade moderna, “o jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do direito e associa-se ao iluminismo na crítica à tradição anterior, dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado” (BARROSO, 2018, p. 274-275).

Desse cenário advém, no século XVIII, o movimento de codificação do direito (sistematização de normas em relação a um determinado tema), que tinha por objetivo tornar direito sinônimo de lei, ensejando o famoso Código Napoleônico (Código Civil francês) vigente em 1804. Assim, a lei passa a ser o reflexo do direito, com ele se confundindo, motivo pelo qual, conseqüentemente, a lei passa a ser reflexo da razão humana, pois é da razão que, na modernidade, advinha o direito natural. Nesta perspectiva (razão = direito natural = lei), não há espaço criativo para o magistrado, devendo a sua interpretação se apegar à lei escrita, ou seja, há uma concepção de autossuficiência da interpretação literal ou gramatical.

Não obstante o direito natural alcançar sua fase áurea na modernidade, ao mesmo tempo passa a ser considerado anticientífico, pois fundado na metafísica (inicialmente em Deus e posteriormente na razão humana), motivo pelo qual a doutrina passou a entender que o jusnaturalismo foi superado pelo positivismo, que será tratado de forma específica a seguir.

1.2 Positivismo Jurídico e Pós-positivismo

Antes de se falar no positivismo jurídico faz-se necessário tratar do positivismo filosófico, pois os fundamentos deste serviram de base àquele, especialmente no que se refere à concepção positivista clássica.

A despeito dos pontos de contato, é pertinente consignar que o positivismo filosófico e o positivismo jurídico não são sinônimos. Eles se distinguem até mesmo quanto à origem, pois enquanto o primeiro tem seu nascedouro na França, o segundo teve origem na Alemanha.

Luís Roberto Barroso (2018) considera o positivismo filosófico uma crença romântica e onipotente no sentido de que a atividade intelectual humana pudesse ser regida por leis naturais absolutas e invariáveis, ou seja, as ciências sociais seriam regidas por leis universais análogas às leis que regem as ciências exatas. Assim, as leis naturais estariam disponíveis e só

precisariam ser descobertas (acessadas), sendo que o método científico comumente utilizado nas ciências exatas seria aplicável às ciências sociais.

No positivismo filosófico entende-se que apenas a ciência leva ao conhecimento da verdade por meio da observação do mundo físico ou material, rechaçando-se quaisquer especulações metafísicas ou teológicas, pois estas não são passíveis de serem provadas por método científico.

Eduardo Cambi (2018, p. 100) ressalta que “o positivismo jurídico, incorporando o positivismo filosófico, procurou criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências naturais”.

Da mesma forma, Rafael Lazzarotto Simioni (2014) leciona que o positivismo jurídico clássico traz a ideia de que os mesmos métodos aplicáveis às ciências naturais devem ser aplicados às ciências sociais, o que equivale ao formalismo mecanicista, fortemente influenciado pelos ideais do positivismo filosófico, obstando juízos de valoração por parte do intérprete, tais como justiça material, correção normativa, ética, moral, política, etc. Confira-se:

No fundo, o ideal do positivismo clássico é a velha expectativa de aplicar às ciências sociais os mesmos métodos das ciências naturais. Por isso esse positivismo vê a ordem social como organismo, os motivos como causas eficientes e as finalidades como causas finais de acontecimentos fáticos. E diante dessa concepção, todas as formas de valoração (moral, ética, justiça, etc.) ficam endereçadas ao campo das opiniões não passíveis de conhecimento científico. Esse positivismo combina, portanto, fatos perceptíveis e comprováveis objetivamente com as leis lógico-causais que são por eles manifestadas. Ele só pergunta pela verdade a respeito dos fatos e das suas leis causais. Não pergunta pela validade, pela legitimidade, pela correção normativa ou pela justiça material desses fatos, pois essas questões são, para essa concepção clássica e positivismo, questões metafísicas. E metafísica passa a ser, depois do positivismo, uma pseudociência. Um conhecimento desprovido de valor científico, o que equivale dizer: desprovido de verdade (SIMIONI, 2014, p. 147-148).

Como mencionado acima, a doutrina tem entendido que o positivismo jurídico, especialmente em sua concepção clássica, empresta fundamentos do positivismo filosófico e, nesse sentido, o direito confunde-se com a norma positivada, sendo esta descritiva da realidade empírica, não havendo espaço para realização de juízo de valor, mas mero juízo de fato.

Dessa forma, há uma divinização do direito estatal, como se este fosse autossuficiente para solucionar todos os problemas que viessem a ser colocados diante de um órgão jurisdicional. A lei é entendida como semelhante a um instrumento messiânico de redenção da humanidade, pois teoricamente onipotente, capaz de possibilitar ao magistrado decidir qualquer querela mediante a simplória técnica de subsunção do fato à norma positivada. O direito se separa da moral, da filosofia, da política, da ética, da justiça, enfim, dos valores transcendentais

ou metafísicos, sejam teológicos ou racionais, mas, por ser estatal, o direito mantém consigo os seguintes adjetivos: geral, imperativo e coercitivo.

Luís Roberto Barroso (2018, p. 277-278) aborda esse tema:

O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.

Impende esclarecer que as características até aqui estudadas podem ser atribuídas ao positivismo clássico, também conhecido como legalismo positivista ou formalismo jurídico.

Em que pese o esforço da doutrina em buscar estabelecer uma definição para o positivismo jurídico, o fato é que este passou por algumas variações que dificultam a tarefa dos doutrinadores, sendo pertinente pontuar, de forma breve, os principais pontos das concepções positivistas sustentadas por alguns juristas que influenciaram o pensamento jurídico no mundo. Conforme se verá, tais juristas não divinizavam o positivismo como um modelo onipotente, pois admitiam que em alguns casos o intérprete teria que se valer de certa mobilidade hermenêutica para solucionar questões jurídicas, isto é, consentiam em relação a uma atividade criativa por parte do intérprete em determinadas situações.

Pois bem, sem mais delongas, passar-se-á aos grandes nomes do positivismo jurídico que sucedeu o positivismo clássico ou legalismo positivista.

Atualmente, quando se fala do pensamento jurídico positivo, logo vem à mente o filósofo e jurista austríaco Hans Kelsen e sua obra Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*), escrita em 1934.

Em abreviada síntese, segundo a teoria kelseniana, há uma linha divisória entre a ciência do direito³ e a moral, ou seja, uma está separada da outra (princípio de separação), a fim de encontrar fundamento na realidade empírica e não na metafísica. “Essa visão separatista considera que o estudo e a compreensão do Direito não incluem sua avaliação moral

³ No positivismo normativista de Hans Kelsen, é importante enfatizar essa expressão *ciência do direito* quando se fala em separação da moral, pois Kelsen faz uma distinção entre *direito* e *ciência do direito*. Para ele, a *ciência do direito* é separada da moral, enquanto o *direito* permanece com a moral. E qual seria, afinal, a distinção entre *ciência do direito* e *direito*? Conforme SOARES e FONTANIVE (2018), a ciência do direito é o resultado do trabalho teórico do direito (ato de conhecimento), enquanto o *direito* é o produto do operador do direito, que faz política jurídica (ato de vontade).

(substância)” (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 241). Kelsen não nega que há uma ruptura entre o direito natural e o direito positivo. Porém, argumenta que a transição do jusnaturalismo para o juspositivismo não se deu de forma completa, pois o que denomina valor jurídico absoluto não desapareceu totalmente, subsistindo na ideia moral de justiça, não abandonada pela escola positivista (ARAÚJO, 2017).

Por outro lado, embora Kelsen não admita a existência de lacunas e tampouco que o Poder Judiciário possa vir a supri-las, em tese dando ensejo à precipitada conclusão de que o ordenamento jurídico positivo seria completo e possuiria o necessário para se decidir qualquer caso, é importante consignar que ele nunca atribuiu ao positivismo a capacidade de resolver, através das leis, todos os problemas por meio da simples subsunção, isto é, de forma meramente mecânica. Não é por outro motivo que Kelsen advogou um positivismo normativo (ou positivismo normativista), permitindo um certo juízo de valor por parte do intérprete em determinados casos.

Não é raro, no Brasil, observar uma má compreensão da teoria de Kelsen como se estivesse mais afeta a uma concepção formalista, ligada ao positivismo clássico legalista, do que a uma concepção voltada ao neopositivismo lógico ou positivismo normativista efetivamente defendido pelo jurista austríaco.

A propósito, diferentemente da concepção positivista de Kelsen, o formalismo jurídico se caracterizou por ser um fenômeno meramente mecânico de subsunção do fato à norma, com extremo apego à literalidade da lei, obstando qualquer atividade criativa por parte do juiz, que seria mero *bouche de la loi* (boca da lei), razão pela qual, no formalismo jurídico ou legalismo positivista, a atividade interpretativa é tida como acrítica. Essa posição foi defendida pela Escola da Exegese na França⁴ e pela Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha⁵, ambas no século XIX, onde se estudava o direito como algo reduzido à própria codificação, impossibilitando ao juiz a realização de qualquer exercício hermenêutico (ARAÚJO, 2017).

Na realidade, “Kelsen foi um dos maiores críticos do positivismo clássico” (SIMIONI, 2018, p. 146), tanto que, em *Teoria Pura do Direito*, ele prestigiou a Constituição como o ápice do sistema de hierarquia das normas, ou seja, a famosa pirâmide hierárquica proposta por

⁴ A Escola da Exegese se desenvolveu na França após a promulgação do Código Civil francês em 1804 (Código Napoleônico). A lei passa a ser a única fonte do direito, mantendo-se com o Estado o monopólio do direito. Ao intérprete cabe tão somente realizar uma técnica mecânica de subsunção, de modo a identificar a vontade do legislador expressa no texto legal e aplicar a lei aos fatos.

⁵ A Jurisprudência dos Conceitos teve como principal fundador o jurista alemão Georg Friedrich Puchta, discípulo de Friedrich Carl von Savigny na Escola Histórica do Direito. Essa corrente defende o formalismo jurídico, reduzindo o direito ao texto da lei, bem como busca sistematizar a legislação de modo que a norma específica busque sentido na norma geral.

Kelsen, passando o diploma constitucional não somente a nortear, mas também a vincular, a interpretação das demais normas jurídicas infraconstitucionais.

[...] a purificação pretendida por Hans Kelsen era a da ‘ciência do Direito’, e não a de um ‘Direito puro’ pautado somente nas regras jurídicas onipotentes. Ao contrário, Kelsen fortaleceu o *status* do constitucionalismo ao colocar a Constituição como epicentro do sistema normativo (RAMIRO; HERRERA, 2015, p. 247).

O ponto que bem revela a concepção normativa do positivismo defendido pelo jurista austríaco é o fato dele trazer a ideia de moldura quanto à atividade interpretativa dos juízes. Para ele, dentro de um mesmo quadro da norma geral há diversas possibilidades de aplicação, motivo pelo qual, nesse sentido, o juiz, embora esteja mais vinculado ao texto do que o legislador, também pode ser considerado criador do direito, o que ocorre com a livre aplicação da norma geral a casos individuais (KELSEN, 2006).

Assim, “a interpretação feita pelo aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito [...]. A produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicável é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato” (KELSEN, 2006, p. 394).

Como se observa, a atividade interpretativa, para Kelsen, tem como regra o fato de a norma individual (resultado da aplicação do direito pelo juiz) ter uma certa flexibilidade dentro da moldura estabelecida pela norma geral.

A norma individual não está sempre predeterminada na norma geral, aquela tem uma certa margem de livre apreciação. O tribunal cria a norma individual e a aplica retroativamente ao caso concreto. Assim, o campo de criação da norma individual é limitado pela norma geral. Esta criação ou descoberta da norma individual ocorre através da interpretação (ATALA, 2017, p. 59).

Dessa forma, Luiz Henrique Diniz Araújo (2017, p. 17) chega a mencionar que o positivismo kelseniano guarda muito mais afinidade com o pós-positivismo do que com o positivismo jurídico formalista, visto que Kelsen “considera o elemento humano nas decisões judiciais, sendo a sentença concebida como uma verdadeira norma jurídica”.

Por outro lado, em comentário à posição de Hans Kelsen, o constitucionalista Paulo Bonavides (2018, p. 461) esclarece que, “à primeira vista, poderia parecer que ele adere por inteiro à falange dos juristas da livre criação do direito. É até certo ponto engano, pois a individualização da norma se limita pela norma geral”.

Portanto, Kelsen defende um positivismo normativo, admitindo a existência de normas mais gerais e normas menos gerais, sendo que as primeiras dão ensejo à criação do direito por parte dos juízes. Para ele, o Poder Judiciário, adstrito à norma geral, pode continuar o processo

de criação do direito, mas não inicia-lo, sob pena de usurpar competência legislativa. Nesse sentido, a postura de Kelsen não afasta do magistrado a atividade interpretativa enclausurando-o num positivismo clássico legalista.

Prosseguindo, além de Hans Kelsen, não se poderia deixar de mencionar o jurista italiano Norberto Bobbio e suas obras *Teoria dell'ordinamento giuridico* (publicada em português sob o título *Teoria do ordenamento jurídico*) e *Il positivismo giuridico* (publicada em português sob o título *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*), respectivamente de 1960 e 1961.

Rebatendo as críticas levantadas contra o positivismo jurídico e distinguindo-o do formalismo jurídico mecanicista, Bobbio (1995a) relembra que a doutrina positivista estatuiu os princípios ligados à legalidade, de modo a conter o arbítrio Estatal, resguardando a liberdade individual. Ademais, ele menciona que o jusnaturalismo traz a ideia de superioridade do direito natural em relação ao direito positivo, sendo, portanto, dualista, ao passo que o juspositivismo traz a ideia de exclusividade do direito positivo (inexistência de outro direito, senão o direito positivo), sendo, assim, monista.

Bobbio (1995a, p. 28) relata que, no período Medieval, em que o Estado não tinha o monopólio da produção jurídica, o direito era produzido pela sociedade civil, apresentando-se como fato social, razão pela qual, enquanto existente a concepção dualista (direito natural e direito positivo), o juiz não estava vinculado a um direito estatal, tendo maior liberdade para escolher a norma a ser aplicada. Veja-se:

Se definimos, então, o ordenamento jurídico como o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz, e mantemos presente este esquema conceitual, compreendemos por que em certa época se falava em direito natural e direito positivo, enquanto agora se fala apenas de direito positivo. Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a explicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios eqüitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do direito”. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios eqüitativos e de razão (direito natural).

Entretanto, com o advento do Estado moderno, este passou a ter o monopólio da produção jurídica, passando o juiz a ter sua atividade restrita à aplicação do direito posto, ou seja, do direito positivado pelo Estado.

É bem de ver que o jurista italiano em comento não tem a figura do magistrado como um intérprete mecânico, ou seja, um mero *bouche de la loi*, mesmo porque admite a ideia de lacuna legislativa (ausência de regra específica para solucionar determinado caso) e, por conseguinte, traz métodos próprios para a integração a serem empregados pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, Bobbio (1995a, p. 237) salienta que:

[...] a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar a uma decisão ele vai sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar.

Embora se admita essa mobilidade do juiz vinculada ao esquema legislativo que deve ser aplicado, em Bobbio, permanece o afastamento entre o direito e a moral, bem como a rejeição ao direito natural, por este derivar de causas não científicas.

Ao admitir a ideia de lacunas, Bobbio (1995a, p. 237) rejeita o dogma da completude do ordenamento jurídico, mencionando que “um ordenamento não é necessariamente completo, porque a completude deriva da norma geral exclusiva, ou norma de clausura, que na maior parte dos casos – excluindo o direito penal – não existe”.

A propósito, “o dogma da completude do ordenamento jurídico para os positivistas passa pela resposta que o juiz sempre encontrará, para as eventuais lacunas que a lei possa oferecer, os métodos de integração e de interpretação que solucionariam o caso concreto” (MACHADO, 2011, p. 33).

Diante das lacunas, Bobbio propõe a heterointegração e a autointegração (BOBBIO, 1995b). Na heterointegração, busca-se a solução em outro conjunto de regras, como o direito vigente em outro país, o direito internacional e os costumes. Já na autointegração, busca-se a solução na própria ordem jurídica vigente no país, valendo-se da analogia e dos princípios gerais do direito.

Recorrendo à observação de Radbruch, Bobbio (1995a, p. 207) ressalta que:

[...] o princípio da completude do direito se apresenta necessário para conciliar entre si dois outros temas juspositivistas fundamentais: aquele segundo o qual o juiz não pode criar o direito e aquele segundo o qual o juiz não pode jamais recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer.

Por conseguinte, o positivismo jurídico de Bobbio não admite o *non liquet*, mas também não admite a criação de normas (direito) por parte do juiz, devendo o magistrado se valer da heterointegração e da autointegração, que para o autor italiano não são consideradas mecanismos de criação do direito, mas de integração.

Quanto às normas jurídicas, Bobbio as classifica em normas generalíssimas e normas particulares, sendo que aquelas estariam mais próximas do ápice da pirâmide hierárquica de Hans Kelsen⁶.

Ainda tratando do positivismo, cabe mencionar o positivista britânico Herbert Lionel Adolphus Hart, com sua obra *O Conceito de Direito*, de 1961.

Em epítome, Hart (2001) entende que o ordenamento jurídico é baseado apenas em regras⁷, algumas de textura aberta da linguagem e outras de textura fechada da linguagem. As primeiras possibilitam diferentes interpretações, legitimando o juiz a decidir um caso de diferentes maneiras.

Segundo Hart (2001), o direito é um conjunto de regras, permanecendo separado da moral. Contudo, ele não ignora que a moralidade social influencia o direito estatal impondo seus mais amplos ideais, mas tais aspectos morais são revelados ordinariamente por meio do direito posto, ou seja, por meio da legislação e, paulatinamente, estampados na jurisprudência.

Nota-se, em síntese, que embora não rechacem a atividade interpretativa por parte do juiz, “o objeto da Dogmática Jurídica para os positivistas são as normas vigentes em determinado Estado, em uma determinada época, pouco importando se essas normas correspondem ou não ao ideal de justiça de quem as examina” (RAMOS, 2015, p. 38). Em outras palavras, a margem de escolha para o magistrado fica restrita à interpretação do texto legal objetivo, não se admitindo que o juiz venha impor uma dose moral ou política ao direito posto, mesmo porque, para o positivismo, o direito é descritivo da realidade, devendo ser compreendido como um fato social, separado de eventuais juízos de valoração a seu respeito, inobstante os positivistas não desconheçam que as normas jurídicas prescrevem condutas morais que trazem em seu bojo juízos de valoração.

Nesse sentido, o professor Elival da Silva Ramos (2015, p. 39):

Observe-se que essa objetividade metodológica não importa, necessariamente, na aceitação passiva do direito posto (legislado ou costumeiro), pela completa desconsideração dos juízos de valor nele encarnados. Os positivistas sabem que as normas jurídicas prescrevem condutas e, portanto, intrinsecamente são juízos de valor (dever-ser). [...] Essa dimensão factual, inerente ao processo de formação do direito, importa em atitude de mera constatação em relação ao direito existente (não se podem ignorar as normas em vigor).

⁶ Ao expor a estrutura escalonada da ordem jurídica, assim se expressou Hans Kelsen (2006, p. 247): “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”.

⁷ H.L.A. Hart (2001) não utiliza a terminologia norma.

Até as primeiras décadas do século XX, o positivismo jurídico foi a teoria predominante entre os juristas, buscando-se a racionalização do direito, nos termos propostos pelo Estado Moderno, ou seja, a metodologia empregada no positivismo resultava numa dogmática provida de cientificidade. A metafísica jusnaturalista estava superada.

Como se observa, as primeiras críticas ao positivismo jurídico clássico surgiram dentre os próprios positivistas, visto que, conforme já mencionado acima, possuíam ideias que, embora fossem distintas entre si, não eram meramente subservientes às ideias preconizadas no legalismo positivista. Passa-se a investigar a possibilidade de mobilidade do intérprete da lei. No entanto, as críticas mais severas partiram de vertentes que claramente se posicionaram contra o positivismo.

Inicialmente, a principal crítica consistiu na impossibilidade de se empregar os mesmos métodos advindos das ciências naturais às ciências humanas, visto que, para tais críticos, conceitos como moral, justiça, política e ética são inerentes ao direito, sendo, portanto, impossível ao direito ser meramente descritivo da realidade, devendo, isto sim, prescrever condutas imbuídas de carga valorativa em cada caso concreto. Nessa perspectiva, o direito que era visto como um mero dado acessível pelos seres humanos passa a ser questionado e, então, compreendido como uma criação da humanidade, atribuindo-se ao direito “a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a” (BARROSO, 2018, p. 279).

Dentre os movimentos que criticaram o positivismo jurídico, podem ser citados a Jurisprudência dos Interesses, de Rudolf von Ihering e Philipp Heck, na Alemanha do século XIX, o Movimento do Direito Livre, de Eugen Ehrlich, também na Alemanha na virada do século XIX para o século XX, e o Realismo Jurídico, de Karl Llewellyn e Jerome Frank, nos Estados Unidos da América.

A Jurisprudência dos Interesses se contrapõe à metodologia da mera subsunção do fato à norma jurídica, passando a prestigiar a interpretação histórica e teleológica, de modo a identificar os interesses que, historicamente, deram ensejo à lei, bem como a respectiva finalidade da norma. Em outras palavras, a reação por parte desse movimento se dá no tocante à interpretação e aplicação da lei, devendo o direito se nortear pelos fins sociais a que se destina. Contudo, não se confere ao intérprete, a despeito de imiscuído na realidade social do caso concreto, a possibilidade de superar os limites estabelecidos pelo legislador, razão pela qual alguns entendem que esse movimento não foi precisamente avesso ao positivismo, “configurando antes uma visão crítica interna ao positivismo jurídico do que a sua negação” (RAMOS, 2015, p. 48).

Luís Roberto Barroso (2018, p. 315, destaques do autor) expõe a essência da ideia de Jurisprudência dos Interesses:

A tese central de Ihering, defendida em vários estudos desde a publicação de *O espírito do Direito romano*, é de que a substância do Direito repousa sobre a noção de interesse juridicamente protegido: a ordem jurídica como um todo, bem como suas normas particulares, sempre possui uma *finalidade*, serve à promoção de algum objetivo positivamente valorado. Para Ihering, a verdade subjacente aos conceitos jurídicos era relativa, pois o Direito, em grande parte seria resultado do conflito de interesses. Mesmo na origem de um direito específico se encontraria um interesse que logrou ser tutelado. Trata-se, portanto, de teoria empírica do direito, afastada do formalismo que caracterizava a “jurisprudência dos conceitos”.

Como ensina Elival da Silva Ramos (2015, p. 47), na Jurisprudência dos Interesses, “a lei continua a ocupar posição predominante no plano das fontes do direito, porém passa a ser vista não como um produto da razão abstrata e sim de interesses concretos dos membros da comunidade”.

Por sua vez, o Movimento do Direito Livre também se contrapôs à metodologia de subsunção do fato à norma jurídica e, além disso, deixou de lado a racionalidade jurídica. Nesta escola, o direito seria livre do que? Livre da lei. Assim, sob o argumento de que o direito nasce das relações sociais com maior legitimidade do que do legislador, tal movimento ensejou um subjetivismo e voluntarismo por parte do julgador, que sequer permanecia vinculado à legislação, podendo inclusive se abster de aplicar determinada norma estatal quando a reputasse injusta ou ruim.

Mais uma vez pertinente o magistério de Luís Roberto Barroso (2018, p. 315, destaques do autor):

O Movimento para o Direito Livre não chegou a ser propriamente uma Escola de pensamento, mas uma tendência que marcou o pensamento jurídico alemão na virada do século XIX para o século XX. Na onda da reação ao formalismo legalista e à jurisprudência dos conceitos, sustentou a tese de que o Direito não se esgota nas fontes estatais, brotando igualmente – e com maior legitimidade – da dinâmica social. Como consequência natural, o juiz desempenha o papel criativo de identificar e aplicar aos casos concretos esse Direito que não está nos livros. Um dos debates importantes trazidos pelo Movimento dizia respeito à possibilidade de o juiz deixar de aplicar a lei que considerasse injusta. O Movimento para o Direito Livre contribuiu para desmistificar a ideia da decisão judicial como dedução lógico-formal, de natureza subsuntiva, mas não pôde escapar da crítica severa à visão subjetivista e voluntarista que lançava sobre o fenômeno jurídico, descrente da racionalidade.

Diferentemente de Barroso, o professor Elival da Silva Ramos (2015) entende que apenas o movimento denominado Jurisprudência dos Interesses influenciou a dogmática jurídica, sendo que, por outro lado, o Movimento do Direito Livre não trouxe contribuições, representando mera ventania romântica.

Nada obstante o debate entre os dois doutrinadores supracitados acerca deste movimento ter ou não trazido contribuições para a teoria da decisão judicial, é necessário considerar que os modelos teóricos adotados por tais juristas são distintos, o que justifica a divergência. Em outras palavras, não é de se admirar que um pós-positivista, defensor da aproximação entre o direito e a moral na interpretação e aplicação da norma jurídica, venha entender que o Movimento do Direito Livre, malgrado alguns exageros, contribuiu para o desenvolvimento da teoria da decisão judicial. Por outro lado, é natural que um positivista tenha entendimento oposto.

Prosseguindo, o terceiro movimento crítico ao positivismo jurídico foi o denominado Realismo Jurídico, que exerceu forte influência no direito norte-americano a partir da primeira metade do século XX, espalhando-se para a Escandinávia.

No Realismo Jurídico, as decisões judiciais passaram a ser a principal fonte do direito, enquanto a legislação e a doutrina passaram a ser fontes secundárias. Elival da Silva Ramos (2015) menciona que o realismo explora uma dicotomia que se tornou usual nos Estados Unidos, segundo a qual o direito formal seria o oficialmente expresso nos textos legais e nas compilações jurisprudenciais de precedentes (*law in book*), enquanto o direito vivo ou em ação seria o construído na prática, em decisões tomadas em casos concretos (*law in action*).

O objetivo do Realismo Jurídico era rechaçar o que se pode denominar de estrutura normativa do positivismo, uma vez que ataca o próprio dever-ser. Isso porque, no sistema do *common law* norte-americano, para julgar um determinado caso, o juiz estava adstrito às normas legais e jurisprudenciais (de precedentes) existentes, mas o realismo rejeitava essa dogmática, reputando as leis e os precedentes como meras ficções, devendo o juiz, em verdade, assumir papel criativo de modo a produzir a norma aplicável ao caso concreto, expressando-a por intermédio da decisão judicial.

Barroso (2018, p. 315-316, destaque do autor) aborda o Realismo Jurídico como um movimento que trouxe três críticas à dogmática positivista ligada à decisão judicial, quais sejam: crítica lógica, crítica psicológica e crítica sociológica:

O *Realismo Jurídico* surge inicialmente nos Estados Unidos, na década de 20, e posteriormente na Europa, em particular na Escandinávia, como um desdobramento da jurisprudência sociológica de Ihering. O movimento trazia três críticas às teorias formalistas de justificação do processo de decisão judicial: lógica, psicológica e sociológica. A crítica *lógica* era a de que conceitos gerais não resolviam casos concretos e, menos ainda, produziam decisões unívocas, permitindo ao juiz a escolha dos resultados. A crítica *psicológica* afirmava que a decisão judicial, frequentemente, ocultava sua motivação real, funcionando como uma racionalização *a posteriori* da decisão tomada por outras razões. E a crítica *sociológica* fundava-se em que os fatos sociais por trás da decisão judicial é que forneciam sua verdadeira motivação.

O realismo acaba dando amplo espaço ao subjetivismo e voluntarismo do julgador, que não fica vinculado à legislação e, tampouco, aos precedentes jurisprudenciais, podendo proferir decisão ao caso concreto mediante a criação de uma norma jurídica aplicável àquele fato empiricamente observado. Mais tarde, na década de 1980, o Realismo Jurídico é retomado na Suprema Corte estadunidense sob a nomenclatura de pragmatismo jurídico.

Barroso (2018) destaca três características comuns a esses movimentos críticos do positivismo: reagiam ao dogma de que o direito se esgotava na lei e nos precedentes jurisprudenciais; rejeitavam a tese de que, ao proferir uma decisão, o juiz se limitaria a declarar o direito reconhecendo-o ou não, ressaltando que, em verdade, o julgador desempenha um papel criativo; e ressaltavam a importância dos fatos sociais, das ciências sociais e da interpretação do direito de acordo com a evolução da sociedade, visando alcançar suas finalidades.

Como se denota, esses movimentos críticos, especialmente o Movimento do Direito Livre e o Realismo Jurídico, partem de uma visão sociológica do direito, divorciando-se da perspectiva normativa que é inerente ao positivismo e, assim, conferindo maior destaque aos fatos empiricamente observáveis, ou seja, ao pragmatismo (o direito criado para o caso concreto). Nesse sentido, ao proferir uma decisão judicial à luz dessas posturas que criticam o positivismo jurídico, o julgador deve trazer para o direito postulados morais valorativos, ou seja, promove-se uma reaproximação entre o direito e a moral.

Diante desse cenário, na segunda metade do século XX, surge o que a doutrina tem denominado pós-positivismo, cujos adeptos entendem como um modelo que supera o jusnaturalismo e o positivismo.

Os pós-positivistas entendem que o positivismo jurídico se converteu em uma ideologia que, mediante a divinização do direito emanado do Estado através da lei, como se a legislação traduzisse a vontade geral e do bem comum, camuflou posições autoritárias. Para Eduardo Cambi (2018, p. 107), “essa manipulação ideológica partiu da burguesia que, pretendendo a manutenção do *status quo*, visou ocultar o conflito de classes e de interesses, difundindo a ideia de paz e harmonia, ordem e progresso, consenso e felicidade geral”.

Avessos ao legalismo, os pós-positivistas firmaram o entendimento de que a norma não se confunde com o texto legislativo (seja constitucional, seja infraconstitucional), ou seja, antes da interpretação não se pode falar em norma, razão pela qual a atividade interpretativa é que atribui significado objetivo ao texto. “Por isso, interpretar não é declarar algo já existente (latente e pronto a ser descoberto) no texto, mas resultante da decisão do intérprete que, com o uso da linguagem, constrói versões de significado” (CAMBI, 2018, p. 109).

Da mesma forma como ocorre com a norma, o direito deixa de se confundir com o texto legal, passando a ser resultado de um processo de interpretação, isto é, uma composição linguística manifestada num discurso que trabalha entre a literalidade do texto (letra) e a sua finalidade (espírito).

A posição pós-positivista traz a lume o debate em torno da existência do poder discricionário por parte do Judiciário, contrapondo-se à discricionariedade judicial. A validade do direito para a corrente pós-positivista não é material, como ocorre no jusnaturalismo, e nem formal, como ocorre no positivismo, mas sim procedimental. Há uma valorização dos princípios jurídicos, os quais são entendidos como normas (DWORKIN, 2010).

Richard Pae Kim (2017, p. 506) distingue regras de princípios à luz do pós-positivismo:

Hoje, como se sabe, não há que se falar em distinção entre normas e princípios, mas, sim, entre princípios e regras. Entre elas, temos as seguintes: a) as regras possuem menor grau de generalidade e de abstração em relação aos princípios, uma vez que aquelas possuem limites pré-definidos e apresentam de forma mais clara os valores políticos e jurídicos, admitindo assim a aplicação da técnica de subsunção. Por outro lado, os princípios possuem maior caráter de generalidade e de abstração, com maior campo de delimitação, o que dificulta a observação de seus limites, o que impede a simples aplicação do método de subsunção, conforme salientado por Robert Alexy; b) possível se faz a aplicação do esquema “tudo ou nada” no caso da regra, o que não se poderá admitir na interpretação do direito fundado em princípios, pois o seu grau de abstração propicia que, dependendo das condições fáticas e jurídicas, na interpretação do direito, as soluções também possam ser variáveis; c) as funções são distintas, pois enquanto as regras se destinam a estabelecer segurança e estabilidade ao sistema jurídico, os princípios têm como objeto a busca da justiça, por possuírem uma flexibilidade em seu conteúdo material, capaz de melhor se adaptar ao sentido geral.

Destarte, os princípios são mais gerais e abstratos que as regras, sendo que apenas estas permitem a aplicação da técnica de subsunção. O conflito entre regras se resolve por critérios de “tudo ou nada”, diferentemente do conflito entre princípios, que se resolve pela técnica da ponderação. Os princípios conferem maior flexibilidade e perigos na atividade de interpretação, enquanto as regras trazem parâmetros claros e segurança jurídica.

Pode-se dizer que, enquanto os positivistas entendem que as normas mais gerais estariam mais próximas do topo da pirâmide de hierarquia do ordenamento jurídico proposta por Hans Kelsen, o mesmo raciocínio pode levar os pós-positivistas à conclusão de que os princípios seriam essas normas gerais e, portanto, teriam uma proeminência em relação às

demais normas⁸. Naturalmente tal concepção confere ao magistrado maior liberdade de escolha, mesmo porque promove o reencontro entre o direito e a moral.

Feitas estas considerações gerais, entende-se que, para fins didáticos e visando alcançar o objetivo proposto nesta seção, faz-se pertinente trazer as ideias centrais advogadas por doutrinadores que se amoldam (ou parecem se amoldar) ao modelo pós-positivista, dentre os quais pode-se mencionar Robert Alexy, Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Paulo Bonavides, Luís Roberto Barroso, etc.

Neste trabalho, por questão de recorte epistemológico e com a finalidade de não se estender muito neste capítulo inicial, serão concentrados esforços para sintetizar a essência do pensamento de Dworkin, Alexy e Barroso. Desde logo, pede-se venia para consignar apenas as ideias centrais propagadas por estes três juristas.

Ronald Dworkin (2010), jusfilósofo sucessor de Herbert Lionel Adolphus Hart na Cadeira de Teoria Geral do Direito em Oxford, combatendo a discricionariedade judicial, faz uma crítica ao pensamento do referido jurista britânico a quem sucedeu, pois Hart entendia que o direito seria um conjunto de regras, algumas de textura fechada de linguagem e outras de textura aberta de linguagem, sendo que estas últimas admitiriam a discricionariedade por parte do juiz. Dworkin (2010), por sua vez, propõe a normatização dos princípios, isto é, entende os princípios como normas jurídicas⁹.

A preocupação levantada por Dworkin (2010) é no sentido de que, em casos difíceis, onde não houvesse uma regra clara para aplicação e solução, o julgador, adotando a perspectiva de Hart, passaria a ter discricionariedade para decidir da forma como quisesse. Desse modo, ele propõe um modelo que não permite ao juiz inventar direitos quando estiver diante de casos difíceis, mas sim descobrir os direitos das partes litigantes, guiando-se pela razão. Assim, Dworkin (2010) ensina que o ordenamento jurídico não é composto apenas por regras, mas sim por princípios e regras (sistema binário), sendo ambos considerados espécies do gênero normas jurídicas. Esta inclusão dos princípios como normas jurídicas “promove a abertura para inclusão de pautas morais, anteriormente excluídas pela doutrina positivista” (MACHADO, 2012, p. 35)

⁸ Cabe destacar, entretanto, que Richard Pae Kim (2017, p. 508), ao abordar a nova hermenêutica oriunda do pós-positivismo, ensina que, “em se tratando de direitos fundamentais de primeira dimensão, em havendo aparente conflito entre regra e princípios, desde que não haja violação ao núcleo essencial desse princípio e, desde que a regra seja válida sob o aspecto constitucional, formal e materialmente, a regra há de prevalecer, havendo que se aplicar, como salientado, a técnica da subsunção. Ou seja, se a regra é legal, legítima, e possui plena validade e eficácia no sistema jurídico, esta tem preferência”.

⁹ Dworkin (2010) entende que tanto regras quanto princípios são enunciados normativos, ou seja, são normas. Porém, as regras definem proposições claras e simples, que têm aplicabilidade rígida, que se dá mediante subsunção. Já os princípios são enunciados que representam valores/padrões éticos, de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, os quais têm aplicabilidade flexível, mediante ponderação.

No modelo proposto, havendo conflito entre duas regras, uma delas não será aceita, aplicando-se a lógica do “tudo ou nada” (subsunção). Já no tocante aos princípios, deve-se aplicar o de maior peso/importância (lógica do sopesamento) sem que haja invalidação dos princípios que venham a ser preteridos. Portanto, a diferença entre princípios e regras para Dworkin seria a questão do peso (*weight*), pois, enquanto inexiste diferença de peso entre as regras (conflitos se resolvem sob a lógica do “tudo ou nada”), os princípios deveriam ser sopesados. Entretanto, Dworkin não fala na possibilidade de colisão entre princípios ou direitos fundamentais, o que, conforme se verá, é tratado na teoria de Alexy.

A propósito, Dworkin (1999) traz a ideia de direito como integridade. Para ele o direito deve ser visto com unidade e coerência, integrando-se princípios de uma comunidade provida de regras, de modo que o juiz proferira suas decisões coerentemente à prática jurídica. Assim, se o direito é íntegro, não há falar-se em conflitos entre princípios ou direitos fundamentais, mesmo porque estes são entendidos como verdadeiros trunfos, cabendo ao juiz estabelecer as fronteiras entre os princípios ou direitos, mediante a interpretação. E esta interpretação dworkiniana, além de partir de precedentes jurisprudenciais, possui três fases: 1) o juiz identifica as regras e padrões utilizados (fase pré-interpretativa); 2) o juiz busca uma justificativa para as regras e padrões utilizados (fase interpretativa); e 3) o juiz considera o que é exigido pela prática a fim de melhor atender a justificativa encontrada anteriormente (fase pós-interpretativa). “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 1999, p. 272).

A prática do direito em Dworkin (1999) é argumentativa, de sorte que a argumentação se contrapõe ao convencionalismo, entendido este como o processo em que uma comunidade produz leis (convenções sociais que resultam em leis). Em sua teoria, “o direito de uma comunidade é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores de tipo adequado” (DWORKIN, 1999, p. 116). Por tais razões, Dworkin (1999) estabelece uma relação entre direito, coerção e precedentes para rechaçar o positivismo jurídico de Hart. Entretanto, o autor não nega que processos judiciais, além de abarcarem questões de fato e de direito, também trazem questões ligadas à moralidade. Assim, “as decisões jurídicas devem se embasar em um conjunto único e coerente de princípios, de natureza moral” (FERREIRA FILHO; FATUCH NETO, 2017).

Esse modelo dworkiniano admite que, diferentemente das regras, os princípios não conduzem a uma única consequência jurídica, pois, devido à abertura de valoração, a

consequência dependerá do contexto de aplicação do princípio e do próprio caso concreto (método indutivo). Entretanto, a despeito da possibilidade de juiz e advogados chegarem a conclusões distintas em atividade hermenêutica empregando princípios, Dworkin (2010) acredita que sempre haverá uma única solução correta para controvérsias envolvendo direito e moral, sendo que tal solução resultará da razão manifestada na decisão, mesmo porque o *decisum* não será proferido com base em discricionariedade, mas em racionalidade jurídica.

Nesse sentido, Luiz Henrique Diniz Araújo (2017, p. 105, destaques do autor):

A teoria de DWORKIN não se propõe a criar diretrizes para que se encontre a *única solução possível para os casos difíceis*. Na verdade, a teoria supõe que advogados e juízes discordarão sobre os direitos e tenta demonstrar quais as perguntas a serem feitas, mas sem se comprometer com a hipótese de que todos encontrarão o mesmo resultado. Embora trate assim a questão, sob a ótica de que é natural que os atores envolvidos na interpretação constitucional cheguem a conclusões diversas, até mesmo antagônicas, diante de um caso concreto, DWORKIN [...] defende que existe sempre uma única resposta correta para questões complexas envolvendo o Direito e a moralidade pública. Assim é porque o resultado não é uma escolha, mas uma decisão guiada pela razão.

Como se denota, nessa linha de raciocínio, Dworkin desenvolve uma teoria da interpretação segundo a qual o juiz deve buscar a coerência e a integridade do direito, valendo-se de princípios e visando a justiça, ou seja, para o aludido jurista, uma boa interpretação jurídica (argumentação jurídica) não prescinde de uma melhor interpretação moral das normas da comunidade. Como se percebe, no pensamento dworkiniano, o julgador não pode agir com discricionariedade para solucionar casos difíceis, razão pela qual deverá recorrer aos princípios para encontrar uma solução jurídica dentro do próprio sistema. Deste modo, o julgador, mesmo em casos difíceis, não estaria criando direito novo e aplicando *ex post facto*.

Em síntese, Dworkin não admite a discricionariedade do Poder Judiciário na prestação jurisdicional, pois, para ele, os juízes estariam criando suas próprias regras morais ou políticas para aplicação retroativa a casos difíceis (em que não há regras claras para subsunção). Portanto, ele propõe a utilização de princípios para a solução de casos difíceis, considerando que os princípios são normas gerais. Dessa forma, ele traz para o direito a questão da moral.

Por sua vez, o jurista alemão Robert Alexy (2009) desenvolve uma teoria bastante complexa e refinada. Assim como Dworkin, ele considera que as regras e os princípios são espécies de normas jurídicas. Porém, para Alexy (2009), as primeiras (regras) são mandamentos definitivos que proíbem ou permitem algo de forma definitiva, sendo sempre satisfeitas ou não, enquanto os segundos (princípios) são mandados de otimização que buscam a realização de algo na maior medida possível, razão pela qual admitem distintos graus de satisfação, que variam conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. A distinção entre regras e princípios não

se trata de uma distinção baseada no grau de generalidade, mas de uma distinção qualitativa, ou seja, de cunho estrutural.

Melhor explicitando a concepção de Alexy (2006) acerca dos princípios, cabe anotar que, segundo o jurista alemão, princípios são, além de mandados de otimização, razões *prima facie*. O que significa a expressão razões *prima facie*? Significa que os princípios são normas cuja colisão ocorre no caso concreto, de modo que não há, abstratamente, um princípio mais importante que outro, razão pela qual num determinado caso um princípio pode vencer outro e, em outro caso concreto, pode ocorrer o inverso, ou seja, o vencido de outrora sagrar-se vencedor. E o que significa mandados de otimização? A ideia simplificada já foi exposta acima, mas, complementando, o fato de princípios serem considerados mandados de otimização significa que um princípio sempre tem um núcleo mínimo, intangível, inatacável, inviolável, que, para a teoria absoluta, seria abstratamente aferível, enquanto para a teoria relativa, adotada por Alexy, é aferível tão somente num caso concreto em que há colisão entre princípios.

Em Alexy, a colisão entre regras se resolve na dimensão da validade, isto é, se uma regra tem aplicação válida para determinado caso, outra regra, com disposição distinta, não pode ser também válida, isso porque regras são excludentes entre si. Porém, em caso de colisão entre princípios, Alexy (2006) propõe a solução na dimensão do peso, ou seja, haverá precedência de um sobre o outro no caso concreto, mas a aplicação do princípio precedente não invalida o precedido, diferentemente do que ocorre no conflito entre regras. Ainda na colisão entre princípios, Alexy (2006) propõe a ponderação, que será abordada na seção destinada à hermenêutica constitucional. Aqui cabe mencionar que a ponderação, aliada à argumentação jurídica, aproxima o direito da moral, pois caberá ao juiz dizer qual princípio prevalecerá ao confeccionar a norma a ser aplicada ao caso concreto.

Por fim, impende trazer a lume o posicionamento de Luís Roberto Barroso (2018), que em sua vida acadêmica atuou, especialmente, como professor de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, mas, atualmente, ocupa uma das vagas de Ministro no Supremo Tribunal Federal.

Barroso (2018) não oculta o fato de ser partidário do modelo pós-positivista e faz um esforço histórico para situar e justificar o surgimento dessa corrente de pensamento. Ele menciona que, em razão do autoritarismo perpetrado sob os auspícios do positivismo jurídico na Itália e na Alemanha, mediante o fascismo e o nazismo e, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a questionar a eficácia da letra fria da lei para lidar com os dilemas da humanidade em seu processo civilizatório, apelando-se, assim, para uma reaproximação entre o direito e a moral. Evidentemente, no período pós-guerra, os olhos da humanidade se

voltaram à disseminação e proteção dos direitos fundamentais, sob o farol da dignidade da pessoa humana, haja vista que as atrocidades perpetradas contra a humanidade estavam latentes na memória. É neste contexto que tem origem a aspiração pós-positivista.

Luís Roberto Barroso (2018) entende que, embora buscasse o resgate de valores e criticasse o reducionismo do direito à lei, o pós-positivismo não veio com o intento de retomar os fundamentos metafísicos e abstratos do jusnaturalismo, tampouco com o ímpeto de desconstruir o positivismo jurídico, mas de superação. Portanto, segundo o referido jurista brasileiro, o modelo pós-positivista “inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e de legitimidade” (BARROSO, 2018, p. 286). Apesar dessa assertiva, Barroso admite uma grande atividade criativa dos juízes na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto, unindo direito à ética, abarcando a moral e a política.

O autor em comento trata o pós-positivismo como marco filosófico das recentes transformações do direito constitucional:

Em certo sentido, apresenta-se ele como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre o Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença quantitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética. (BARROSO, 2018, p. 533-534).

Conforme se observa, o pós-positivismo exposto por Barroso (2018) aproxima o direito da filosofia moral e, também, da filosofia política, reconhecendo que essa interdependência entre direito, moral e política deve ocorrer não apenas na elaboração do direito, mas também em sua aplicação. Ademais, tal como Dworkin (2010), o jurista brasileiro menciona que o pós-positivismo confere normatividade aos princípios, diferenciando-os das regras, embora ambos sejam considerados normas.

Em suma, os pontos que comumente são apontados como centrais no debate entre os positivistas e os pós-positivistas são os seguintes: a postura do direito, se descritiva neutra da realidade ou prescritiva moral (dever-ser); a concepção de princípios como postulados supletivos ou normas; a existência de discricionariedade na atividade jurisdicional e sua

(in)admissibilidade; e a aproximação entre o direito e a moral. Todos estes pontos estão intimamente ligados à hermenêutica constitucional que, por sua vez, dá ensejo ao denominado ativismo judicial. Tais temas serão objeto de abordagem específica nos capítulos seguintes. Contudo, antes de adentrá-los, necessário se faz estabelecer o modelo teórico (no âmbito da teoria do direito) a ser adotado neste trabalho como chave hermenêutica à interpretação constitucional e como base analítica do ativismo judicial.

1.3 Modelo Teórico Proposto: Positivismo Jurídico Moderado

Inicialmente, é importante tecer algumas considerações acerca do Estado de Direito e do regime democrático vigente no país, visto que influenciarão na proposta de um modelo teórico. Nos termos do art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

À luz da disposição constitucional acima compilada, “o Estado de Direito no Brasil é democrático, o que significa que todo poder emana do povo e é por ele exercido, diretamente ou por meio de representantes eleitos democraticamente (CF 1º par. ún.)” (NERY JUNIOR; NERY, 2017, p. 205).

Entende-se que o Estado de Direito é o principal alicerce da democracia e que, portanto, não há falar-se em Estado de Direito sem falar em Estado Democrático. Enquanto o Estado de Direito significa que todas as pessoas e poderes se submetem ao império do direito emanado do ordenamento jurídico vigente, o Estado Democrático significa que os poderes são exercidos por representantes eleitos pelo povo (democracia indireta) e pelo próprio povo diretamente (democracia direta), resultando no que se denomina democracia semidireta.

Destarte, para que haja democracia, o poder político deve advir do povo, sendo a Constituição um diploma que, além de organizar o Estado, garante direitos fundamentais aos cidadãos (arts. 5º a 17, CF), limitando o Poder Estatal e obstando atos de tirania. Assim, o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito tem como base de sustentação a ordem constitucional, razão pela qual atualmente não se fala apenas em Estado Democrático de Direito, mas em Estado Constitucional de Direito.

Um dos mais memoráveis conceitos de democracia foi propalado por Abraham Lincoln, em seu discurso no Cemitério Militar de Gettysburg, na Pensilvânia/EUA, em 19 de novembro de 1863, quando fez menção ao *government of the people, by the people, for the people* (governo do povo, pelo povo, para o povo).

O governo do povo “significa que este é a fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático” (SILVA, 2017, p. 137). Para que haja um governo do povo, mostra-se imprescindível uma constituição legítima e democrática.

Já o governo pelo povo é aquele que “se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo)” (SILVA, 2017, p. 137). Assim, a expressão “governo pelo povo” diz respeito à participação política do povo, ou seja, funda-se no consentimento popular, na vontade do povo.

Por sua vez, o governo para o povo “há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar” (SILVA, 2017, p. 137). Neste aspecto, a democracia diz respeito ao caráter finalístico do poder estatal, que visa possibilitar aos cidadãos desenvolverem suas personalidades mediante o gozo de direitos fundamentais da pessoa humana.

Com efeito, considerando os postulados inerentes ao Estado Constitucional de Direito, que se caracteriza pelo fato de todos os cidadãos e poderes estarem sob um governo ordenado por leis que, por suas vezes, devem subserviência aos ditames constitucionais, não há como se esquivar das bases sólidas do positivismo jurídico como modelo dogmático inexorável à aplicação do direito. Portanto, apesar de não se negar a existência, incidência e a normatividade dos princípios, é preciso reconhecer que o ordenamento jurídico é composto por muitas regras, cujos textos são dotados de objetividade, abstração e imperatividade.

A propósito, até alguns que entendem que o positivismo jurídico tem enfraquecido na atualidade concordam que “não parece possível pensar uma teoria do direito que não seja em alguma medida positivista” (FIGUEROA, 2007, p. 102). Afinal, o Brasil é um Estado de Direito, governado por leis produzidas democraticamente, tendo no ápice do ordenamento jurídico a Constituição Federal, composta de regras e princípios devidamente positivados.

Não se ignora a crítica encetada contra o positivismo no sentido de que este modelo se reputa completo e inadmita lacunas. De fato, esta é uma crítica que, de certa forma, revela uma fraqueza, mas amolda-se ao positivismo clássico legalista ou formalismo jurídico. Este modelo, composto por regras aplicáveis exclusivamente por técnica de subsunção, realmente não é capaz de solucionar a totalidade das controvérsias postas em juízo e, por acreditar na própria completude, acaba sendo pedante e falho. Entretanto, o positivismo jurídico não se resume ao legalismo positivista ou formalismo jurídico, tanto que, nos modelos sustentados por Bobbio (1995a), Kelsen (2006) e Hart (2001), a crítica em questão já não se sustentava.

Bobbio (1995a), por exemplo, admitiu a possibilidade de lacunas na legislação e se referiu a modelos de integração das normas jurídicas, falando em autointegração e heterointegração. Sustentou que “um ordenamento não é necessariamente completo, porque a completitude deriva da norma geral exclusiva, ou norma de clausura, que na maior parte dos casos – excluindo o direito penal¹⁰ – não existe” (BOBBIO, 1995a, p. 237).

Kelsen (2006), com seu positivismo normativista, também falou de normas gerais e trouxe a teoria da moldura, possibilitando a movimentação do intérprete. Ele admitia que sempre haveria uma margem de indeterminação existente entre a sintaxe das palavras do texto e o significado da norma jurídica, sendo que essa arrepsia deveria ser suprida mediante discricionariedade judicial.

Hart (2001), por sua vez, referiu-se às regras de textura aberta da linguagem, as quais admitiriam interpretações capazes de levar o julgador a diferentes soluções por ocasião da decisão judicial.

Elival da Silva Ramos (2015, p. 61) deixa claro que a existência de lacunas passíveis de integração no ordenamento jurídico não compromete a identidade do positivismo jurídico enquanto modelo dogmático:

Assim, desde que se possam completar as lacunas teóricas do positivismo nesse campo, sem comprometer a sua identidade enquanto proposta de compreensão do direito, estará assegurada a validação do positivismo jurídico, em sentido estrito, enquanto modelo dogmático, pouco importando a constatação de que um número crescente de autores, mormente no âmbito do Direito Constitucional, se diz antipositivista ou pós-positivista.

Portanto, considerando estas variações já defendidas por grandes teóricos positivistas, denota-se que, ao se adotar o positivismo jurídico, não se está advogando, necessariamente, o positivismo clássico legalista. Neste, repita-se, prevalecia o princípio da onipotência do legislador (uma divinização do direito estatal), inexistindo espaço para interpretação, senão a interpretação literal ou gramatical das leis, que deveriam ser aplicadas pelos magistrados até mesmo quando contrariassem disposições constitucionais.

Na realidade, o que se sustenta mediante a adoção do positivismo jurídico é especialmente o predomínio das fontes estatais do direito (sendo estas as fontes socialmente

¹⁰ Interessante que o jurista italiano excepcionou o direito penal, visto que este, segundo a dogmática aplicável especialmente às normas penais incriminadoras, deve ser abordado com completude, não se admitindo, por exemplo, o emprego da analogia *in malam partem*. Anote-se que Analogia “é o processo de autointegração, criando-se uma norma penal onde, originalmente, não existe. Nesse caso, não se admite a analogia *in malam partem*, isto é, para prejudicar o réu” (NUCCI, 2013, p. 62).

autorizadas a criar o direito), com a prevalência das disposições constitucionais. Neste aspecto também se mostra equívoca a afirmação de que o positivismo se encontra ultrapassado porque colocaria a lei formal no topo da hierarquia do ordenamento jurídico. Ora, nada obsta que positivistas defendam a supremacia da Constituição perante as leis formais. Pelo contrário, num Estado Constitucional de Direito exige-se que haja supremacia do texto normativo constitucional em relação aos textos normativos infraconstitucionais. Não é demais lembrar que o próprio positivista Hans Kelsen (2006), ao idealizar uma pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico interno, posicionou a Constituição em seu topo.

Malgrado a sobredita crítica seja equívoca (ou, no mínimo, reducionista), cabe aqui um comentário pontual a respeito do pós-positivismo. Com efeito, se uma das principais críticas voltadas contra o positivismo foi o culto ao direito estatal (repise-se que essa crítica apenas é cabível em relação ao positivismo clássico legalista que imperou no século XIX), por outro lado, a mais marcante vicissitude do pós-positivismo foi o realismo jurídico (mais tarde denominado pragmatismo jurídico). O realismo já foi objeto de explanação anteriormente neste trabalho, cabendo destacar que esta escola rompeu com o pensamento hierarquizado das fontes do direito (RAMOS, 2015), dando margem a um subjetivismo por parte do julgador de modo a ensejar uma interpretação voluntarista do texto legislativo, podendo o intérprete até mesmo extrapolar o sentido do texto, fazendo com que a justiça conduza à antijuridicidade.

Na conhecida frase do juiz da Suprema Corte Charles Evans Hughes, ele mesmo um não realista, nota-se a influência do movimento na primeira metade de século XX. Disse ele que nos Estados Unidos se vivia sob uma Constituição, “mas a Constituição é o que os juízes dizem que é”. Portanto, em autêntica inversão de sentido, a fonte do direito por excelência passa a ser a jurisprudência, consubstanciando as decisões judiciais, enquanto fatos normativos (criadores do direito) primários, o objeto central da Dogmática, restando em segundo plano os atos legislativos e as construções doutrinárias. (RAMOS, 2015, p. 49)

No trecho acima compilado, depreende-se que o professor Elival da Silva Ramos traz à memória a conhecida frase do *Chief Justice* Charles Evans Hughes, da Suprema Corte dos Estados Unidos: “*The Constitution means what the Supreme Court says it means*”¹¹. Referida frase reverbera no Brasil da seguinte forma: “A Constituição é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é”. Esta sentença possui forte carga de realismo jurídico, pois, como visto no início desta subseção, a Constituição é o documento máximo presente no Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional de Direito) e pertence ao povo (detentor do poder), pois oriunda de uma Assembleia Constituinte (representante do povo), não se podendo

¹¹ Tradução livre, no original: “A Constituição significa o que a Suprema Corte diz que ela significa”.

conferir ao Supremo Tribunal Federal, que é composto por 11 (onze) Ministros que sequer detêm mandato eletivo, a função de impor, muitas vezes arbitrariamente, significado ao texto Constitucional, sob pena de violação ao próprio regime democrático, estabelecido no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

É claro que não se está negando aos Ministros a atividade de interpretar as disposições constitucionais, porém, a Constituição é o que ela é. Ela tem um sentido próprio. Não pode ter seu significado relegado à vontade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Não pode ver seu sentido manipulado pelos intérpretes. Cabe aos Ministros, através da interpretação jurídica, declarar o sentido fiel da Constituição, mas não constituir o seu significado mediante imposição de idiossincrasias morais, ao alvedrio do subjetivismo ou voluntarismo humano, beirando ao solipsismo.

A propósito, o texto constitucional (assim como os textos legais em geral) é objetivo e, por isso, repita-se, não é possível que se outorgue aos Ministros da Suprema Corte, por mais altos que estejam, a prerrogativa de atribuir o significado e o alcance que quiserem às regras ou princípios constitucionais, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, isto sim, exercer o papel de guardião da Constituição. A legislação, saliente-se, tem uma alta carga de objetividade, que se denota inclusive do processo legislativo envolvendo os trabalhos nas comissões, as discussões em plenário, as justificativas constantes dos projetos, a exposição de motivos, etc. Assim, subtrair da legislação o papel proeminente de fonte do direito e atribuir tal papel à jurisprudência da Suprema Corte, num sistema de raiz romano-germânica, fere o regime democrático e, como se verá mais à frente (no capítulo destinado ao ativismo judicial), viola a separação dos poderes.

Em epítome, não se está aqui defendendo um modelo interpretativo do século XIX, equivalente à mera subsunção do fato ao texto normativo, tal como a Escola da Exegese na França e a Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha. Tampouco se está dizendo que os textos legislativos são tão objetivos que não comportam atividade interpretativa. Pelo contrário, a despeito do debate positivismo x pós-positivismo, não se ignora que a atividade jurisdicional envolve interpretação (ainda que se defenda uma postura positivista), isto é, os juízes não são meros “bocas da lei”, os magistrados não se limitam a aplicar a legislação fria, mas são verdadeiros intérpretes do direito.

A questão é que o Poder Judiciário deve respeitar as opções feitas pelo legislador (e constituinte) e não se valer de princípios ou regras constitucionais abertas para modificar o sentido da legislação. Algumas vezes, conforme se verá no último capítulo deste trabalho, a atividade interpretativa chega a contrariar até mesmo o próprio sentido do texto constitucional.

Num regime democrático, a liberdade de escolha no Poder Legislativo é muito mais ampla que no Poder Judiciário, mesmo porque os membros do primeiro detêm o mandato popular. Logo, a proeminência na escolha de determinada diretriz política é, sem dúvida alguma, do Legislativo.

Não se nega que os magistrados ou os juristas exerçam suas respectivas atividades (operacionais ou científicas) de modo diverso dos representantes políticos, em relação ao direito. Estes últimos praticam a política legislativa, com acentuada liberdade de opção entre as diretrizes em disputa, ao passo que aqueles outros devem respeitar as opções feitas, sendo-lhes facultada apenas a movimentação permitida pela normatização das escolhas políticas primárias (RAMOS, 2015, p. 62).

Elival da Silva Ramos (2015) faz uma distinção entre escolhas políticas primárias (que competem ao Legislativo) e escolhas políticas secundárias (que competem aos juízes e juristas), sendo estas de natureza supletiva, complementar, em relação àquelas, que são formalizadas nos textos legislativos.

Nesse passo, conforme Ramos (2015, p. 64), mostra-se “possível permanecer trabalhando dentro dos marcos do positivismo teórico, sem que se tenha que partilhar do ceticismo ou do relativismo ético de alguns renomados positivistas”. Em corolário, como se verá adiante, a crença em valores universais e absolutos não é incompatível com a posição positivista adotada neste trabalho. E aqui retoma-se o debate envolvendo valores morais e o direito, pelo que se entende necessário fazer algumas considerações, inclusive envolvendo o direito natural, ao qual comumente se atribui a gênese dos valores morais.

Sabe-se que, desde que se fala em positivismo jurídico, surgiu uma tendência em separar o direito natural do direito positivo de forma rígida e, conseqüentemente, propagou-se a ideia de cisão entre juízo de valor e a lei, de maneira que alguns abraçavam a ideia de que o direito precede à lei, enquanto outros levantavam a bandeira de que o direito é a lei.

Este debate envolvendo a positivação de normas jurídicas como direito e a pré-existência dessas normas ao Estado remonta à antiguidade, visto que, antes mesmo de o Estado ser criado, a humanidade tentava se organizar e garantir valores ligados à justiça por meio da autotutela, o que acarretava punições desproporcionais que comprometiam a paz social, sobrevivendo a necessidade de um ente que pudesse mediar essas relações e possibilitar a vida em comunidade: o Estado. Dessa forma, muitos (jusnaturalistas) passaram a sustentar que o direito natural precede ao direito positivo, visto que a noção de valores inerentes à justiça sempre esteve presente na humanidade; enquanto outros (juspositivistas), passaram a entender que o direito equivale à lei.

Como já mencionado, para os juspositivistas, existe uma separação entre o direito e a moral. Contudo, é importante anotar que, para o modelo positivista adotado nesta pesquisa, o direito é separado da moral num nível específico, qual seja: no nível da validade jurídica. Em outras palavras, considera-se como direito válido aquilo que foi criado por uma fonte social autorizada. No Brasil, tal fonte coincide com o Estado, mais especificamente, o Poder Legislativo.

Por conseguinte, não se exige de um juspositivista a concepção de que a separação entre o direito e a moral se dê no nível do conteúdo. Outrossim, não se exclui a possibilidade de uma norma jurídica coincidir com uma norma moral, pois isso é plenamente possível e até mesmo salutar. Todavia, considerando que, subjetivamente, os valores morais podem variar de uma pessoa para outra (e, logicamente, de um juiz para outro), o que se quer deixar assentado é que, para um texto normativo ser juridicamente válido, ele não precisa ser entendido como moralmente correto¹² (ou moralmente justo). Assim, é no tocante à validade jurídica que o direito é separado da moral, sendo que os critérios jurídicos de validade não se confundem com os critérios morais de correção (COELHO, 2016).

Norberto Bobbio (1995a), ao tecer considerações sobre o que ele chamou de positivismo ético moderado, afirma que o direito tem um valor enquanto tal, independentemente do seu conteúdo, sendo que isso não significa que o direito deva ser considerado sempre justo pelo simples fato ser válido, mas sim que ele é o meio necessário para se realizar um certo valor, qual seja: o valor da ordem. E prossegue dizendo que a lei é a forma mais perfeita do direito, ou seja, a que melhor realiza a ordem. Assim, o jurista italiano salienta que, nessa perspectiva, o direito tem sempre um valor, mas este valor não é um valor final, mas um valor instrumental.

Interessante pontuar, também, que a despeito da dicotomia frequentemente realizada entre jusnaturalismo e juspositivismo, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 42), embora jusnaturalista, reconhece que estudos mais recentes envolvendo o direito privado e sua aproximação com o direito constitucional tornaram “possível afirmar a unidade de tratamento da matéria e a desnecessidade de advogar de modo forte a posição positivista ou a posição naturalista como opostas”.

¹² Evidentemente, não se está aqui defendendo que uma fonte social autorizada (no caso do Brasil, o Poder Legislativo) poderia criar direitos de forma absolutamente ilimitada, ainda que totalmente imorais e até mesmo atroz. O próprio texto constitucional constitui limite ao legislador infraconstitucional. Ademais, uma fonte social autorizada pode perder legitimidade quando passa a legislar de modo a vilipendiar os interesses da sociedade, ou seja, os interesses do povo (legítimo detentor do poder).

O professor Thomas Bustamante (2017), durante os debates após palestra ministrada na III Jornada de Teoria do Direito promovida pelo Grupo de Estudos Pura Teoria do Direito e Liga Acadêmica do Pará (LAJUPA), expôs fortes argumentos que desafiam a dicotomia em questão. Segundo o autor, nada obsta que jusnaturalistas e juspositivistas concordem que existe um ponto em comum entre eles, no sentido de que o direito tem certos valores que o justificam e tem certos propósitos definidos, bem como que o direito só pode ser entendido à luz desses propósitos.

Bustamante (2017) ressalta que a tese das fontes sociais é o ponto central para que alguém possa ser considerado positivista; da mesma forma, ele destaca que a aceitação da existência de certos princípios morais objetivamente válidos sobre a razoabilidade prática constitui o ponto central para que alguém possa ser admitido como jusnaturalista. Nesse passo, o autor conclui que não há razão para manter a dicotomia entre positivismo e jusnaturalismo, pois não existe contradição lógica entre as duas teses centrais de cada modelo.

Em suma, segundo Bustamante (2017), não há qualquer impedimento ao fato de um jusnaturalista aceitar a tese das fontes sociais como uma tese para explicar qual é o direito válido no Brasil hoje. Assim, o jusnaturalismo pode ser uma boa teoria para embasar a legitimidade das instituições políticas, para sustentar a autoridade do direito, para servir de fundamento à normatividade do direito, bem como para explicar a sua razão prática, sem necessariamente rechaçar a tese das fontes sociais como a que identifica o direito válido. Em outras palavras, Bustamante (2017) é enfático ao dizer que o jusnaturalista pode usar o seu jusnaturalismo para criticar o direito válido (direito válido segundo a tese das fontes sociais), mesmo porque não é o papel do jusnaturalista fazer com que a justiça conduza o intérprete à antijuridicidade.

De fato, não se exige, necessariamente, a dicotomização rígida das ideias ligadas ao direito natural e ao direito positivo como se fossem absolutamente excludentes. Não é necessário exigir do positivista que seja cético em relação a valores morais, mesmo porque valores universais sobre o que seria justo em determinado tema, por exemplo, influenciam no processo de elaboração e aprovação democrática da legislação positiva, havendo, assim, de certa forma, uma inter-relação entre o direito natural e o direito positivo. Todavia, o que se deve ressaltar é que, diferentemente da definição clássica de jusnaturalismo, entende-se neste trabalho que, embora os valores morais de uma sociedade possam influenciar na elaboração de suas leis e atos normativos em geral, o direito natural não tem caráter cogente/imperativo na aplicação legal. Em outras palavras e já sendo um tanto quanto insistente, valores atribuídos ao direito natural podem influenciar no processo de criação dos textos normativos, mas tais

valores, quando não positivados, não têm o condão de se sobrepor ao direito positivo por ocasião da aplicação da legislação.

Assim, pode-se dizer que “a principal diferença entre o direito natural e o direito positivo é que este é impositivo e, portanto, executável, o que não ocorre com o direito natural, que é de cunho muito mais informativo” (DUARTE, 2014). Quando um direito entendido como natural é positivado no ordenamento jurídico dá-se uma correspondência entre a moral e o direito, tal como ocorre, no dizer de Maurice Cranston (1979), com os direitos humanos que, sendo universais, são positivados em diversos ordenamentos jurídicos.

Como exposto acima, a concepção de positivismo aqui advogada não se mostra logicamente incompatível com a crença em valores morais absolutos/objetivos e universalmente válidos, mas, por outro lado, mantém o postulado metodológico da separação entre o direito e a moral (no campo da validade). Isso seria possível? Sim. Não seria contraditório? Não.

Nesse sentido, pertinentes as palavras de Dimitri Dimoulis (2006, p. 191-192):

Considerar a moral como relativa, mutável e fluida é uma posição que encontra a simpatia intelectual da maioria dos partidários do PJ¹³ *stricto sensu*, incluindo o autor dessas linhas. Mas esse posicionamento não impõe a aceitação do juspositivismo, que pode ser admitido ainda que alguém acredite em valores e imperativos absolutos. Inversamente, a crença em valores morais objetivos e universalmente válidos não leva obrigatoriamente à rejeição da tese da separação entre o direito e a moral. Como foi observado, há ‘independência lógica entre relativismo de valores e positivismo jurídico’.

Destarte, discorda-se das correntes hermenêuticas do jusnaturalismo entendido em sua forma clássica (onde o intérprete confere prevalência ao direito natural sobre o direito positivo) e das demais correntes carregadas de interpretações valorativas (que ensejaram o pós-positivismo e o antipositivismo), denominadas, por alguns, de moralismo jurídico¹⁴, pois acabam trazendo para a tarefa da aplicação do direito positivo o discurso moral, dando ensejo ao subjetivismo e voluntarismo na interpretação das normas.

Nessa esteira, é importante pontuar que a teoria do direito como integridade proposta por Dworkin, apesar de sedutora, recorre a princípios sob pretexto de combater a discricionariedade e manter a solução dentro do sistema diante de casos difíceis, mas tais princípios estão abertos à valoração na situação prática e acabam configurando uma outra forma de moralismo jurídico que se dá através da argumentação, muitas vezes até mesmo afastando

¹³ Positivismo jurídico.

¹⁴ Elival da Silva Ramos (2015) e Miguel Reale (1999).

textos normativos infraconstitucionais em nome de uma interpretação criativa baseada em princípios constitucionais.

Assiste razão ao professor Elival da Silva Ramos (2015, p. 103) quando pontua que “rejeita-se, assim, quer a expansão desenfreada dessa discricionariedade nos moldes do realismo, quer sua completa eliminação, diante da objetividade máxima idealizada pelo moralismo dworkiniano (tese da única solução correta em casos difíceis)”.

No mesmo sentido, arremata Wayne Morrison (2012, p. 20) com as seguintes palavras: “em última análise, a moralidade de aspiração dworkiniana é o desejo de tornar-se uma comunidade de princípios, a integridade é a moralidade intrínseca ao direito, e a imagem que ele cria do sistema jurídico é uma imagem de constante comunicação – de argumentação”.

A proposta de Alexy, por sua vez, além de complexa, não deixa de dar margem à insegurança. Para ele, o fato de princípios serem considerados mandados de otimização significa que um princípio sempre tem um núcleo mínimo, intangível, inatacável, inviolável, mas este núcleo seria aferível apenas num caso concreto de colisão de princípios e não abstratamente. Portanto, Alexy adota uma teoria relativa sobre o que poderia ser chamado de núcleo duro dos princípios, o que gera insegurança, pois, se existe mesmo um núcleo mínimo inatacável nos princípios, tal núcleo deveria ser aferido abstratamente.

Isso repercute na proposta de ponderação com a finalidade de “construção do caso concreto”, pois, embora Alexy assuma critérios distintos dos propostos por Dworkin, permanece (ou até mesmo se majora) a insegurança jurídica imputada à discricionariedade que o juiz possui no modelo positivista, uma vez que, no modelo de Alexy, ao final, quem dirá qual princípio prevalece é o próprio juiz, sem que haja um núcleo mínimo aferível em abstrato e sem que um princípio seja abstratamente mais importante que outro.

No mesmo diapasão, Vieira Filho (2015):

Ora, se o objetivo do Pós-positivismo (ou um dos, ao menos) era o de combater a discricionariedade do julgador, em Alexy, ela se amplia, e consideravelmente. Se, no Positivismo, essa discricionariedade era limitada e restrita a situações em que houvessem lacunas não sanadas por analogia, costumes ou princípios gerais do Direito, no Pós-positivismo, da vertente de Alexy, isto se dá em todo e qualquer caso de colisão de princípios.

Quanto a Luís Roberto Barroso, além de advogar a ideia de que a moral, a ética e a política devem estar presentes na atividade de interpretação e aplicação do direito pelo juiz, chega a defender “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”

(BARROSO, 2012), o que se mostra não apenas preocupante, mas extremamente perigoso diante do conceito de Estado Democrático de Direito.

Não se ignora o fato de, em certa medida, as decisões judiciais terem alguma carga de discricionariedade, pois derivam da atividade interpretativa, mas “ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, restringindo-se, pois, a sua discricionariedade ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais” (RAMOS, 2015, p. 128).

Ao lidar com o ordenamento jurídico, o juiz não tem, quantitativamente, o mesmo grau de liberdade do legislador, pois este está apenas limitado pelos textos constitucionais, enquanto aquele está limitado pelos textos constitucionais e infraconstitucionais. Assim, diante de textos constitucionais vagos, o legislador tem ampla liberdade legislativa. Por outro lado, não cabe ao juiz, a pretexto de estar exercendo mera atividade interpretativa, valer-se de textos constitucionais vagos, muito menos cogitar da aplicação direta da Constituição a hipóteses que sequer constam do seu texto, para criar regras jurídicas como se legislador fosse.

A postura mais responsável, que traz maior segurança jurídica e respeita as balizas inerentes ao Estado Democrático de Direito é, muitas vezes, a autocontenção (*self restraint*). Ao juiz é dado se movimentar dentro dos limites do texto normativo e, apesar desses limites muitas vezes serem bastante amplos, não autorizam o magistrado a legislar ou fazer o que quiser, mormente quando se fala em Supremo Tribunal Federal, acima do qual inexistente um órgão de controle.

Mais uma vez, pertinente o magistério de Elival da Silva Ramos (2015, p. 131):

A discricionariedade judicial também floresce no espaço em que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão ao qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer.

Enfim, em conclusão a este primeiro capítulo, adota-se neste trabalho um positivismo que, emprestando – ainda que parcialmente – a terminologia utilizada por Norberto Bobbio (1995a), pode ser denominado de positivismo jurídico moderado, que não se confunde com o positivismo clássico, formalismo jurídico ou legalismo positivista. Reconhece-se que a atividade interpretativa é inerente ao exercício da função jurisdicional, mantendo-se a Constituição no topo da hierarquia das normas jurídicas, como já acenava Hans Kelsen. Ademais, não se rejeita a ideia de lacunas jurídicas, já admitidas por Norberto Bobbio, sendo as normas passíveis de integração, de maneira que o julgador tenha mobilidade dentro dos parâmetros ditados pelas normas gerais, especialmente valendo-se da interpretação sistemática, sem que haja deformação do direito positivo por utilização exclusiva de teleologia baseada em

valores ou princípios gerais. Além disso, permite-se a harmonização de postulados inerentes ao direito natural com o direito positivo, possibilitando a crença em valores universais absolutos e objetivos (na elaboração das leis), sem que se abandone a concepção separatista entre direito e moral (na aplicação das leis), mantendo-se, isto sim, o caráter impositivo do direito positivo.

Como se verá no decorrer da presente pesquisa, o que se questiona é uma postura equivalente à atividade legislativa por parte do Supremo Tribunal Federal na criação do direito, muitas vezes por meio de decisões com forte carga teleológica (até mesmo pressuposicional), fundadas em princípios (inclusive entendidos como implícitos na Constituição) e numa suposta técnica de ponderação aliada à teoria da argumentação¹⁵, deixando de considerar a legitimidade do Poder Legislativo, a objetividade do texto legal, os trabalhos que precederam a sua edição (comissões, discussões em plenário, justificativas constantes dos projetos, exposição de motivos, etc.) e os próprios limites presentes no texto constitucional.

Mais uma vez, pertinentes os apontamentos de Elival da Silva Ramos (2015, p. 27-28), citando Rubén Hernández Valle:

[...] controlar a constitucionalidade dos atos emanados do Poder Legislativo ou do Poder Executivo não é atividade que se possa exercer com total liberdade, pois a própria missão que lhe é assinalada (a preservação da Constituição) já aponta para a existência de limites. Como bem salientou Rubén Hernández Valle, “o limite do poder interpretativo dos tribunais constitucionais é um pressuposto da função de racionalização, estabilização e limitação que lhe é deferida pela Constituição”, para acrescentar que “se é certo que a referida função admite a possibilidade de mudança constitucional por meio da interpretação, também exclui a violação constitucional, ou seja, o desvio do texto em um caso concreto e a reforma da Constituição por meio da interpretação”.

É neste contexto de atuação ilegítima do Poder Judiciário, extrapolando suas funções institucionais e invadindo função inerente ao Poder Legislativo, que se adotará o conceito de ativismo judicial, fazendo-se um recorte epistemológico para tratar do ativismo em matéria penal. No entanto, antes de adentrar ao tema do ativismo judicial propriamente, faz-se necessário abordar alguns pontos ligados à hermenêutica constitucional, da qual o Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, tem extraído elementos com vistas a conferir legitimidade a uma postura ativista.

¹⁵ A técnica da ponderação e a teoria da argumentação serão objeto de abordagem no capítulo seguinte.

2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O direito constitucional passou por uma transformação bastante significativa no mundo, incluindo, evidentemente, o direito constitucional brasileiro. Essa transformação elevou a Constituição ao posto hierárquico máximo do ordenamento jurídico.

Não se pode ignorar que, historicamente, a segunda guerra mundial fez com que a Europa, na segunda metade do século XX, voltasse seus olhos à necessidade de se garantir direitos fundamentais às pessoas, limitando o poder estatal que havia sido utilizado de modo tirano especialmente na Alemanha, por ocasião do nazismo liderado por Adolf Hitler, e na Itália, por ocasião do fascismo de Benito Mussolini.

Desse modo, pode-se dizer que a reconstitucionalização da Europa uniu ideais do constitucionalismo e da democracia, dando lugar ao denominado Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito, que já fora objeto de tratamento na seção anterior, à qual se remete o leitor.

Luís Roberto Barroso (2018, p. 283-284) menciona quais diplomas legislativos marcaram este período de reconstitucionalização da Europa:

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração.

Conforme se observa, com a reconstitucionalização da Europa, o panorama do direito constitucional, principalmente dos direitos fundamentais, sofreu uma guinada bastante expressiva, de sorte que as normas constitucionais passaram a ser consideradas normas jurídicas e não meramente políticas, ensejando, inclusive, a criação de tribunais constitucionais que garantissem a supremacia da Constituição.

O fenômeno ocorrido na Europa ecoou no Brasil nas últimas décadas do século XX, instalando-se um período de redemocratização e reconstitucionalização após a superação do regime militar que vigorou de abril de 1964 a março de 1985.

A redemocratização do Brasil culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, chamada “constituição cidadã”, cujo texto foi bastante ambicioso, tratando, ainda que

de forma geral, de praticamente todas as matérias jurídicas possíveis, dentre as quais um conjunto de direitos fundamentais (do art. 5º ao art. 17) de amplitude sem precedentes na história do país.

Ricardo Guastini (2001, p. 153), considerando a abrangência da Constituição, diz que “um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e o estilo doutrinal, a ação dos atores políticos assim como as relações sociais”¹⁶.

Na época da promulgação da Constituição de 1988, não se tinha em mente uma visão normativa do texto constitucional na intensidade que se passou a ter durante a vigência do diploma, entendendo-se o texto sob uma conotação predominantemente política, dirigente, e não sob uma conotação jurídica, material, de concretização de direitos. Todavia, com o passar do tempo, estudos posteriores, reconhecendo a força normativa da Constituição¹⁷, passaram a entender que as questões constitucionais deixaram de ser consideradas meras questões políticas, passando a ser consideradas questões jurídicas, exigindo-se a concretização dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e a interpretação de toda a ordem infraconstitucional com base na Constituição, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Ocorre que muitos direitos fundamentais não foram concretizados, dada a omissão do Estado concentrada nos poderes Executivo e Legislativo, a quem incumbiria conferir-lhes efetividade. Além disso, muitos dispositivos infraconstitucionais começaram a ser lidos e questionados sob os óculos da Constituição.

Diante desse cenário, a Constituição Federal se consolidou no centro do sistema jurídico, reivindicando tanto a sua supremacia formal, quanto a sua supremacia material (aspecto valorativo, de conteúdo), o que deu ensejo ao desenvolvimento de vários estudos no sentido de legitimar o Poder Judiciário a concretizar direitos por meio da atividade jurisdicional,

¹⁶ Tradução livre, no original: “un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.

¹⁷ Em 1959, o jurista alemão Konrad Hesse publicou a obra intitulada *Die normative Kraft der Verfassung*, que fora traduzida para a língua portuguesa por Gilmar Ferreira Mendes, sob o título “A Força Normativa da Constituição”. Nesta obra, Hesse critica a posição de Ferdinand Lassalle, para quem a Constituição real (conjunto de fatores reais de poder que regem o país: poder militar; poder social; poder econômico; e poder intelectual) submete a Constituição jurídica (leis e instituições jurídicas do Estado documentados). Para Hesse, a posição de Lassalle acaba negando a natureza transformadora da Constituição jurídica. Hesse afirma que a Constituição não é meramente uma Constituição do “ser”, mas do “dever ser”, possuindo força normativa vinculante aos poderes públicos e também aos entes privados. Logo, sob essa perspectiva, a Constituição passa a ser vista como um documento jurídico e não meramente político, reclamando, portanto, concretização.

de modo a suprir lacunas deixadas pelos demais poderes, a despeito de os magistrados não serem eleitos pelo povo. Ademais, em decorrência da supremacia da Constituição, a validade do ordenamento jurídico infraconstitucional passou a depender do crivo da ordem maior, nos aspectos formal e material.

Na concepção de supremacia da Constituição muitos fundamentam a relação do ativismo judicial com a hermenêutica constitucional, dizendo que os juízes devem atuar de forma proativa, empregando a Constituição Federal na atividade interpretativa, especialmente os princípios e conceitos jurídicos indeterminados, a fim de promover a concretização do que o intérprete entende por direito. Todavia, não se deve confundir os fenômenos. Hermenêutica constitucional “diz respeito tanto à interpretação do próprio Texto Constitucional, tendo em vista os seus princípios e regras, como à interpretação dos atos normativos infraconstitucionais em relação à Carta Magna, ou seja, o controle de constitucionalidade das leis” (PFLUG, 2011). Logo, a hermenêutica realizada à luz da Constituição Federal não exige qualquer atitude ativista do Judiciário, mas apenas tem por objeto a própria Constituição e por finalidade tornar aplicável o texto constitucional às realidades fáticas, servindo como filtro à ordem infraconstitucional e não como pressuposto para incentivar o intérprete a criar o direito.

2.1 Hermenêutica, Interpretação, Aplicação e Construção da Norma Jurídica

O ordenamento jurídico brasileiro é composto pela Constituição, atos legislativos e normativos em geral, que se expressam em linguagem escrita, que em algumas oportunidades se apresenta clara, fechada e bastante objetiva, enquanto em outras se apresenta obscura, aberta e vaga. Dessa forma, a atividade interpretativa daquele que aplicará o texto normativo poderá ser simples em algumas situações e bastante complexa em outras, especialmente quando se está diante de casos difíceis, para os quais não há norma de precisa aplicação.

Antes de falar em interpretação, convém tratar de hermenêutica, que etimologicamente pode ser definida como a ciência e a arte de interpretar, tendo sua origem na tradição judaico-cristã. Fala-se em ciência porque este é o campo de estudo marcado por princípios, investigações e conclusões. Outrossim, fala-se em arte porque, após a descoberta do significado do texto, o hermeneuta busca uma aplicação de seus resultados de uma forma artística, de modo a tornar o texto inteligível a outras pessoas.

Hermenêutica vem do verbo grego *hermeneuo* e do substantivo *hermeneia*. Estes termos têm raiz na mitologia grega, estando relacionados a Hermes, que seria um deus mensageiro de pés alados a quem cabia transformar o que estava além do entendimento humano

em uma linguagem que pudesse ser compreendida pela humanidade, razão pela qual Hermes teria descoberto a linguagem verbal e escrita, passando a ser o mensageiro ou intérprete dos deuses, incluindo Zeus (ZUCK, 1994). Portanto, o verbo *hermeneuo*, utilizado na bíblia, tinha o sentido de “traduzir” ou “explicar” (dar significado inteligível).

O texto bíblico indica que a interpretação judaica começou a ser desenvolvida no período de Esdras e no período dos escribas, ou seja, quando o povo judeu retornou do exílio babilônico. Naquele período foi necessário traduzir a Lei de Moisés do hebraico para o aramaico, pois o povo judeu, durante o exílio, havia se envolvido com a língua daquela região, gerando um dialeto hebraico denominado aramaico. A propósito, partes do livro de Daniel foram escritas em aramaico, pois tais partes foram escritas no período babilônico.

Em Neemias 8:8, o texto bíblico diz que os levitas “leram no livro, na Lei de Deus, claramente, dando explicações, de maneira que entendessem o que se lia”. A expressão traduzida por “claramente”, no original *pāras* (termo hebraico), tem a ideia de tornar claro, interpretar e, no contexto em questão, traduzir. Além de realizarem a tradução do texto, a narrativa indica que os levitas que estavam realizando a leitura expunham o significado dos termos, ou seja, interpretavam a lei mosaica, para que os ouvintes pudessem compreender. Tal constatação se pode notar pela expressão “de maneira que entendessem o que se lia”, presente no trecho acima compilado. Assim, “desde Esdras até Cristo, os escribas não só ensinavam as Escrituras, mas também as copiavam” (ZUCK, 1994, p. 32).

Já na era cristã, a hermenêutica foi influenciada pela filosofia grega e, após o fechamento do cânon bíblico (não o fechamento oficial via concílio), iniciaram-se as tentativas de se obter o método mais correto de interpretação dos livros que compunham o cânon. Assim, surgiram 03 (três) principais escolas de interpretação: 1) Escola de Alexandria: localizada no norte da África e sul de Israel; 2) Escola de Antioquia da Síria: localizada no norte de Israel; e 3) Escola do Ocidente: localizada na Europa.

A Escola de Alexandria teve Clemente (150-215 d.C.) como “um dos primeiros a lidar seriamente com questões de interpretação bíblica” (NICODEMUS, 2007, p. 131). Clemente adotou o método alegórico, segundo o qual as Escrituras deveriam ser entendidas alegoricamente, buscando o sentido oculto dos textos. Para Clemente, uma só passagem bíblica poderia ter até cinco significados: histórico, doutrinário, profético, filosófico e místico (ZUCK, 1994).

A despeito de Clemente ter sido o primeiro a lidar seriamente com a interpretação bíblica, o nome mais famoso da Escola de Alexandria foi Orígenes (185-253 d.C.), que era discípulo de Clemente. Ele foi o maior teólogo de seu tempo e também seguiu o mesmo método

alegórico. Orígenes dizia que a bíblia tinha um sentido triplo: literal, moral e espiritual/alegórico (ZUCK, 1994).

Essa escola foi amplamente influenciada pela filosofia de Heráclito (540-475 a.C.), que estabeleceu um conceito mais profundo às obras de Homero (A Ilíada e a Odisseia), bem como pela filosofia de Platão (427-347 a.C.), isto é, pelo método da correspondência, segundo o qual o mundo material seria o reino do erro e ilusão, uma mera representação do que existe no mundo perfeito das realidades imateriais (mundo das ideias), de modo que conceitos e verdades espirituais existentes no mundo das ideias eram representados por alegorias (NICODEMUS, 2007). Portanto, o intérprete buscava um sentido profundo que estava oculto no texto.

Por sua vez, a Escola de Antioquia da Síria foi fundada por Luciano de Samosata (240-312 d.C.) e se dedicou ao estudo das línguas bíblicas originais (hebraico e grego), inclusive redigindo comentários aos textos das Escrituras.

Os três principais nomes da Escola de Antioquia foram o Bispo Deodoro de Tarso (350 a 392 d.C.), João Crisóstomo (345-407 d.C.) e Teodoro de Mopsuéstia (350-428 d.C.). Essa escola se contrapôs à escola de Alexandria e defendeu uma interpretação histórica e literal da bíblia, advogando que este método respeitava o real sentido do texto (método histórico-literal ou gramático-histórico).

Enquanto a Escola de Alexandria sofreu grande influência do pensamento grego, a de Antioquia foi mais influenciada pelo pensamento judaico. Em razão disso, a Escola de Antioquia valorizava bastante a história como veículo de interpretação bíblica. O pensamento judaico sempre foi bastante historicista, mesmo porque os judeus entendiam que Deus havia escolhido a história para veicular a sua revelação para o povo, razão pela qual acreditavam que o significado do texto não poderia se desvencilhar do sentido histórico.

Prosseguindo, a terceira escola, denominada Escola do Ocidente, era mais eclética, pois tentava utilizar tanto o método alegórico quanto o método histórico-literal de interpretação. Assim, esta vertente tentava combinar a Escola de Alexandria e a Escola de Antioquia da Síria. Entretanto, além dos elementos alegórico e histórico-literal, os intérpretes inseriam um terceiro elemento na interpretação: a tradição.

Tertuliano foi quem abriu o caminho para esse elemento (tradição). O lema seguido por Tertuliano era o mesmo de Vicente (morto antes de 450 d.C.), no seguinte sentido: “a linha de interpretação dos profetas e apóstolos precisa seguir a norma dos sentidos eclesiásticos e católicos” (ZUCK, 1994, p. 44). Em outras palavras, a interpretação bíblica deveria ser decidida por meio de conselhos eclesiásticos, passando pelo crivo das deliberações destes conselhos.

Portanto, nessa escola, a hermenêutica tinha a tradição (igreja organizada) como norma, pois a tradição determinava qual a melhor interpretação.

Os principais nomes desta escola foram Jerônimo (347-419) e Agostinho (354-430). Inicialmente, Jerônimo escreveu um comentário bastante alegórico acerca do livro de Obadias. Contudo, posteriormente, Jerônimo teve amplo contato com mestres judeus e teólogos de Antioquia, voltando-se mais ao método literal, sendo que, ao escrever um comentário acerca do livro de Jeremias, fê-lo valendo-se de um método mais literal. Entretanto, Jerônimo continuou entendendo que, quando não houvesse um sentido literal claro para o texto, dever-se-ia utilizar o método alegórico de interpretação para se buscar um significado alegórico, isto é, um sentido oculto no texto.

Conforme se observa, os teólogos de tradição judaico-cristã já se preocupavam com a necessidade de extrair o verdadeiro sentido dos textos sobre os quais se debruçavam, razão pela qual tentavam desenvolver métodos para alcançar tal desiderato, valendo-se da influência da historicidade, tradição judaica e de ideias helênicas defendidas por grandes filósofos, o que, em breve epítome, acabou por dar ensejo a processos hermenêuticos que privilegiavam a literalidade do texto (elemento histórico-literal), o sentido oculto do texto (elemento alegórico - espírito do texto) ou uma síntese entre esses dois sistemas (literalidade e alegoria) com foco na tradição. Guardadas as devidas proporções, poder-se-ia fazer um paralelo destas formas de interpretação com os sistemas do positivismo, do jusnaturalismo e do pós-positivismo, respectivamente, demonstrando-se que o desenvolvimento de sistemas influenciadores da interpretação existe há muito tempo na história da humanidade.

Enfim, conforme Luís Roberto Barroso (2018, p. 309), o termo “hermenêutica”, após ter sua origem no estudo dos princípios gerais da interpretação bíblica e além de ser empregado na religião, também passou a ser utilizado na filosofia, na ciência e, depois, no direito, de modo que pode-se definir hermenêutica jurídica como sendo “um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito”.

Abordando especificamente a hermenêutica jurídica, Carlos Maximiliano (2008, p. 1, destaques do autor) traz um conceito semelhante ao supracitado, porém, com maiores detalhes, destacando a importância do processo hermenêutico para a aplicação do direito:

A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É a tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para

o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*.

Depreende-se que a hermenêutica é pressuposto para a interpretação, pois esta consiste em “explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém” (MAXIMILIANO, 2008, p. 7).

Luís Roberto Barroso (2018, p. 309), tratando da interpretação jurídica, estabelece o seguinte conceito:

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade.

Com efeito, enquanto a hermenêutica jurídica visa à sistematização de métodos e princípios para se determinar o sentido e o alcance das expressões contidas na legislação, a interpretação consiste, propriamente, na arte de descobrir e atribuir sentido às referidas expressões, ou seja, ambas (hermenêutica e interpretação) estão inter-relacionadas, posto que a interpretação equivale à hermenêutica realizada.

Além de hermenêutica e interpretação, há a aplicação da norma jurídica, que consiste no “momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o *ser ao dever ser*” (BARROSO, 2018, p. 309, destaque do autor). Assim, a aplicação consiste na exegese do texto, ou seja, na atividade prática do intérprete, no resultado final da interpretação aplicada a um caso concreto.

Cotejando aplicação com hermenêutica, mais uma vez pertinentes as lições de Carlos Maximiliano (2008, p. 7):

A aplicação não prescinde da Hermenêutica: a primeira pressupõe a segunda, como a medicação a diagnose. Em erro também incorre quem confunde as duas disciplinas: uma, a Hermenêutica, tem um só objeto – a lei; a outra, dois – o Direito, no sentido objetivo, e o fato, Aquela é um meio para atingir a esta; é um momento da atividade do aplicador do Direito. Pode a última ser o estudo preferido do teórico; a primeira, a Aplicação, revela o adaptador da doutrina à prática, da ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto.

Como se denota, pode-se concluir que o operador do direito, ao se deparar com um caso concreto diante do ordenamento jurídico, deverá se valer da hermenêutica, da interpretação e da aplicação, a fim de obter uma resposta para o problema.

No tocante à interpretação e à aplicação, tem sido defendida a tese de que ambas se dão num mesmo momento, cotejando o enunciado normativo (texto normativo) com um caso concreto, para fazer nascer a norma jurídica e, em seguida, exteriorizar a norma de decisão. Luís Roberto Barroso (2018, p. 310, destaques do autor) aborda o tema:

Até pouco tempo atrás, a interpretação era compreendida pela doutrina como uma atividade que lidava com os significados possíveis das normas em abstrato; e a aplicação, como a função de concretização daqueles significados. Na dogmática contemporânea, todavia, já não se enfatiza a dualidade interpretação/aplicação. A compreensão atual é a de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos – ou a outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico – faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente. Daí a crescente utilização, pela doutrina, da terminologia *enunciado normativo* (texto em abstrato), *norma jurídica* (tese a ser aplicada ao caso concreto, fruto da interpretação texto/realidade) e *norma de decisão* (regra concreta que decide a questão). A singularidade de tal percepção é considerar a norma jurídica como o *produto* da interpretação, e não como seu *objeto*, este sendo o relato abstrato contido no texto normativo.

Nesta perspectiva, a norma não existe pronta dentro do texto da lei. É necessária a atividade de aplicação para elaboração da norma de decisão. No entanto, faz-se importante consignar que este trabalho interpretativo não é livre. Como dizia Kelsen (2006), interpretar é conhecer e escolher, haja vista que se deve conhecer o texto legislativo e, além disso, há ainda um elemento volitivo na atividade de interpretação/aplicação. Contudo, as escolhas devem ser lícitas, guiadas pelos limites da lei e, principalmente, pelos parâmetros constitucionais.

Prosseguindo, Luís Roberto Barroso (2018), fundado na interpretação constitucional à luz do pós-positivismo por ele defendido, não se limita a falar em hermenêutica, interpretação e aplicação, mas traz um conceito que envolve atividade criativa do intérprete. É a chamada construção.

O referido constitucionalista menciona que, na construção, o intérprete se vale de termos vagos e cláusulas gerais mencionados na Constituição Federal, tais como dignidade da pessoa humana, igualdade, justiça, segurança, devido processo legal, interesse público, moralidade, etc.

A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito e não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas (BARROSO, 2018, p. 310).

Analisando o conceito de construção, nota-se que esta ferramenta aplicada à interpretação constitucional é o grande trunfo do ativismo judicial, pois permite ao intérprete construir a norma, seja obtendo conclusões que estão fora do texto, seja indo além das

expressões contidas no próprio texto. Aqui reside o risco do voluntarismo e do subjetivismo do intérprete, o que será objeto de análise mais detida em seção própria.

Carlos Maximiliano (2008, p. 33) salienta que “os norte-americanos preferem ao trabalho analítico, ao exame da lei isolada, à interpretação propriamente dita, o esforço sintético, a que apelidam construção”.

No entanto, não se pode esquecer que, nos Estados Unidos, vige o sistema da *common law*, no qual a construção do direito por meio jurisprudencial constitui característica marcante, visto que neste sistema a jurisprudência ocupa lugar de principal fonte do direito. Já no sistema brasileiro, da *civil law*, de tradição romano-germânica, a jurisprudência deve resultar da interpretação dos atos normativos em vigor, cujos parâmetros são estabelecidos pelo legislador, sendo bem mais distante, neste sistema, a atividade jurisdicional da atividade legislativa (de criação de normas jurídicas).

É plenamente compreensível que em um sistema de *common law*, onde a jurisprudência é fonte precípua do direito, haja uma maior proximidade entre a atividade jurisdicional e a atividade legislativa, isto é, uma maior amplitude ao Poder Judiciário no que diz respeito à construção de normas jurídicas. Nesse sentido, o ambiente da *common law* favorece o ativismo judicial, permitindo uma atuação proativa dos juízes, inclusive promovendo *overruling*, isto é, revogando total ou parcialmente um precedente mediante aprimoramento de interpretação anterior e aproximação à realidade social atual.

Sobre o tema, cumpre trazer a lume as palavras de Elival da Silva Ramos (2015, p. 112):

[...] nos sistemas de *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações (raras, na perspectiva jurisprudencial da família anglo-saxônica) em que os limites impostos pelo legislador ou pelos precedentes vinculantes são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. [...] Na medida em que no âmbito do *common law* se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar, no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos da jurisdição em detrimento do Poder Legislativo.

Destarte, nos sistemas de *common law*, mostra-se justificável uma maior atividade criativa por parte dos juízes, mesmo porque o direito é construído precipuamente nos precedentes, o que não se pode aplicar, de forma irrestrita, isto é, sem as devidas distinções, aos sistemas de matiz romano-germânica (*civil law*), onde o ordenamento jurídico é a principal fonte do direito e os parâmetros da atuação de cada um dos poderes são mais facilmente identificáveis.

Assim, a construção deve ser vista com cautela no sistema brasileiro, pois tal atividade do intérprete frequentemente importa em atividade legislativa, o que não é dado ao Poder Judiciário. Dessa forma, o método de obtenção de uma norma de decisão para determinada questão jurídica posta em juízo deve se pautar pela hermenêutica, interpretação e aplicação, sempre sob o farol da Constituição Federal. Dentro desse método concentram-se os processos de interpretação constitucional tradicionais e algumas categorias ou paradigmas atribuídos à nova interpretação constitucional, que serão abordados a seguir.

2.2 Hermenêutica Constitucional Tradicional

As normas constitucionais, a despeito de sua supremacia, constituem espécie de normas jurídicas, sendo-lhes plenamente aplicáveis os processos¹⁸ convencionais de interpretação jurídica, os quais não advêm da legislação, mas sim da doutrina.

Luís Roberto Barroso (2018) menciona que a teoria da interpretação jurídica no Brasil e nos demais países adeptos da *civil law* (com direito codificado) tem origem no século XIX, em Savigny, que distinguiu os processos de interpretação denominados gramatical (considera as palavras do texto), histórico (considera o processo de criação da norma) e sistemático (considera a interdependência com outras normas), acrescentando, posteriormente, o processo teleológico (considera a finalidade da norma). Referidos processos se combinam, portanto, não são excludentes entre si.

Não obstante atualmente a doutrina ter passado a se dedicar a novos paradigmas de interpretação constitucional, que serão objeto de estudo mais à frente, é importante destacar que os processos tradicionais de interpretação jurídica permanecem sendo aplicáveis no campo da interpretação constitucional.

Por conseguinte, faz-se necessário tratar, ainda que de forma breve, dos processos convencionais de interpretação jurídica, quais sejam: gramatical (ou literal), histórico, sistemático e teleológico.

¹⁸ A expressão *processos* foi empregada de forma proposital, no mesmo sentido utilizado por Carlos Maximiliano (2008, p. 87), uma vez que “a interpretação é uma só; não se fraciona: exercita-se por vários *processos*, no parecer de uns; aproveita-se de *elementos* diversos na opinião de outros [...]”. Barroso (2018) prefere utilizar a expressão *elementos* para se referir aos processos gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ele argumenta que a expressão *método*, muitas vezes utilizada na doutrina quando se fala em interpretação, significa um caminho para se chegar a um fim, razão pela qual tal expressão sugere que a escolha de um caminho afastaria os demais, o que, segundo ele, não é o caso, visto que os diferentes elementos de interpretação não se excluem, mas se combinam.

O processo gramatical (ou literal) é o primeiro a ser observado pelo intérprete, pois diz respeito a uma leitura simples e natural do texto a fim de identificar as palavras utilizadas e compreender a linguagem empregada. Na mesma esteira, Karl Larenz (1991, p. 450) consigna que “toda interpretação de um texto há de iniciar-se com o sentido literal”.

Luís Roberto Barroso (2018, p. 331) ensina que “a interpretação gramatical funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram o seu relato”. Referido processo tem como base o próprio significado das palavras do texto e a respectiva função gramatical que cada palavra possui, ou seja, “tem como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal” (FRANÇA, 1997, p. 8).

A Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro em geral trazem diversas normas cuja extração dos significados não demanda maiores esforços do intérprete, como por exemplo o art. 60, inciso I, da Constituição, que exige quórum mínimo de 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal para propor emenda ao texto constitucional. Outro exemplo encontra-se no art. 14, §1º, inciso II, alínea *b*, da Constituição, onde está previsto o voto facultativo aos maiores de 70 (setenta) anos. Ainda na ordem constitucional poder-se-ia citar o art. 228, que prevê a regra da inimizabilidade penal aos menores de 18 (dezoito) anos. Há, outrossim, exemplos na legislação infraconstitucional, como o art. 14, parágrafo único, do Código Penal, que reduz de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) a pena imposta em caso de crime tentado; o art. 115 do Código Penal, que reduz pela metade o prazo prescricional quando o agente for menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do crime, ou maior de 70 (setenta) anos na data da sentença; etc. Tais exemplos evidenciam que o processo gramatical, em alguns casos, é suficiente para se extrair o significado dos respectivos textos interpretados.

Não se está aqui sustentando que um texto claro e preciso prescinde de interpretação. O brocardo *in claris cessat interpretatio* (disposições claras não comportam interpretação) não se sustenta, pois, para se saber se uma disposição é clara, faz-se necessário interpretá-la, ainda que pelo simples processo gramatical. Nesse sentido, Carlos Maximiliano (2008, p. 30-31):

Que é lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma. Para se concluir, não existe atrás de um texto claro uma intenção efetiva desnaturada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo.

Portanto, como dito inicialmente, não se pode negar que o processo gramatical é o primeiro a ser empregado pelo intérprete e, em alguns casos (como exemplificativamente mencionado acima), mostra-se suficiente para extrair o sentido do texto, visto que há diversos textos legislativos cujas palavras são precisas.

Ocorre que a legislação nem sempre é clara e harmônica ao ordenamento considerado como um todo, havendo normas de textura de linguagem aberta¹⁹, vaga ou imprecisa, comportando processos mais complexos para extração dos sentidos dos termos, como ocorre no caso dos princípios, dos conceitos jurídicos indeterminados e dos termos polissêmicos. Todavia, em todos os casos, o processo gramatical tem sua importância, pois “o intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica” (BARROSO, 2018, p. 332), acarretando o ativismo judicial que será objeto de estudo mais acurado no próximo capítulo.

Por sua vez, o processo histórico de interpretação tem como base os antecedentes da norma positivada, tanto no tocante ao contexto histórico que permeou o processo legislativo, quanto no que concerne aos elementos socioculturais, políticos e econômicos que influenciaram a legislação objeto de interpretação.

André Franco Montoro (2011, p. 426) traz a seguinte definição:

Interpretação histórica baseia-se da investigação dos antecedentes da norma. Pode referir-se ao histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, sua justificativa ou exposição de motivos, discussão, emendas, aprovação e promulgação. Ou, aos antecedentes históricos, e condições que a precederam. Como a grande maioria das normas jurídicas constitui a continuidade ou modificação de disposições precedentes, é de grande utilidade para o intérprete estudar a origem e o desenvolvimento histórico dos institutos jurídicos, para captar o significado exato das leis vigentes. No elemento histórico entra também o estudo da legislação comparada para determinar se as legislações estrangeiras tiveram influência direta ou indireta sobre a legislação que se deve interpretar.

O processo histórico investiga os elementos históricos que deram ensejo a determinada norma jurídica, o que auxilia o intérprete a descobrir o verdadeiro significado da norma e seu respectivo alcance. Daí a importância do emprego deste processo, evitando-se que o intérprete venha a atribuir significado que seria impensável e, portanto, inadequado ao texto por ocasião de seu nascedouro.

¹⁹ Terminologia utilizada por H.L.A. Hart (2001).

Vale pontuar que doutrinadores de linha pós-positivista, que priorizam a construção jurídica e a teoria da argumentação²⁰, podem ter certa resistência ao processo histórico, acusando-o de refletir tão somente a *mens legislatoris* (vontade subjetiva do legislador) em detrimento da *mens legis* (vontade objetiva da lei). Luís Roberto Barroso (2018, p. 333), por exemplo, relega o processo histórico a situações específicas e, no geral, menciona que “a análise histórica desempenha um papel secundário, suplementar na revelação do sentido da norma”. Todavia, a história de uma norma traz em si o elemento democrático de sua confecção, que não pode ser desprezado e tampouco colocado em segundo plano, sendo tão importante quanto os demais processos de interpretação.

Carlos Maximiliano (2008) enfatiza que não existe uma lei totalmente nova, que nasça inteiramente no pensamento de “A” ou “B”. Somente pessoas estranhas à ciência jurídica creem na possibilidade de se fazer leis totalmente novas.

As disposições antigas, restabelecidas, consolidadas ou simplesmente aproveitadas em novo texto, conservam a exegese do original. Pouco importa que se não reproduzam às palavras: basta que fique a essência, o conteúdo, substancialmente se haja mantido o pensamento primitivo. Por outro, pelo espírito das alterações e reformas sofridas por um preceito em sua trajetória histórica, chega-se ao conhecimento do papel que ele é chamado a exercer na atualidade” (MAXIMILIANO, 2008, p.114).

Em que pese alguns poderem pensar que o processo histórico de interpretação engessa o direito, em verdade, tal processo enfatiza que o direito é dinâmico e se expressa por normas jurídicas que são concebidas em determinado contexto histórico, mediante legitimidade democrática, sendo que a investigação destes antecedentes legislativos presta grande auxílio ao intérprete que, embora não precise compreender a norma como um comando paralisado no tempo, deve reconhecer os parâmetros que guiaram a sua criação. Desse modo, não se nega a possibilidade de se aprimorar a interpretação de uma norma com o decurso do tempo, considerando o desenvolvimento do processo de civilização e todos os elementos que o cercam, mas a historicidade não pode ser colocada em segundo plano, sob pena de ensejar um subjetivismo ou voluntarismo do intérprete.

Prosseguindo no estudo dos processos tradicionais, tem-se o processo sistemático de interpretação constitucional. Aqui é importante consignar, desde logo, que o ordenamento jurídico é composto por diversos textos normativos, tratando-se de um sistema que deve ser interpretado como um todo, ou seja, os textos que o compõem devem guardar uma certa

²⁰ A teoria da argumentação será abordada mais à frente, quando do estudo das categorias/paradigmas inerentes à nova interpretação constitucional.

harmonia entre si. Nesse sentido, a Constituição Federal desempenha um papel fundamental, como farol que ilumina o caminho de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas positivadas, unificando e harmonizando o sistema normativo aos preceitos constitucionais vigentes.

Destarte, o processo sistemático “consiste em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de Leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras” (MAXIMILIANO, 2008, p. 104).

Sobreleva anotar que, especificamente em relação à interpretação constitucional, são pertinentes as considerações de Luís Roberto Barroso (2018, p. 335) quando aborda a relação das normas constitucionais com uma nova Constituição, bem como a relação desta com as normas infraconstitucionais:

Quando uma nova Constituição entra em vigor, ela produz impacto sobre a ordem constitucional e sobre a ordem infraconstitucional preexistentes. Quanto às normas constitucionais anteriores, elas são inteiramente revogadas, de vez que há substituição de sistema. No que diz respeito ao direito infraconstitucional, as normas incompatíveis ficam automaticamente revogadas; já as que são compatíveis são revivificadas, passando a vigor sob novo fundamento e, conseqüentemente, sujeitas a novas dimensões de sentido. Os conflitos entre normas infraconstitucionais são resolvidos por três critérios tradicionais: hierárquico, cronológico e da especialização.

Conforme se observa, o processo sistemático de interpretação orienta o intérprete a considerar o texto jurídico-normativo (objeto de interpretação) contextualizado com outros textos normativos vigentes, rechaçando-se a ideia de uma análise isolada. Ademais, quando o texto interpretando for infraconstitucional, além de seu contexto diante dos demais textos da mesma natureza, deverá o intérprete ter como norte a Constituição Federal.

Por conseguinte, no processo sistemático de interpretação está a supremacia da Constituição, bem como os critérios regulares de resolução de conflito aparente de normas, quais sejam: o critério hierárquico (norma de hierarquia superior prevalece sobre norma de hierarquia inferior); o critério da especialidade (norma especial prevalece sobre norma geral); e o critério cronológico (norma posterior prevalece sobre anterior).

Em suma, o processo sistemático desafia o intérprete a analisar determinado texto normativo à luz do ordenamento jurídico como um todo, a fim de extrair um significado harmônico do texto.

Por derradeiro, resta abordar o processo teleológico de interpretação, pelo qual o intérprete busca a finalidade da norma, de modo a adequá-la à realidade atual.

O texto normativo é concebido, votado e publicado em determinado período, permanecendo em vigor em épocas distintas. Assim, na interpretação teleológica, o intérprete,

a seu tempo, faz um exercício capaz de atribuir significado finalístico às expressões empregadas no texto, de modo a extrair o espírito da norma, alcançando a adequada finalidade prática.

Segundo Maximiliano (2008, p. 127), o processo teleológico é realizado pelos intérpretes “sob o fundamento de que o legislador assim determinaria se lhe ocorresse a hipótese hodierna, ou ele redigisse normas no momento atual; fornecem *espírito novo à lei velha*; atribuem às expressões antigas um sentido compatível com as ideias contemporâneas”.

Tercio Sampaio Ferraz Jr (2018, p. 256) traz a seguinte definição:

A interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo, inversamente ao da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das *consequências* avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador *fosse capaz de mover suas próprias previsões*, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências. Assim, entende-se que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermenêuta, sempre um objetivo que serve para controlar até as consequências da previsão legal (a lei sempre visa os fins sociais do direito às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos).

Com efeito, a teleologia confere ao intérprete a possibilidade de alcançar o significado finalístico da norma, o que, de um lado, se mostra bastante salutar, pois possibilita a aplicação de um dispositivo normativo concebido no passado longínquo a uma realidade presente; mas, de outro lado, a teleologia pode levar ao arbítrio, visto que o intérprete pode conferir à norma uma finalidade prática que extrapola o objetivo do texto normativo originário, mesmo que considerado de maneira prospectiva.

Nesse passo, embora alguns, como Luís Roberto Barroso (2018), considerem o processo teleológico como sendo de caráter objetivo, parece que, na prática, referido processo tem sido influenciado pela atividade subjetiva e, quando mal utilizado, reduz-se ao voluntarismo do intérprete. Friedrich Müller (1999, p. 66), ao tecer consideração acerca do processo teleológico, além de não o entender como autônomo, destaca esse aspecto subjetivo:

O “método” teleológico não pôde ser documentado até agora como hermenêutica ou metodicamente autônomo. Na práxis ele atua como bacia de confluência de valorações subjetivas ou ao menos subjetivamente mediadas de natureza referida ou não-referida a normas, na sua totalidade de natureza preponderantemente determinada pela política do direito e da constituição ou pela política em geral.

Não surpreende o fato de partidários da atividade criativa por parte do Poder Judiciário (ativismo judicial) terem uma tendência em preferir o processo teleológico dentre os processos tradicionais, uma vez que a teleologia possibilita uma maior mobilidade do intérprete sob o argumento de estar extraindo a finalidade da norma interpretada.

A propósito, Carlos Maximiliano (2008) chega a mencionar que o processo teleológico deve preponderar na interpretação constitucional. No mesmo sentido, Karl Larenz (1991) aduz que em confronto com outros critérios, deve prevalecer o fim da lei reconhecidamente perseguido pelo legislador. De outra banda, como já adiantado acima, Friedrich Müller (1999) não confere ao processo teleológico autonomia na interpretação constitucional (concretização de normas constitucionais), pois o intérprete apenas pode se valer do elemento teleológico após perquirir os demais processos de interpretação, sendo vedada uma valoração ou ponderação subjetiva descolada do texto normativo. Müller (1999, p. 67) é bastante categórico quando menciona que “a interpretação teleológica não é um elemento autônomo da concretização, já que pontos de vista de ‘sentido e finalidade’ da prescrição interpretanda só podem ser aduzidos à medida da sua documentabilidade com ajuda de outros elementos”.

Barroso (2018, p. 336), outrossim, destaca que “a interpretação teleológica não pode servir para cancelar o utilitarismo, o pragmatismo e o consequencialismo quando isso importe em afronta aos direitos fundamentais”.

Portanto, faz-se oportuno ressaltar que a advertência mais abrangente que se deve fazer ao intérprete que se vale da teleologia é a de que a interpretação teleológica não pode servir para cancelar o voluntarismo ou o subjetivismo do intérprete, ainda que não resulte em ofensa a direitos fundamentais. Isso porque a interpretação teleológica, como bem enfatiza Müller (1999), não pode ensejar valoração ou ponderação subjetiva descolada do texto. Não pode o intérprete, com a intenção de atender seus anseios finalísticos, valer-se do elemento teleológico para alcançar determinado efeito prático.

Encerrando a abordagem dos processos tradicionais aplicáveis à interpretação constitucional, é importante destacar que não se pode estabelecer uma preferência ou preponderância categórica entre eles (LARENZ, 1991). Pode-se afirmar, porém, que nenhum processo estudado deve ser visto como autônomo, embora uma interpretação sempre deva ter como ponto de partida o processo gramatical, que juntamente com o processo histórico constituem os elementos dotados de maior objetividade. Ademais, os processos sistemático e teleológico funcionam como consectários lógicos aos outros dois processos mencionados, ou seja, a despeito de sua importância, antes de o intérprete recorrer a uma interpretação sistemática e teleológica, é salutar que o faça após se valer dos processos gramatical e histórico, tendo sempre o texto como limite de mobilidade, sendo-lhe vedado abandoná-lo.

Elival da Silva Ramos (2015, p. 177) faz primorosa colocação acerca do limite do intérprete:

[...] no tocante à limitação imposta à interpretação pela textualidade do dispositivo de regência, configura-se ela por meio da plena utilização da metodologia exegética, compreendendo seus múltiplos elementos, de cuja ponderação à luz das circunstâncias do caso concreto (não necessariamente um conflito intersubjetivo) resulta a delimitação do espaço de interpretação disponível ao aplicador.

Logo, pode-se concluir que, à luz do caso concreto, o intérprete poderá se valer dos quatro processos estudados, inclusive visando adotar a solução mais justa, mas dentro dos limites trazidos pelo texto interpretado, visto que não se admite uma valoração capaz de desprezar a norma em busca de uma solução justa. Não cabe ao juiz impor seus valores morais no processo hermenêutico. Entretanto, conforme será visto no decorrer desta pesquisa, a escusa de se buscar o espírito do texto normativo, sob a premissa de se estar realizando uma interpretação constitucional sistemática e teleológica, julgadores têm imposto seus próprios valores morais e ideológicos na atividade interpretativa, resultando num voluntarismo solipsista característico do ativismo judicial.

Prosseguindo no tema atinente à interpretação constitucional, cabe agora analisar o que vem a ser os novos paradigmas da hermenêutica constitucional.

2.3 Peculiaridades, Princípios Instrumentais e Categorias atribuídas a uma Nova Hermenêutica Constitucional

Os processos convencionais de interpretação jurídica sempre foram utilizados pelos operadores do direito e ainda continuam sendo. Afinal, tais processos, acima estudados, devem ser empregados em todos os casos que demandam a aplicação de norma jurídica.

Malgrado atualmente muitos ataquem os processos de interpretação tradicionais, associando-os não simplesmente ao positivismo jurídico, mas ao positivismo legalista (ou formalismo jurídico) da Escola da Exegese francesa ou da Jurisprudência dos Conceitos alemã, de forma a reduzir a atividade de interpretação à técnica de subsunção do fato à norma, além de vedar ao juiz a atividade criativa do direito²¹, é necessário reconhecer que tais processos

²¹ Luís Roberto Barroso (2018, p. 338), por exemplo, embora não rechace a utilização dos processos convencionais na interpretação constitucional, menciona que “a atividade de interpretação descrita acima [interpretação jurídica tradicional] utiliza-se de um conjunto tradicional de elementos de interpretação, que foram estudados nos itens anteriores. São eles instrumentos que vão permitir ao intérprete em geral, e ao juiz em particular, a revelação do conteúdo, sentido e alcance da norma. Sob essa perspectiva, o Direito – *i.e.*, a resposta para o problema – já vem contido no texto da lei. Interpretar é descobrir essa solução previamente concebida pelo legislador. Mais ainda: o ordenamento traz em si *uma* solução adequada para a questão. O intérprete, como consequência, não faz escolhas próprias, mas revela a que já se contém na norma. O juiz desempenha uma função técnica de conhecimento, e não um papel de criação do Direito. A interpretação jurídica tradicional [...] desenvolve-se pelo

convencionais não podem ser reduzidos à mera subsunção, tampouco merecem ser entendidos como proibitivos da atividade criativa do juiz, tanto que, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, os próprios positivistas mais renomados, como Kelsen, Bobbio e Hart, admitiam a atividade criativa do Poder Judiciário dentro de parâmetros legais. Kelsen falava em teoria da moldura além de estabelecer uma hierarquia no ordenamento jurídico; Bobbio falava em lacunas, autointegração e heterointegração; e, por sua vez, Hart falava em regras de textura aberta da linguagem, permitindo ao juiz uma atividade criativa.

Ramos (2015) salienta que não parece existir uma hermenêutica constitucional provida de autonomia científica em relação à hermenêutica tradicional. Entretanto, ele reconhece que questões ligadas à interpretação-aplicação de normas constitucionais ganharam tratamento específico no âmbito da hermenêutica jurídica geral.

Valendo-se de ideais extraídos da metódica estruturante de Friedrich Müller, Ramos (2015, p. 89) não afasta do juiz a atividade criativa – que não pode se dar de forma livre ou desvinculada do texto a ser aplicado – e tampouco afasta do juiz a atividade de concretização das normas constitucionais – da qual resulta o teor normativo do texto a aplicar:

[...] a metódica estruturante, absorvendo teses sufragadas pela nova Teoria da Interpretação, compreende a interpretação-aplicação da Constituição como um processo dialético, em que as normas constitucionais vão sendo concretizadas pelos órgãos incumbidos de fazê-las atuar, tendo como referência elementos normativos e não normativos (que se reportam ao conjunto de fatos recortados da realidade material pelo âmbito da norma), relevantes para a solução da controvérsia que se quer resolver, relevância essa que se concretiza, também paulatinamente, no contato entre texto normativo e os fatos subjacentes propiciado por essa complexa operação de subsunção.

Assim, considerando que a interpretação constitucional não deixa de ser interpretação jurídica, pode-se concluir que os processos tradicionais de interpretação lhe são plenamente aplicáveis, sem que isso importe em obstáculo à atividade interpretativa e criativa do juiz – dentro dos parâmetros que envolvem o texto interpretando – ou em óbice à concretização de preceitos previstos no texto constitucional.

No entanto, a despeito da existência e plena aplicabilidade dos processos tradicionais de interpretação na hermenêutica constitucional, não se pode negar que estudos recentes têm

método subsuntivo, fundado em um modelo de regras que reserva ao intérprete um papel estritamente técnico de revelação do sentido de um Direito integralmente contido na norma legislada. O desenvolvimento de alguns princípios específicos de interpretação constitucional”.

identificado peculiaridades nas normas constitucionais e, portanto, desenvolvido mecanismos fundados em princípios instrumentais²² de interpretação próprios à interpretação constitucional.

As sobreditas peculiaridades inerentes às normas constitucionais são elencadas por Luís Roberto Barroso (2018): a) superioridade jurídica: as normas constitucionais são superiores às demais normas que compõem o ordenamento jurídico; b) natureza da linguagem: muitas vezes as normas constitucionais possuem linguagem vaga e conteúdo dotado de plasticidade, como princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados; c) conteúdo específico: as normas constitucionais têm objeto peculiar, como a organização do poder político, a definição de direitos fundamentais e o dirigismo a finalidades públicas a serem realizadas; d) caráter político: embora sejam normas jurídicas, as normas constitucionais têm função política, pois visam implementar ordem, segurança e justiça.

Já os princípios instrumentais de interpretação constitucional, também enumerados por Barroso (2018), são: a) princípio da supremacia da constituição: toda norma incompatível com a Constituição deve ser declarada ineficaz via controle concentrado ou difuso de constitucionalidade; b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público: presume-se constitucional toda norma que não tenha sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, que só poderá fazê-lo em caso de inconstitucionalidade manifesta; c) princípio da interpretação conforme a Constituição: além de interpretar o ordenamento infraconstitucional de modo a realizar, da melhor forma, os valores e fins constitucionais, tal princípio possibilita ao Poder Judiciário preservar a validade de uma lei que, na sua leitura mais natural, seria inconstitucional, de sorte que se infirma esta interpretação que conduziria à inconstitucionalidade e, por outro lado, se afirma a interpretação que harmoniza a norma à Constituição; d) princípio da unidade da Constituição: o intérprete não deve estabelecer hierarquia entre as normas constitucionais, devendo interpretá-las harmonicamente ou, diante do caso concreto, reconhecer a prevalência de uma norma em relação à outra, que permanece válida; e) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade: permite ao juiz, ao valorar os atos do poder público, realizar um controle de discricionariedade, para verificar se o ato é adequado e necessário (razoabilidade), bem como zelar para que o ato normativo (ex: lei ordinária), diante de restrição a direitos fundamentais, apenas permaneça válido quando traz

²² Barroso (2018, p. 339) esclarece que “o emprego do termo *princípio*, nesse contexto, prende-se à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete, e não propriamente ao seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação. Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência”.

um benefício mais valioso que o ônus produzido; e f) princípio da efetividade: o intérprete, diante de uma norma jurídica, deve realizar a interpretação de forma a proporcionar, na maior extensão possível, a concretização do mandamento constitucional.

Ao lado dos processos de interpretação tradicional (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), das peculiaridades inerentes às normas constitucionais e dos princípios instrumentais acima mencionados, estudiosos desenvolveram o que, novamente nas palavras de Luís Roberto Barroso (2018), são novas categorias aplicáveis à hermenêutica constitucional, dentre as quais vale citar: a) a técnica das cláusulas gerais; b) a normatividade dos princípios; c) a colisão de normas constitucionais e a técnica da ponderação (para solucionar essa colisão de normas constitucionais); e d) a argumentação jurídica (como fundamento de legitimidade da atuação judicial).

Barroso (2018) entende que referidas categorias deram ensejo a uma nova interpretação constitucional e, dada a ênfase que o autor confere às mudanças produzidas por estas categorias na hermenêutica, não seria demais dizer que são interpretadas como componentes de uma revolução copernicana da hermenêutica constitucional. Assim, nesta subseção serão dispensadas algumas palavras, ainda que breves, acerca de cada uma dessas categorias.

As cláusulas gerais sempre existiram no ordenamento jurídico, mas tiveram seu uso majorado a partir do século XX, consistindo no “emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir para o intérprete o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos do caso concreto” (BARROSO, 2018, p. 356). Dentre essas cláusulas gerais estão os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados.

Os princípios e sua normatividade serão abordados logo abaixo, como categoria própria. Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, consistem em expressões vagas e abertas, cujos sentidos inequívocos são de difícil acesso, sendo extremamente dependentes de complexa atividade interpretativa. A Constituição Federal de 1988 possui expressões que podem ser enquadradas nesta categoria, tais como ordem pública, segurança pública, relevância e urgência, notável saber jurídico, reputação ilibada, interesse público, improbidade, dignidade da pessoa humana, eficiência, solidariedade, individualização da pena, etc.

Diante dos conceitos jurídicos indeterminados, o aplicador do direito deverá conferir significado às expressões valendo-se de processos de interpretação à luz do caso concreto. Sobremais, não é incomum ver na Jurisprudência a aplicação direta e imediata dessas expressões vagas a casos concretos. Nesse sentido, como já pontuado, na dogmática contemporânea tem-se entendido que não há falar-se na autonomia entre os conceitos de

interpretação e aplicação, mas sim que ambas se dão em um só momento, visto que a atribuição de significado aos enunciados normativos (textos do ordenamento) apenas se faz possível a partir dos fatos em análise, isto é, a norma jurídica (tese a ser aplicada no caso prático) e a norma de decisão (regra que corporifica a solução no caso concreto) são resultado da interpretação, nasce desta, e não mais constitui objeto da interpretação²³. Assim, nesta atividade de interpretação-aplicação, não raramente depara-se com o emprego direto de cláusulas gerais, atribuindo-lhes significado diante do caso concreto, independentemente do cotejo com regras do ordenamento jurídico.

Nas cláusulas gerais, a elasticidade de sentidos mostra-se inerente aos conceitos jurídicos indeterminados. Aqui reside um vasto campo para o que alguns doutrinadores, como Barroso (2018) e Maximiliano (2008), têm denominado de construção e, conseqüentemente, para uma atuação criativa por parte dos juízes, que dá lugar ao ativismo judicial.

A segunda categoria a ser abordada diz respeito à normatividade dos princípios.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 é composta por regras e princípios. As primeiras são objetivas e específicas, de maneira que asseguram maior segurança jurídica. Já os segundos são abertos e flexíveis, dando margem à ampla interpretação. Sabidamente existem outras diferenças entre princípios e regras, que variam conforme o modelo teórico adotado, o que foi objeto de abordagem no capítulo anterior, sendo desnecessária nova digressão sobre temática já ventilada.

Nesta oportunidade, é importante anotar que, a despeito da distinção conceitual, não há hierarquia entre regras e princípios. Segundo Humberto Ávila (2012, p. 129) “cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma”.

No direito constitucional atual tem-se entendido que tanto as regras quanto os princípios constitucionais têm força normativa. Assim, além de a validade do ordenamento jurídico infraconstitucional estar subordinada ao conteúdo das normas constitucionais (regras e princípios), estas passam a ter aplicação direta a um caso concreto, sem a necessidade de mediação por ato infraconstitucional.

²³ A título de exemplo, Luís Roberto Barroso (2018, p. 310) leciona que “até pouco tempo atrás, a interpretação era compreendida pela doutrina como uma atividade que lidava com os significados possíveis das normas em abstrato; e a aplicação, como a função de concretização daqueles significados. Na dogmática contemporânea, todavia, já não se enfatiza a dualidade interpretação/aplicação. A compreensão atual é a de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos – ou a outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico – faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente”.

Por conseguinte, a normatividade dos princípios, segundo Barroso (2018), possibilita ao julgador decidir um caso concreto mediante a aplicação direta de um princípio constitucional, simplesmente pelo fato deste ser considerado norma constitucional e, por isso, com força normativa. Todavia, é oportuno consignar que mesmo quem defende a aplicação direta de um princípio a um caso concreto, sem qualquer regra mediadora, não advoga que o juiz estará absolutamente livre para, valendo-se de um princípio constitucional (norma aberta e flexível), julgar determinado caso concreto da maneira como lhe aprouver.

Em que pese a vasta normatização constitucional e infraconstitucional no Brasil, há oportunidades em que o Poder Judiciário se depara com uma demanda trazendo em seu bojo questões jurídicas desprovidas de uma regra específica que lhes seja aplicável. Em casos assim, o julgador terá à sua disposição os princípios constitucionais, cuja aplicabilidade direta, mediante a argumentação, é defendida por diversos constitucionalistas contemporâneos. Além disso, como advoga Barroso (2018), há situações em que dois princípios postulam incidir na solução do caso, vindo eles a colidir entre si, razão pela qual se recorre ao método (ou técnica) da ponderação.

Nessa esteira, passa-se à abordagem de outras categorias atribuídas à nova hermenêutica constitucional, quais sejam: a colisão entre normas constitucionais e a ponderação.

Ao interpretar a Constituição, o operador do direito muitas vezes consegue harmonizar as normas constitucionais aplicáveis a determinado caso concreto. Porém, constitucionalistas apontam que não raramente normas constitucionais – aqui compreendidas as regras e os princípios – podem entrar em conflito. Assim, surgem as seguintes questões: quais os conflitos possíveis? Qual norma aplicar ao caso concreto? A aplicação de uma norma implica necessariamente na invalidação da outra?

Pois bem. A colisão de normas constitucionais, para os defensores do que seria uma nova hermenêutica constitucional, pode se dar entre princípios constitucionais (mesmo porque os princípios têm força normativa); entre direitos fundamentais; e entre direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Desse modo, quando o conflito ocorre entre princípios, o intérprete tem à sua disposição a ponderação, que “consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento” (ÁVILA, 2012, p. 164).

O método da ponderação é dotado de fases de implementação, mas a doutrina não é unânime neste tema. Humberto Ávila (2012), por exemplo, entende que a ponderação possui as

seguintes etapas: a) preparação: nesta etapa são analisados os elementos e argumentos envolvidos no conflito, ou seja, no caso do colisão entre princípios constitucionais, são identificados tais princípios; b) realização: nesta etapa é identificada a relação existente entre os princípios em conflito, devendo se estabelecer a relação de primazia entre um e outro; e c) reconstrução: nesta etapa faz-se a reconstrução da ponderação mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os princípios que estão sendo sopesados, visando a validade para além do caso concreto.

Ávila (2012, p. 166) salienta que “vários podem ser os critérios de ponderação. Especial atenção deve ser dada aos princípios constitucionais e às regras de argumentação que podem ser construídas a partir deles”.

Luís Roberto Barroso (2018), por sua vez, entende que a ponderação é composta das seguintes etapas: a) identificação das normas em conflito, as quais postulam incidência no caso; b) identificação dos fatos relevantes, considerando o caso concreto; e c) teste de soluções possíveis, para verificar qual melhor realiza a vontade constitucional.

Além de mencionar essas etapas a serem percorridas pelo intérprete que se vale do método da ponderação, Barroso (2018, p. 380) salienta que “todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade”²⁴.

Cabe mencionar, contudo, que o método da ponderação, especialmente na forma como vem sendo aplicado no Brasil, acaba envolvendo valoração subjetiva por parte do intérprete,

²⁴ Virgílio Afonso da Silva (2002) distingue os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade tanto na origem quanto na estrutura. A proporcionalidade tem sua origem em Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, sendo dotada de estrutura racionalmente definida, com elementos independentes (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) aplicados em ordem pré-estabelecida. Já a razoabilidade tem seu nascedouro em decisão proferida na Inglaterra, em 1948, sendo que o teste de razoabilidade guarda relação com uma análise pessoal do sujeito envolvido na aplicação da medida objeto de controle. Apenas, posteriormente, num debate sobre a adoção do *Human Rights Act* de 1998 na Inglaterra se falou sobre qual papel seria desempenhado pela proporcionalidade ao lado da razoabilidade. Se as expressões fossem sinônimas, não haveria razão para tal discussão. Portanto, uma medida desproporcional nem sempre será desarrazoada, visto que, para ser considerado desproporcional não é necessário que o ato seja extremamente irrazoável ou absurdo. Por outro lado, Luís Roberto Barroso (2018, p. 345) trata a razoabilidade e a proporcionalidade como um único princípio, entendendo que os termos são fungíveis: “o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto.

sendo que neste ponto residem as maiores críticas, haja vista que possibilita uma interpretação voluntarista ou pragmática do julgador, acutilando a imparcialidade e estimulando o ativismo judicial, na acepção que será conferida ao termo no próximo capítulo deste trabalho.

Dessa forma, para conferir legitimidade e racionalidade às decisões proferidas mediante a utilização do método da ponderação, evitando sua má utilização, a doutrina tem proposto algumas diretrizes ao intérprete, que deve adotar as seguintes providências em relação às referidas decisões:

a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento; a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador; b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas; c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos (BARROSO, 2018, p. 381).

Além de adotar as sobreditas providências ao proferir decisão judicial com base na ponderação, também deverá o intérprete, como já mencionado, orientar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, fazendo um cotejo entre os valores em conflito mediante concessões recíprocas, de forma fundamentada, o que fará valendo-se da teoria da argumentação jurídica.

Ao adentrar à temática da argumentação jurídica, última categoria tratada nesta subseção, deve-se, desde logo, considerar que a argumentação tem por finalidade a prolação de uma decisão judicial. Por sua vez, uma decisão judicial é um processo de aprendizagem que consiste numa ação humana, constituindo uma forma de comunicação racional. Assim, por ser racional, exige fundamentação (FERRAZ, 2019).

A fundamentação das decisões judiciais constitui consectário lógico de um Estado Democrático de Direito (CF, art. 93, IX). Em corolário, não se pode falar em Estado Democrático de Direito quando se permite aos órgãos jurisdicionais a prolação de decisões desprovidas de fundamentação jurídica, uma vez que o Estado opera por meio de leis e atos normativos em geral, que são concebidos em processo democrático por representantes do povo, do qual (povo) emana o poder estatal.

Ocorre que, segundo os expoentes da nova hermenêutica constitucional, a argumentação jurídica não se limita à motivação ou fundamentação de decisões judiciais, mas vai além disso, pois, valendo-se da técnica em estudo (argumentação jurídica), o julgador não

apenas aplica as normas jurídicas em vigor, mas cria o direito, cria uma norma para o caso concreto, fazendo-o mediante linguagem, racionalidade e convencimento²⁵.

Segundo Barroso (2018), a argumentação jurídica consiste no dever do juiz revelar o itinerário lógico, a racionalidade da trajetória percorrida para chegar a determinada solução para certo caso concreto. O referido constitucionalista reconhece a legitimidade democrática do juiz em participar, de forma criativa, da construção da norma jurídica aplicável em determinada situação, exigindo-se do magistrado, inclusive, justificação racional e moral, sem perder de vista o respeito às possibilidades semânticas dos textos legais.

Por conseguinte, a argumentação jurídica, nessa perspectiva, visa à concretização normativa, por meio de um processo de reflexão e racionalização lógica acerca dos fundamentos que levaram o julgador à construção da norma jurídica.

Embora a teoria da argumentação jurídica não pregue a subsidiariedade dos elementos normativos que compõem o ordenamento jurídico (mas sim a preferência), é inolvidável que o intérprete tem à sua disposição as cláusulas gerais manipuláveis pela argumentação. Além disso, em se tratando do Supremo Tribunal Federal, eventual equívoco ou abuso perpetrado pelo julgador não teria possibilidade de ser reparado por órgão revisor, vez que o Pretório Excelso julga em única ou última instância, muitas vezes com efeitos *erga omnes* e vinculante aos demais órgãos jurisdicionais e administrativos.

Como se verá no decorrer desta pesquisa, o direito penal não escapou desta manipulação resultante da combinação entre cláusulas gerais e teoria da argumentação.

2.4 (In)Compatibilidade da Nova Hermenêutica Constitucional com o Positivismo Jurídico

Conforme estudado no decorrer deste capítulo, a atividade de interpretação jurídica envolve cognição e criação por parte do intérprete, que tem à sua disposição processos tradicionais de interpretação, peculiaridades, princípios instrumentais e categorias ligadas ao que se denomina nova hermenêutica constitucional.

Defensores dessa nova hermenêutica constitucional costumam associa-la à superação do positivismo jurídico, alegando que o método da subsunção não é suficiente para lidar com

²⁵ Os elementos da linguagem, racionalidade e convencimento são citados por Luís Roberto Barroso (2018) ao tratar da teoria da argumentação jurídica.

os atuais problemas levados ao Judiciário, uma vez que muitas questões postas em juízo não possuem regras disponíveis no ordenamento, devendo o intérprete se socorrer de princípios para construir a norma adequada²⁶. Neste processo o intérprete trabalha com cláusulas gerais (conceitos jurídicos indeterminados) previstas na Constituição, confere eficácia normativa aos princípios constitucionais, aplica o método da ponderação mediante argumentação jurídica e, assim, resgata valores, reaproximando direito e moral.

Nessa esteira, observa-se dentre os partidários desta nova interpretação constitucional que, além da divergência que existe entre eles acerca da metodologia interpretativa da Constituição, existe uma tendência de impor ao positivismo jurídico a pecha do legalismo positivista (ou formalismo jurídico) do Estado Legislativo do século XIX, onde se destacaram a Escola da Exegese francesa e a Jurisprudência dos Conceitos alemã, que ressaltavam a figura do juiz exegeta (*bouche de la loi*). Referida estigmatização parece desconsiderar o fato de grandes juspositivistas, como Kelsen, Bobbio e Hart, já terem admitido a insuficiência da técnica subsunção pura e simples (mero silogismo), bem como o fato deles assentirem à ideia de criação do direito por parte dos juízes nas oportunidades em que não houver regra jurídica imediatamente aplicável ao caso concreto. Assim, mostra-se reducionista a crítica generalizada ao positivismo jurídico, pois em verdade se critica o positivismo clássico legalista.

Pois bem. Há pontos defendidos pela nova hermenêutica constitucional – e aqui considero os tópicos que foram expostos sob tal título neste trabalho – que são plenamente compatíveis com o modelo positivista adotado na pesquisa. Entretanto, há também pontos que revelam algumas incompatibilidades.

De pronto, cabe anotar que as peculiaridades inerentes às normas constitucionais e os princípios instrumentais, desde que utilizados como tais, são compatíveis com o modelo teórico do direito adotado nesta pesquisa, não havendo maiores considerações a serem feitas além das constantes da subseção acima.

Da mesma maneira, impende destacar que a fase de interpretação-aplicação de um texto normativo, encarada como processo que se dá a um só tempo no encontro entre o caso concreto e o sistema jurídico, tem sido bem recebida por vários positivistas. E o fazem com razão, pois não parece possível imaginar a interpretação de uma norma sem que se dê à luz de um caso concreto.

²⁶ Luís Roberto Barroso (2018), por exemplo, fala em superação do positivismo jurídico, mencionando que este se mostrou insuficiente para resolver os problemas jurídicos atualmente existentes na sociedade.

Eros Grau (2018), por exemplo, é categórico ao assumir o modelo positivista e defender que interpretação e aplicação do texto normativo não se realizam de forma autônoma, separada, mas num processo unitário. Ressalta que o texto normativo é alográfico, ou seja, depende do intérprete para mediar o caráter geral do texto e sua aplicação. Salienta que “a separação em duas etapas – a de interpretação e a de aplicação – decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção” (GRAU, 2018, p. 50). Portanto, logo se constata a existência de harmonia entre a grande tese (interpretação-aplicação) da chamada nova hermenêutica e o modelo positivista, que sustenta o predomínio das fontes estatais do direito com a prevalência das disposições constitucionais.

Em corolário à ideia positivista de prevalência do texto constitucional, pode-se afirmar que a eficácia normativa da Constituição e a normatização dos princípios constitucionais não são incompatíveis com o positivismo jurídico, em que pese também haja críticas nesse sentido. Convém repisar, neste particular, que Hans Kelsen (2006) já posicionava as normas constitucionais no ápice da pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico, evidenciando um reconhecimento de que as normas constitucionais eram superiores. Além disso, o referido jurista austríaco previu que constituições compostas de princípios dariam ensejo a um maior poderio por parte das Cortes Constitucionais em relação ao Poder Legislativo, haja vista a ampliação da jurisdição constitucional diante de normas tão abrangentes (princípios).

Nesse sentido, Elival da Silva Ramos (2015, p. 88):

A acuidade inigualável do pensamento de Kelsen anteviu as consequências que Constituições permeadas de normas-princípio, predefinindo o conteúdo material da legislação ordinária, acarretariam no plano das relações entre os Parlamentos e os Tribunais Constitucionais, em detrimento dos primeiros, algo que poderia inviabilizar a aceitação da própria jurisdição constitucional, em uma quadra em que ainda vigorava na Europa a regra estrutural da supremacia parlamentar. [...] Não resta a menor dúvida de que as constituições principiológicas traídas pelo constitucionalismo social-democrático e atuadas pela Cortes Constitucionais, de um lado, contribuíram para limitar, significativamente, a liberdade de conformação do direito infraconstitucional pelo Poder-Legislativo, porém, de outro, acentuaram a criatividade no exercício da jurisdição.

Destarte, no tocante à normatização dos princípios constitucionais e à supremacia da Constituição, mostra-se injustificada a adoção de uma postura antipositivista. Isto porque, cabe repetir, o positivismo jurídico não se reduz ao legalismo positivista ou formalismo jurídico, tampouco representa uma divinização da lei em sentido formal. O que se deve considerar, contudo, é que a aplicação de normas constitucionais pelos juízes, especialmente aquelas de caráter vago, deve se dar de forma sistemática, ou seja, considerando o ordenamento como um todo, não cabendo ao magistrado impor significados subjetivos aos textos, sob pena de dar lugar a interpretações voluntaristas, subjetivistas, carregadas de pressupostos morais, éticos,

religiosos, políticos, etc., visões particulares do julgador que não interessam às partes litigantes e tampouco aos postulados do Estado Democrático de Direito.

Não se pode olvidar o fato de os princípios serem deontológicos, cuja função precípua é conferir luz ao direito, revelando-o mediante uma interpretação sistemática. Os princípios não são teleológicos, ou seja, não são finalísticos e, por isso, a sua utilização isolada é nociva, visto que torna a interpretação exageradamente sujeita a arbitrariedades. Nessa esteira, escreve Luiz Henrique Diniz Araújo (2017, p. 111):

[...] ao tempo em que os princípios servem para descomprimir o sistema, a sua aplicação tem, na prática, levado a uma abertura interpretativa perigosa, uma vez que com a aparência de fundamentação juridicamente motivada muitas decisões descambam para o campo da discricionariedade desmedida. Os princípios tornam a atividade do juiz mais complexa, uma vez que é necessário aplicá-los de uma forma cautelosa e em cotejo com outros princípios e regras presentes no sistema, sob pena ampliação exagerada da discricionariedade judicial.

Portanto, não se nega a eficácia normativa da Constituição (a qual deixou de ser um diploma meramente político para assumir um caráter jurídico), mas alerta-se contra a utilização inadvertida de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos (como os princípios), pois tal prática enseja interpretação com alta carga de subjetividade e discricionariedade (que chega a equivaler à arbitrariedade), ainda que se diga que se buscou a solução jurídica dentro do próprio sistema, como ocorre no emprego de princípios extremamente amplos.

Enfim, repise-se que, num Estado Constitucional, não parece possível imaginar uma teoria do direito que deixe de lado o positivismo (FIGUEROA, 2007, p. 102). É imperioso que se considere a sistematização do direito à luz da Constituição, o que pode ser denominado legalidade constitucional (DÍAZ, 1983).

“Os princípios constitucionais são capazes de tudo disciplinar, ampliam a aplicabilidade do sistema jurídico, de modo que nada fique fora de sua qualificação deontológica” (FIGUEROA, 2007, p. 84). Assim, considerando justamente a abrangência e vagueza dos princípios constitucionais, não se pode admitir que um julgador se aproprie de um princípio, tampouco que crie um, para fazer valer seus intentos morais e solipsistas.

Logo, se de um lado a aplicação direta de disposições constitucionais a casos concretos não é incompatível com o positivismo defendido no presente trabalho, por outro lado, no tocante à utilização de cláusulas gerais, deve-se ter cautela, pois a ausência de uma interpretação sistemática e o emprego isolado de teleologia podem importar em arbítrio judicial.

Já no que se refere à ponderação em caso de conflito entre princípios constitucionais, é necessário considerar que tal técnica, em seu sentido original, foi proposta por Robert Alexy, tendo sido muito mal compreendida e, conseqüentemente, mal utilizada no Brasil.

Fausto Santos Morais (2018), em obra publicada pela editora Juspodivm, cujo título é “Ponderação e Arbitrariedade – A Inadequada Recepção de Alexy pelo STF”, analisou 189 (cento e oitenta e nove) casos em que o Supremo Tribunal Federal invocou a aplicação da técnica de ponderação alexyana, tendo constatado que as aplicações em tais casos se deram de forma equivocada e até mesmo arbitrária. Portanto, é imprescindível esclarecer o que é essa técnica (ou método) de ponderação.

Alexy (2006) desenvolveu uma técnica bastante complexa, em verdade uma fórmula lógica, para realização da ponderação de princípios, de maneira que ao final se obtenha uma regra aplicável ao caso concreto via subsunção. Sua fórmula identifica os princípios em conflito como “*P1*” e “*P2*”, mencionando que, se fossem considerados isoladamente, levariam a juízos concretos de dever ser contraditórios. O autor salienta que o conflito pode ser solucionado por meio do estabelecimento de uma relação de precedência incondicionada ou por meio do estabelecimento de uma relação de precedência condicionada. Assim, o jurista alemão nomina de “*P*” a relação de precedência entre os princípios. Além disso, as condições (suporte fático) sob as quais um princípio prevalece em relação ao outro são representadas pela letra “*C*”. Desse modo há quatro possibilidades hipotéticas: 1) *P1 P P2*; 2) *P2 P P1*; 3) (*P1 P P2*) *C*; e 4) (*P2 P P1*) *C*.

Diante das quatro possibilidades, Alexy (2006) descarta as duas primeiras, pois ele entende que nenhum princípio constitucional tem precedência absoluta, abstrata ou incondicionada em relação a outro, com exceção do princípio da dignidade da pessoa humana. Em corolário, remanescem apenas as duas últimas hipóteses, que expressam possibilidades de relação de precedência relativa, ou concreta, pois tais possibilidades dependerão das condições sob as quais um princípio deve prevalecer e outro deve ceder. Assim, se a precedência de um princípio ensejar a violação de direito fundamental, a sua aplicação deve ser vedada. Logo, a questão se resolve na dimensão do peso dos princípios que compõem a relação de precedência sob determinadas condições.

O resultado dessa fórmula aplicada é denominado “*R*”, pois consiste numa regra denominada consequência jurídica, de modo que, em termos um pouco menos complexos, “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2006, p. 99). Ademais, para estabelecer a lei de colisão em determinado caso, o intérprete deverá se valer do princípio da proporcionalidade, que o guiará no processo de escolha do princípio que, nas condições do caso concreto, proporcionará o melhor resultado.

Portanto, a ponderação idealizada por Alexy não é tão simples quanto os processos subjetivos de sopesamento que são vistos na prática forense tupiniquim. Não basta um magistrado apanhar dois princípios e escolher um deles com base em suas idiossincrasias e valores morais, religiosos, políticos ou éticos, ainda que tente, valendo-se da retórica argumentativa, dar substrato às suas conclusões.

Como se não bastasse, consoante se verifica da exposição supra – isso já foi pontuado no primeiro capítulo – ainda que aplicada da forma correta (nos termos propostos na fórmula supracitada), a proposta de Alexy gera insegurança. Embora ele entenda que princípios são considerados mandados de otimização, tendo um núcleo mínimo, intangível, inatacável e inviolável, por outro lado, este núcleo apenas pode ser aferido num caso concreto de colisão de princípios (relação de precedência condicional) e não abstratamente (relação de precedência incondicional). Desse modo, Alexy adota uma teoria relativa sobre os núcleos dos princípios, o que dá ensejo à insegurança, pois, em última análise, o intérprete é quem vai escolher o princípio prevalente diante do caso concreto, impondo seus interesses e valores, o que equivale a trazer a moral para o direito por ocasião da decisão judicial.

Tércio Sampaio Ferraz Jr (2019), malgrado entenda que a ponderação de princípios como instrumento da argumentação jurídica representa um importante resgate moral para a aplicação do direito, por outro lado, assevera que tal ponderação também representa um risco para a segurança jurídica, haja vista a existência de certa indeterminação de conteúdo. O autor arremata dizendo que “a indeterminação na ponderação surge em função de uma apreciação da justiça da norma jurídica” (FERRAZ JR, 2019, p. 310).

Eros Grau (2018, p. 25), ex-ministro do Supremo Tribunal Federal – e aqui faço questão de repisar que ele mesmo se considera positivista – esclarece que “a chamada *ponderação entre princípios* nos coloca amiúde em situações de absoluta insegurança, incerteza”. Menciona, ainda, que não é possível a ponderação de princípios do direito, mas tão somente de valores, pois a ponderação entre princípios retira-lhes o caráter jurídico normativo que os define como normas jurídicas. Ademais, o autor atribui às pré-compreensões, ideologias e à subjetividade do julgador a escolha de um princípio em detrimento do outro quando se emprega a técnica da ponderação:

Juízes, especialmente *juízes constitucionais*, têm lançado mão, intensamente, da técnica da chamada *ponderação entre princípios* quando diante do que a doutrina qualifica como *conflito entre direitos fundamentais*. Como, porém, inexistente no sistema jurídico qualquer regra a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias (GRAU, 2018, p. 119, destaques do autor).

Exemplificando o subjetivismo e o grau de insegurança presentes na ponderação, Eros Grau (2018) traz à memória o julgamento do *Habeas Corpus* 82.424-RS no Supremo Tribunal Federal (caso do livro antissemita), no qual os Ministros Marco Aurélio Mello e Gilmar Ferreira Mendes, entendendo pela colisão dos direitos fundamentais consistentes na liberdade de expressão e na dignidade do povo judeu, aplicaram a ponderação (no caso, traduzida como proporcionalidade) e chegaram a conclusões opostas²⁷.

Por conseguinte, a harmonização da ponderação com o positivismo jurídico e, até mesmo se poderia dizer, com o Estado Constitucional de Direito, não parece viável.

Quanto à teoria da argumentação jurídica, a sua compatibilidade com o positivismo jurídico demanda delimitar o que se entende por argumentação.

Se a argumentação for entendida como uma forma de expressão racional e persuasiva da fundamentação de uma decisão judicial, adotando-se uma interpretação que não fuja das balizas democráticas fincadas pelo ordenamento jurídico como um todo, não há qualquer motivo para opor qualquer objeção à referida teoria. A par disso, cabe anotar que toda decisão judicial decorre de uma ação humana, tratando-se de uma forma de comunicação racional do direito aplicável ao caso concreto. Assim, sob esta perspectiva, não há como se negar que toda decisão judicial é dotada de argumentação jurídica, mormente pelo fato de a fundamentação dos provimentos jurisdicionais ser indissociável do Estado Democrático de Direito (CF, art. 93, IX).

No entanto, como visto na subseção anterior, há quem entenda que a teoria da argumentação vai além de um raciocínio jurídico persuasivo voltado a conferir fundamentação à decisão judicial à luz do ordenamento jurídico como um todo. Nessa linha, defendida por Barroso (2018), entende-se que o julgador possui legitimidade democrática para, valendo-se da argumentação jurídica, construir a norma aplicável a determinado caso concreto, mediante justificação não apenas racional, mas também moral, valendo-se especialmente de textos normativos abertos e princípios gerais de direito. Aqui reside a incompatibilidade com o positivismo jurídico, nos moldes em que adotado neste trabalho.

²⁷ Nas palavras de Eros Grau (2018, p. 25), a essência dos votos contrapostos foi a seguinte: “(i) Marco Aurélio – restrição à liberdade de expressão provocada pela condenação à publicação do livro antissemita *não é uma medida adequada, necessária e razoável*; logo, *não constitui uma restrição possível, permitida pela Constituição*; (ii) Gilmar Mendes – a restrição à liberdade de expressão causada pela necessidade de se coibir a intolerância racial e de se preservar a dignidade humana é restrição adequada, necessária e proporcional; logo, permitida pela Constituição” (*sic*).

A teoria da argumentação foi idealizada por Alexy (2006) para conferir racionalidade ao que ele denominava de irracionalidade da jurisprudência dos valores²⁸, estando intimamente ligada ao método da ponderação. Porém, aqui no Brasil, referida teoria tem sido aplicada de maneira descontextualizada, mediante uma mixagem teórica entre a argumentação e jurisprudência dos valores (STRECK, 2011), tendo a importação alimentado o protagonismo judicial e desprezado a legalidade constitucional.

Lênio Streck (2011) menciona o *Habeas Corpus* 82.424-RS – cujo objeto foi a colisão dos direitos fundamentais consistentes na liberdade de expressão e na dignidade do povo judeu – para demonstrar a insegurança decorrente da sobredita importação descontextualizada. O autor relata que a solução para a controvérsia posta diante do Supremo Tribunal Federal era simples, bastando um claro entendimento do que vem a ser a garantia constitucional da liberdade de manifestação do pensamento e seus respectivos limites, não havendo nada que se ponderar. Confira-se as palavras de Streck (2011):

Parte do Tribunal entendeu que se estava diante de uma colisão de princípios constitucionais. Princípios estes que, por sua vez, assentavam-se em “valores” conflitantes entre si. Nesse sentido, o Min. Carlos Ayres Britto, após ver no caso uma “*contradição entre princípios jurídicos*”, com “modelos normativo-principiológicos em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca exclusão”, entendeu, por juízo de “*proporcionalidade*”, que os fatos atribuídos a Ellwanger eram penalmente atípicos, frente à liberdade de expressão. O Min. Marco Aurélio de Mello igualmente colocou a liberdade de expressão e a vedação ao racismo na balança, e, ao *fazer a ponderação dos valores em jogo* (inclusive com citação expressa de Alexy e referência ao caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha em 1958 e tido como pioneiro na ponderação de princípios), concluiu pela primazia da liberdade. De todo modo, é preciso anotar que, muito embora tenha sido objeto de inúmeros debates e tenha rendido uma longa discussão na Suprema Corte (o acórdão tem não menos que 488 laudas!), *a solução da controvérsia era, na verdade, constrangedoramente simples*. Não havia nada a ponderar, por uma simples razão: a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente *não abarca a liberdade de manifestar um pensamento racista*. Simples, pois. E racismo é crime. Imprescritível. Nesse sentido, o voto do Min. Celso de Mello. Em linha similar, o Min. Gilmar Mendes lembrou que as sociedades democráticas não conferem direitos de expressão aos discursos de ódio (*hate speeches*), pela singela razão de que tais discursos comprometem a própria democracia.

Do trecho acima denota-se a descontextualizada utilização da teoria da argumentação aliada ao método da ponderação, visto que, como bem salientado por Streck (2011), no caso posto a julgamento perante a Suprema Corte nacional, não havia qualquer conflito de direitos

²⁸ Segundo Lênio Streck (2011), a jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*) surgiu na Alemanha do século XX e “serviu para equalizar a tensão produzida depois da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Com efeito, nos anos que sucederam a consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada”.

fundamentais a ser objeto de ponderação, bastando para a solução do caso uma simples compreensão de que a garantia constitucional da liberdade de manifestação do pensamento (CF, art. 5º, IV) não protege discursos de ódio e tampouco autoriza a manifestação de pensamento racista, que inclusive configura tipo penal previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

Pois bem. Sem mais delongas, dentre as categorias atribuídas à nova hermenêutica constitucional, cumpre pontuar que a técnica da ponderação (especialmente na forma equivocada como é utilizada no Brasil) e a teoria da argumentação jurídica (na última definição retomada neste tópico) não se mostram compatíveis com o positivismo jurídico moderado, trazem insegurança jurídica e dão ensejo ao ativismo judicial, pois acabam legitimando decisões que, em última análise, são carregadas de valores particulares do julgador e, ao invés de refletirem juízos de legalidade à luz da Constituição, revelam juízos de oportunidade do magistrado, vilipendiando o Estado Democrático de Direito. Nunca é demais lembrar que “ainda que não seja o juiz meramente a boca que pronuncia as palavras da lei, sua função – dever-ser – está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízo de legalidade” (GRAU, 2018, p. 91-2). Caso contrário, deixa-se de lado a democracia para se lançar aos braços da *juristocracia*²⁹.

2.5 Peculiaridades na Interpretação de Leis Penais

A partir do século XVI, a base filosófica da teoria do direito concentrava-se no jusnaturalismo, pois acreditava-se que as leis humanas sobre as quais se fundava o sentido de justiça corresponderiam ao bom senso, ao razoável e não dependeriam da existência de regras concretas (ou seriam consideradas até mesmo superiores a estas). Apesar de se ter a justiça como critério de validade do direito, denota-se que o modelo de Estado do século XVI era absolutista, uma vez que o conceito de justiça ficava nas mãos do monarca, que tinha seus critérios pessoais e absolutos para definir o que era ou não era justo, tendo como limite apenas Deus (MENDONÇA, 2018), razão pela qual o direito natural era considerado supremo e era concentrado nas mãos de um governante.

Portanto, até o século XVIII vigia no direito penal o arbítrio do julgador. Carlos Maximiliano (2008, p. 261) esclarece que, “em Roma, sobretudo na esfera criminal, não se distinguia, como hoje, entre as funções de legislador e as de juiz; gozava este de autoridade

²⁹ Termo utilizado por Vanice Regina Lório do Valle (2009).

enorme, quase sem peias”. Esta concepção permaneceu até o século XIX, com o surgimento do positivismo, que no modelo essencialmente formalista da época afastou a possibilidade de o julgador impor seus valores morais, seus critérios pessoais de justiça, ética, religião, etc., consolidando-se, no referido período, o princípio da legalidade, que trazia consigo o princípio reserva legal, como reação ao arbítrio judicial.

Consoante já mencionado no primeiro capítulo desta pesquisa, o alemão Paul Johann Anselm Von Feuerbach, autor do Código Penal da Baviera em 1813, além de trazer a noção de bem jurídico penal, defendeu a, atualmente conhecida, expressão *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), que se encontra positivada no Código Penal Brasileiro (art. 1º) e na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXIX). Pode-se dizer que referida expressão compõe a coluna vertebral do direito penal brasileiro, constituindo obstáculo à integração e criação, pelo Judiciário, de normas penais incriminadoras. O desrespeito a este postulado importa em violação a uma das maiores garantias constitucionais previstas no art. 5º da Carta Republicana (senão a maior garantia) e, em corolário, representa enorme risco à segurança jurídica dos indivíduos, mormente considerando que a pretensão punitiva estatal atinge diretamente o direito à liberdade de ir e vir.

O brocardo *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* constitui o que a doutrina penal denomina princípio da legalidade, que constitui cláusula pétrea na Constituição Federal (CF, art. 5º, XXXIX, c.c. art. 60, §4º, IV) e se desdobra em outros quatro princípios: anterioridade da lei (*lege praevia*), reserva legal (*lege scripta*), proibição de analogia *in malam partem* (*lege stricta*) e taxatividade da lei (*lege certa*).

A *anterioridade da lei* “significa que uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a um fato concreto, caso tenha tido origem antes da prática da conduta para a qual se destina” (NUCCI, 2013, p. 51). Da anterioridade decorre, como corolário lógico, a irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL). Já a *reserva legal* preconiza que somente a lei (e aqui se fala no aspecto formal) pode criar infrações penais (crimes e contravenções) e prever as respectivas sanções, sendo vedado que medidas provisórias, por exemplo, possam tratar de matéria criminal (CF, art. 62, §1º, inc. I, alínea *b*). Portanto, a reserva legal possui “indiscutível dimensão democrática, pois representa a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal” (MASSON, 2014, p. 5). Por sua vez, a proibição de analogia *in malam partem* significa que, embora a analogia possibilite ao intérprete, havendo lacuna legislativa, integrar o ordenamento mediante aplicação de norma reguladora de caso semelhante, no direito penal a legalidade não permite o

emprego da analogia *in malam partem*, ou seja, em prejuízo do réu. Por fim, quanto à taxatividade, pode-se dizer que “as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida, em relação ao seu cumprimento, por parte do destinatário da norma” (NUCCI, 2013, p. 55).

Por conseguinte, a lei penal é fonte formal imediata do direito penal, haja vista o princípio da reserva legal, devidamente positivado em nosso ordenamento constitucional (CF, art. 5º, XXXIX) e infraconstitucional (CP, art. 1º). Assim, cabe apenas ao legislador, por competência constitucional, criar tipos penais prevendo crimes ou contravenções, bem como cominar as respectivas penas.

A propósito, tal como ocorre em países como Espanha, Alemanha, Itália e França, em alguns casos o legislador tem o dever constitucional de criminalizar condutas lesivas a determinados bens jurídicos eleitos pela Constituição Federal como sendo de tamanha importância que não podem estar desprovidos de proteção na esfera criminal. Tais ordens emanadas do próprio texto constitucional são denominadas mandados constitucionais de criminalização, podendo ser citadas como exemplos condutas que possam caracterizar racismo (art. 5º, XLI e XLII), tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, crimes hediondos (art. 5º, XLIII) e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV).

Nesse sentido, vale trazer a lume as lições de Cléber Masson (2014, p. 5-6, destaques do autor):

A Constituição Federal brasileira, seguindo o modelo de algumas constituições europeias, estabelece mandados explícitos e implícitos de criminalização (ou penalização). Cuida-se de hipóteses de obrigatória intervenção do legislador penal. Com efeito, os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. Os mandados de criminalização **explícitos** contidos na Constituição Federal são encontrados nos arts. 5º, incisos XLII (racismo), LXIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e §3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais), 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores), 227, §4º (abuso, violência e exploração sexual da criança ou adolescente) e 225 (condutas lesivas ao meio ambiente). Há também os mandados **implícitos** de criminalização, podendo ser citado o exemplo do necessário e urgente combate eficaz à corrupção eleitoral. Alguns mandados de criminalização já foram atendidos pelo legislador ordinário, de modo satisfatório (é o caso da Lei 8.072/1990, que definiu os crimes hediondos, e, juntamente com os assemelhados, a eles conferiu tratamento mais severo); outros de forma insuficiente; vários simplesmente ignorados.

Como se verifica no trecho acima transcrito, Masson menciona outros exemplos de mandados constitucionais de criminalização e, além disso, faz referência não apenas aos mandados de criminalização expressos, mas também aos implícitos, revelando a partir da Constituição Federal bens jurídicos que não prescindem de proteção penal. Nesse sentido, diante de peculiaridades impostas pela Constituição Federal ao direito penal, não se pode ignorar que o próprio legislador penal tem sua liberdade, na atividade de elaboração das leis, bastante afetada, o que implica dizer que maior ainda é a liberdade do julgador ao interpretar e aplicar as leis penais, sob pena de usurpação de funções e violação à tripartição dos poderes, que decorre do Estado Democrático de Direito.

Retomando conceitos trabalhados no primeiro capítulo deste trabalho, cabe pontuar que a grande divergência doutrinária existente entre os partidários de uma hermenêutica mais próxima do positivismo (que embora se valha de uma interpretação sistemática da legislação, refuta a impressão de valores do intérprete na aplicação da lei e está mais próxima de um modelo de Estado liberal) e os partidários de uma hermenêutica mais afeta ao jusnaturalismo e ao pós-positivismo (que permite a impressão de critérios valorativos na aplicação da lei, tais como critérios morais, políticos e éticos, abraçando um modelo de Estado social), quando envolve a efetivação de direitos sociais, estimula o debate e, nessa perspectiva, tem seu lado positivo. É inegável que, mesmo para os partidários de uma hermenêutica mais positivista – aqui não se fala num retrógrado formalismo jurídico ou num positivismo clássico legalista – a interpretação de textos normativos que envolvam direitos sociais confere ao julgador uma certa liberdade criativa, muitas vezes decorrente do próprio texto objeto de interpretação. Entretanto, quando se fala em direito penal, o aplicador do direito deve estar atento aos postulados constitucionais que indubitavelmente restringem, em muito, sua liberdade e limitam o debate acima mencionado, pois a adoção de critérios hermenêuticos ligados ao jusnaturalismo e ao pós-positivismo pelo intérprete-aplicador da norma acaba representando um afastamento da dogmática penal e uma prevalência de critérios de política criminal, em decorrência dos quais o hermeneuta se deixa levar, primeiramente, pelo senso de justiça, tomando para si a prerrogativa de dizer o que é justo e o que não é justo. Em corolário, a segurança jurídica é posta em risco.

Sobre o tema, pertinentes as palavras de Jorge André de Carvalho Mendonça (2018):

A evolução do estatuto da política criminal perante a dogmática jurídico-penal somente foi alcançada quando as concepções próprias do Estado de Direito formal, de natureza liberal e individualista, e do Estado Social, despreocupado com as regras de Direito, cederam espaço à ideia do chamado “Estado de Direito material contemporâneo”. Este, mesmo conservando um sistema rígido de legalidade, se deixa mover por considerações de “justiça”. A solução do caso concreto, agora, primeiro

tem que ser “justa”, ainda que simultaneamente adequada ao sistema jurídico-penal. Seria uma fase equivalente à do novo constitucionalismo [...] do período pós-guerra. O grande problema é saber quando a decisão do caso concreto é justa e para quem ela é justa, especialmente diante das suas implicações mais graves na área penal.

Mendonça revela sua preocupação com a adoção de critérios de justiça pelo julgador, pois, além da indeterminação do conceito de justiça, há também o problema envolvendo a seguinte indagação: para quem a decisão é justa? A decisão é justa para o julgador ou para o destinatário dela? No caso do aborto, por exemplo, uma interpretação que resulta numa decisão descriminalizadora seria justa para quem? Para quem pratica o aborto? E quanto ao nascituro que suporta o aborto? Como se denota, a preocupação do autor é legítima e dela se pode inferir que, no direito penal, a supremacia de critérios de política criminal com a colocação da dogmática em segundo plano acaba pondo em xeque a segurança jurídica.

Jeremy Waldron (2003) sustenta a dignidade da legislação fundada num processo político que resulta numa posição prevalente sobre determinado assunto, esclarecendo o seguinte: “se chamamos a medida identificada como a posição da comunidade o *direito* dessa comunidade, então, a flexibilidade da prática a que acabo de me referir é aquilo (ou parte daquilo) que queremos designar como o *estado de direito*” (WALDRON, 2003, p. 44, destaques do autor). Logo, a posição prevalente a respeito de determinado assunto é exteriorizada pelos representantes do povo, o que decorre do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, Joseph Raz (2013), invocando a postura de Hart e contrastando com a posição de Dworkin³⁰, sustenta que não é necessário ser consciente do conceito de direito para que uma sociedade seja governada pelo direito. Portanto, se não é sequer necessário ter consciência do conceito de direito para que uma comunidade seja por ele governada, com maior razão não é necessário que se concorde com a justiça de determinada legislação para que esta venha a exercer autoridade sobre uma comunidade. Nesse sentido, Waldron (2003, p. 44) faz questão de mencionar que os desacordos morais existentes numa comunidade são solucionados pelo direito produzido naquela comunidade:

Compreendido dessa maneira, o estado de direito não é simplesmente o princípio de que os funcionários e os cidadãos devem aplicar e a lei mesmo quando ela vai contra seus interesses. É o princípio de que um funcionário ou um cidadão deve fazer isso mesmo quando a lei – na sua opinião – for injusta, moralmente incorreta, ou mal orientada como questão de política.

³⁰ Raz (2013, p. 91) anota que “Dworkin assume que o ser consciente do conceito de direito é necessário para existência do direito em qualquer sociedade. Para ele, o direito é uma prática interpretativa que só existe em sociedades que são conscientes da natureza dessa prática e de seu caráter interpretativo, e, portanto, possuem o conceito de direito”

Assim, não pode um julgador deixar de aplicar uma lei sob o argumento de que ela é injusta, tampouco pode o cidadão desobedece-la sob o mesmo argumento, pois, conforme Waldron (2003), tais comportamentos equivaleriam ao abandono da própria ideia de lei, retornando-se à situação em que cada pessoa age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece bom. No direito penal, essa questão envolvendo a dignidade da legislação é mais intensa, haja vista a legalidade penal e os bens jurídicos envolvidos.

Hermes Zaneti Jr (2017), atento às peculiaridades que envolvem o direito penal em relação aos demais ramos do direito, reconhece a impossibilidade de se abandonar a codificação penal com a facilidade com que se abandona, por exemplo, a codificação civil. O autor menciona que a descodificação de matérias cíveis observaria uma lógica absolutamente distinta da descodificação de matérias penais, asseverando que, no campo do direito civil, quanto menos taxatividade na lei, mais liberdade, enquanto no campo do direito penal, quanto menos taxatividade da lei, menos liberdade. Logo, em matéria criminal, a tutela da liberdade está intimamente ligada à garantia constitucional da legalidade. Consequentemente, se a interpretação-aplicação do texto normativo penal deixar de lado a legalidade, especialmente consubstanciada na reserva legal e na taxatividade, confere-se espaço ao arbítrio do julgador, que por sua vez importa em mitigação da tutela da liberdade.

Poder-se-ia questionar se o abandono da legalidade em benefício do acusado também seria nocivo. A resposta é positiva. Da mesma forma que a liberdade individual constitui um direito fundamental, a segurança também constitui um direito fundamental, estando prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, razão pela qual a escolha, pelo legislador (eleito democraticamente), de bens jurídicos penalmente tutelados e taxativamente previstos em lei deve ser respeitada, sobretudo num país que adota o modelo da *civil law*; e mais ainda quando a norma penal incriminadora decorre de mandado constitucional de criminalização, tal como no crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Nesse cenário de relativização da legalidade (seja em favor do réu, seja em seu desfavor) tem lugar o que se entende por ativismo judicial em matéria penal.

Por conseguinte, ainda que em outras esferas do direito seja plausível um debate entre modelos jusnaturalista, positivista e pós-positivista na interpretação-aplicação da legislação, não se pode ignorar que o direito penal possui peculiaridades que restringem tal debate e parecem favorecer o positivismo, a codificação, a certeza, a interpretação estrita, a taxatividade, dada a exigência constitucional de absoluto respeito à legalidade, que de um lado tutela o direito fundamental à liberdade e, de outro, protege o direito fundamental à segurança.

Norberto Bobbio (1995a) estabelece uma relação entre o que ele denomina positivismo ético moderado e o princípio da legalidade, mencionando que não constituem instrumentos de regimes totalitários, como o nazismo e o fascismo. O autor salienta que são injustificadas as críticas advindas da posição jusnaturalista contra a sobredita ideologia positivista, pois esta versão moderada do positivismo não conduz à estatolatria e tampouco ao totalitarismo político, mesmo porque “considerar a ordem, a igualdade formal e a certeza como os valores próprios do direito representa uma sustentação ideológica a favor do Estado liberal e não do Estado totalitário ou, de qualquer maneira, tirânico” (BOBBIO, 1995a, p. 236).

O jurista italiano prossegue mencionando que, diferentemente do alegado por alguns³¹, a ideologia do nazismo é contrária à referida perspectiva positivista, pois no positivismo o juiz deve decidir com base na lei, enquanto no nazismo o juiz deve decidir como base no interesse político do Estado. Assim, contrariando o princípio da reserva legal (*nullum crimen, nullum poena sine lege*), “a ideologia nazista sustentava que deveriam ser considerados como delitos todos os atos contrários ao ‘são sentimento popular’ – *gesundes Volksempfinden* – mesmo se não previstos como crimes pela lei” (BOBBIO, 1995a, p. 236). Concluindo o raciocínio, pertinente compilar o seguinte:

[...] especialmente na Itália, o *princípio da legalidade* – segundo o qual o direito deve fundar-se na lei, isto é, em normas gerais abstratas e não em comandos individuais, princípio que já o pensamento grego considerava como próprio da democracia, definida exatamente como governo de leis em contraposição ao governo de homens – é reivindicado pelos juspositivistas (por exemplo, por Calamandrei) não para sustentar o fascismo, mas para opor um obstáculo às suas arbitrariedades. Dizer que a lei deve ser obedecida significava, sob regime passado, defender a liberdade individual lesada pelos abusos do poder político, que não respeitava a lei (já que o dever de obedecer à lei diz respeito não só aos cidadãos, mas também aos órgãos de Estado) (BOBBIO, 1995a, p. 236).

Destarte, o princípio da legalidade penal, à luz do juspositivismo, não implica numa divinização do direito estatal, tampouco fundamenta ideologias totalitárias. Aproxima-se, por outro lado, de uma perspectiva estatal mais liberal, sem perder de vista a proteção do regime democrático, pois a legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*) tutela a liberdade dos indivíduos frente aos possíveis arbítrios do Estado (que ocorriam, por exemplo, em regimes

³¹ Malgrado a obra de Bobbio ter sido publicada há mais de duas décadas, até hoje há quem prossiga associando o positivismo a regimes autoritários como o nazismo e o fascismo. Luís Roberto Barroso (2018, p. 279-280), por exemplo, menciona que “em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos promoveram a barbárie em nome da lei”.

totalitários, em que as decisões judiciais eram tomadas de acordo com o interesse político do Estado e não com fundamento na lei).

Em suma, as peculiaridades inerentes à hermenêutica aplicada a textos normativos que abordam matéria penal fortalecem o modelo positivista adotado nesta pesquisa e constituem obstáculos ao ativismo judicial, frequentemente realizado pelo emprego de cláusulas gerais (em especial, os princípios) que, em razão da vagueza, admitem ampla interpretação e atribuição de significados variados, mediante critérios morais, éticos, políticos, etc. Referidas peculiaridades podem ser sintetizadas como sendo: a superação do Estado absolutista, no qual o monarca concentrava em suas mãos a prerrogativa de dizer o que era justo num determinado caso concreto, independentemente da existência ou do teor de normas concretas; a consolidação do postulado da legalidade penal como cláusula pétrea na Constituição Federal, abrangendo a reserva legal, a taxatividade, a vedação da retroatividade da lei mais gravosa e a proibição da analogia *in malam partem*; a importância dos bens jurídicos ligados ao direito penal, envolvendo os direitos fundamentais relacionados à liberdade e à segurança; o respeito aos mandados constitucionais de criminalização, que restringem até mesmo a liberdade dos legisladores na elaboração de leis penais, tanto mais a liberdade dos julgadores na interpretação-aplicação das leis dessa natureza; o respeito à dignidade da legislação penal representada pela escolha democrática (efetuada pelos representantes do povo – legisladores) dos bens jurídicos protegidos mediante a tipificação taxativa de condutas em leis penais; e a impossibilidade de se abandonar a codificação penal com a facilidade que se abandona a codificação civil, uma vez que, no direito penal, quanto maior a taxatividade, mais se protege o direito à liberdade.

Prosseguindo na análise de particularidades inerentes às leis penais, impende encerrar esta sessão expondo a classificação que a doutrina costuma fazer em relação a tais leis.

Com efeito, segundo Cléber Masson (2014), elas se classificam em: a) incriminadoras: criam crimes e cominam penas; b) não incriminadoras³²: não criam crimes e nem cominam penas; c) completas ou perfeitas: contêm todos os elementos da conduta considerada criminosa; e d) incompletas ou imperfeitas: reservam a definição da conduta criminosa a uma outra lei (lei

³² As leis penais *não incriminadoras* podem ser: 1) *permissivas*: autorizam a prática de condutas previstas como crime ou contravenção, pois são excludentes de ilicitude (v.g. legítima defesa, estado de necessidade, etc.); 2) *exculpantes*: excluem a culpabilidade ou a punibilidade do agente; b3) *interpretativas*: esclarecem o conteúdo ou o sentido de outras leis penais; b4) *de aplicação, finais ou complementares*: delimitam o campo de validade das leis incriminadoras; b5) *diretivas*: guiam o intérprete, estabelecendo princípios de uma matéria; b6) *integrativas ou de extensão*: complementam a tipicidade no que diz respeito ao nexo de causalidade em crimes omissivos impróprios (CP, art. 13, § 2º), na tentativa (CP, art. 14, II) e na participação (CP, art. 29, *caput*) (MASSON, 2014).

penal em branco homogênea³³), a um ato administrativo (lei penal em branco heterogênea³⁴) ou ao juiz (tipos abertos³⁵).

No que se refere aos processos interpretativos, a doutrina penal costuma dividi-los quanto ao sujeito, quanto aos meios e quanto aos resultados.

A interpretação quanto ao sujeito pode ser: a) autêntica: decorre do próprio texto legal, sendo fornecida pelo próprio Poder Legislativo (ex: definição de funcionário público para fins penais no art. 327 do Código Penal); b) judicial: é oriunda dos tribunais, sendo conhecida por meio de suas decisões reiteradas que, em regra não são vinculantes (exceto as chamadas Súmulas Vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal); e c) doutrinária: é produzida por doutrinadores, ou seja, estudiosos do direito que desenvolvem temas ligados ao direito penal. Esta interpretação não é vinculante.

Quanto aos meios utilizados, o direito penal segue os mesmos processos tradicionais já expostos neste capítulo, quais sejam: a) gramatical ou literal; b) histórico; c) sistemático; e d) teleológico. Em razão destes processos já haverem sido abordados no início deste capítulo, não há necessidade explica-los novamente, pelo que se remete o leitor ao que já fora consignado.

Por sua vez, quanto ao resultado obtido, a interpretação da lei penal é classificada em: a) declarativa: a interpretação da lei corresponde exatamente às suas palavras; b) restritiva: o intérprete restringe o sentido e o alcance das palavras utilizadas pelo legislador, haja vista que este disse mais do que queria (ex: considerar maus antecedentes tão somente condenações com trânsito em julgado; c) extensiva: o intérprete estende o sentido e o alcance das palavras utilizadas pelo legislador, haja vista que este disse menos do que queria (ex: considerar compreendido o cárcere privado no crime de extorsão mediante sequestro do art. 159 do Código Penal). É importante consignar que a interpretação extensiva não viola a legalidade, pois a norma é interpretada dentro dos seus próprios limites semânticos; e d) analógica: ocorre quando

³³ A lei penal em branco homogênea ou em sentido lato é aquela em que “o complemento tem a mesma natureza jurídica e provém do mesmo órgão que elaborou a lei penal incriminadora” (MASSON, 2014, p. 13).

³⁴ A lei penal em branco heterogênea ou em sentido estrito é aquele em que “o complemento tem natureza jurídica diversa e emana de órgão distinto daquele que elaborou a lei penal incriminadora (ex: art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, pois a relação de drogas está prevista em portaria da ANVISA)” (MASSON, 2014, p. 13).

³⁵ Nos tipos penais abertos a descrição da conduta é bastante ampla, razão pela qual abrange uma gama de situações muito grande, exigindo do julgador a identificação da ilicitude (ex: tipos penais culposos; a expressão *qualquer atentado* no crime de abuso de autoridade previsto no art. 3º da Lei 4.898/65). Entretanto, a abertura decorre da própria redação legal, não havendo falar-se em violação da legalidade pelo julgador quando atribui sentido racional a um tipo aberto.

a lei se utiliza de uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica, servindo aquela como padrão interpretativo para esta.

Enfim, no que concerne à interpretação das leis penais, importante recomendação é fornecida por Carlos Maximiliano (2008, p. 266-267):

Tanto ao apurar a criminalidade, como ao verificar a existência de circunstâncias agravantes, o fanal do juiz deverá ser a interpretação exata, o sentido estrito da lei. O brocardo não autoriza o julgador a criar pena mais branda, nem a forçar a exegese de modo que resulte absolvição, ou, pelo menos, castigo menor: permiti-lo importaria em escancarar a porta ao arbítrio sentimental, à piedade mórbida, em se tratando de aplicar o Direito. Quer no campo da prova, quer no da Hermenêutica, o tribunal procurará sempre atingir a verdade, e só depois de verificada a impossibilidade de a descobrir e revelar, nítida, precisa, optará pela solução mais benigna.

Como se denota, deve o juiz buscar o exato sentido da lei penal, interpretando-a estritamente, não podendo se desviar dessa premissa, seja para infligir punição a fatos não contemplados na lei, seja para absolver o réu ou mitigar a sanção penal prevista em lei, forçando a interpretação.

É importante que se diga, à luz do que fora mencionado neste capítulo acerca da interpretação constitucional e, especialmente, da supremacia da Constituição, que não se está, agora, adotando uma postura positivista clássica legalista (formalismo jurídico) divinizando as leis penais, pois é inegável que “a Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria” (BARROSO, 2018, p. 421). O que se pretende é chamar a atenção para algumas peculiaridades que envolvem a hermenêutica penal.

Não obstante as leis penais devam ser interpretadas sob o farol da Constituição, é salutar que se advirta que o texto constitucional não pode servir de pretexto para voluntarismos empregados por julgadores que, sendo habilitados no manejo de cláusulas gerais (princípios e conceitos jurídicos indeterminados), mediante a utilização da técnica da ponderação e da teoria da argumentação jurídica, deixam de buscar o sentido estrito da lei para impor suas vontades morais, deixando em segundo plano cláusulas pétreas consistentes, por exemplo, na garantia constitucional da legalidade penal e nos mandados constitucionais de criminalização. É aqui que reside a cautela necessária para evitar o ativismo judicial, que será tema do próximo capítulo.

Apenas para finalizar esta seção e, mais uma vez, sintetizar pontos importantes que foram abordados, pode-se dizer que, especificamente em relação à legislação penal, esta não afasta os processos hermenêuticos tradicionais aplicáveis às demais leis que compõem o ordenamento jurídico, nem tampouco afasta as particularidades inerentes à hermenêutica

constitucional compatíveis com o modelo de teoria do direito assumido nesta pesquisa. No entanto, é imprescindível atentar-se para as sobreditas peculiaridades inerentes à hermenêutica penal, das quais resultam diversos desdobramentos, valendo mencionar: a) a lei penal apenas compreende os casos expressa e estritamente nela previstos, isto é, não se permite que, por meio da interpretação, o texto normativo incriminador alcance outros fatos, como por exemplo tipificação por meio de analogia; b) somente o legislador pode criar tipos penais (reserva absoluta da lei), não cabendo ao juiz tal atividade, de maneira que “qualquer falta que se não enquadre em algum daqueles moldes ou tipos, embora do mesmo aproximada, escapa ao alcance da justiça repressiva” (MAXIMILIANO, 2008, p. 263); c) as normas penais que potencialmente afetam a liberdade humana (v.g. criminalizam condutas ou majoram penas) devem ser interpretadas estritamente³⁶ (sem ampliar ou reduzir o significado dos seus termos), mas, de outro lado, as normas penais que potencialmente excluem ou justificam o crime, bem como as que isentam ou reduzem a pena, devem ser interpretadas de forma ampla, para que o sentido de seus termos chegue ao seu máximo alcance (sem extrapolar, entretanto, tal alcance máximo), admitindo-se até mesmo o emprego da analogia (*in bonam partem*).

Pois bem. Feitas estas considerações, pode-se adentrar ao tema do ativismo judicial, buscando um enfoque em matéria penal.

³⁶ Deve-se considerar, contudo, as leis penais em branco, cujos textos normativos já reclamam uma complementação por meio da mesma fonte legislativa (homogênea) ou mediante fonte legislativa diversa (heterogênea).

3 ATIVISMO JUDICIAL EM MATÉRIA PENAL

No dia 05 de junho de 2013, durante sua sabatina no Senado Federal por ter sido indicado à 11ª cadeira do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso fez uma declaração jocosa em relação ao caráter abrangente da Constituição Federal brasileira, dizendo: “a Constituição tem solução para tudo, só não traz a pessoa amada em três dias. Fora isso, quase tudo é possível fazer!”³⁷.

De fato, a Constituição Federal de 1988, por ser analítica (e não sintética), tratou de uma gama infundável de assuntos em seu texto normativo, inclusive trazendo cláusulas gerais de semântica aberta, vaga e indeterminada, passíveis de interpretações que podem variar de acordo com a teoria do direito adotada pelo intérprete e conforme a hermenêutica constitucional empregada.

O texto da Constituição atual, dentre a vasta gama de matérias abordadas, traz mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, traz remédios constitucionais (ex: *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, etc.) de competência originária do Supremo Tribunal Federal e, além disso, registra um conjunto de direitos fundamentais (do art. 5º ao art. 17) de amplitude sem precedentes no país, os quais reclamam concretização, especialmente ante a omissão do Estado concentrada nos poderes Executivo e Legislativo (déficit democrático³⁸).

Devido ao seu caráter analítico e abrangente, não demorou muito para que, após a sua promulgação, a Constituição Federal passasse a ocupar, efetivamente, o centro do sistema jurídico, reivindicando tanto a sua supremacia formal, quanto a sua supremacia material (aspecto valorativo), o que deu ensejo ao desenvolvimento de vários estudos no sentido de legitimar o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (Guardião da Constituição), a concretizar direitos por meio da atividade jurisdicional, de modo a suprir a omissão e as falhas dos demais poderes, a despeito de os magistrados não serem eleitos pelo povo.

A doutrina da hermenêutica constitucional mais recente, aliada ao sistema jurisdicional misto de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (controle concentrado e

³⁷ Vide: <https://oglobo.globo.com/brasil/em-sete-horas-de-sabatina-barroso-recita-poemas-faz-piada-mas-nao-deixa-de-lado-temas-como-mensalao-8605314>.

³⁸ Edinilson Donisete Machado (2011, p. 157) aponta o déficit democrático como sendo o possível problema para a implementação de políticas públicas, mas por outro lado salienta que “não se apresenta como solução para o déficit democrático a transferência das decisões sobre políticas públicas à função jurisdicional que, além de romper com o princípio da separação dos poderes, deixará de tornar efetivo o princípio da igualdade”.

difuso), fortaleceu o Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, dando lugar ao fenômeno jurídico da politização do Judiciário e impulsionando, assim, o polêmico ativismo judicial, que em termos simples, apesar de uma substancial divergência conceitual existente na doutrina, tem a conotação de uma atuação proativa dos juízes, importando em incursões nas funções típicas dos demais poderes da República e, em alguns casos, até mesmo alterando ou contrariando o próprio sentido do texto constitucional.

Concorde-se ou não, o fato é que a postura ativista da Suprema Corte não se limitou a tocar temas ligados ao direito administrativo, tributário, previdenciário ou privado em geral, mas estendeu seus tentáculos sobre temas relacionados ao direito penal, apesar das sabidas e consabidas disposições presentes na Constituição (CF, art. 5º, XXXIX) e na legislação infraconstitucional (CP, art. 1º) acerca da reserva absoluta de lei neste ramo do direito, que representa a *ultima ratio* na pacificação social, cujos textos normativos afetam diretamente o direito à liberdade de ir e vir. Sim, o direito penal era o último tabu para o ativismo judicial, mas este tabu já tem sido quebrado.

Como mencionado na introdução deste trabalho, cujas palavras são repisadas nesta seção, esse ativismo judicial em matéria penal trouxe mais holofotes para o Judiciário, tornando ainda mais claro o agigantamento deste Poder diante dos demais Poderes da República. Por outro lado, desencadeou preocupações ligadas às bases de sustentação do Estado Democrático de Direito e ao funcionamento equilibrado das instituições, visto que escolhas morais passaram a ser realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões, muitas vezes com eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito vinculante, acutilando a legitimidade dos representantes eleitos pelo povo, seja mitigando sanções penais, seja descriminalizando condutas e, recentemente, até mesmo criminalizando-as (tipificando-as).

Em vista disso, a declaração citada no início desta seção, de autoria do atual Ministro Luís Roberto Barroso em sua sabatina, pode até parecer divertida, mas não é tão jocosa assim, pois revela a grande e perigosa abertura para o ativismo judicial travestido com roupagem constitucional, de sorte que uma investigação do tema, com recorte epistemológico em matéria penal, faz-se oportuna, a fim de averiguar se a atuação do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, nesta seara, apesar de polêmica, tem sido legítima/necessária ao suprimento de omissões de outros poderes e solução de conflitos sociais improcrastináveis, ou tem dado margem a arbitrariedades ou voluntarismos violadores da separação dos poderes, conduzindo a uma juristocracia ou supremocracia³⁹.

³⁹ Termos utilizados por Vanice Regina Lório do Valle (2009).

3.1 Origem e Semântica da Expressão “Ativismo Judicial”

Atualmente, quando alguém fala em ativismo judicial, é necessário que se entenda pormenorizadamente o contexto em que a expressão está sendo empregada, a fim de que se possa compreender o seu significado. Não é possível identificar o sentido da expressão ativismo judicial à vista de seu mero uso isolado por quem quer que seja, uma vez que a locução é polissêmica e sua compreensão não prescinde do conhecimento contextual.

Um leigo poderia buscar o significado de ativismo judicial relacionando-o com uma expressão antônima, o passivismo judicial. Assim, concluiria que um juiz ativista é aquele que, de maneira proativa, procura solucionar os problemas sob julgamento, enquanto o juiz passivista seria aquele inerte, que não procura a solução da controvérsia jurídica. Por outro lado, alguém com posição político-ideológica acentuada (seja de direita ou de esquerda) poderia entender que o ativismo judicial estaria relacionado a uma militância política por parte do juiz, para implementar um ideal político valendo-se de suas decisões jurisdicionais.

Malgrado as concepções acima não sejam dotadas de técnica jurídica, não são descartáveis e já dão sinais da polissemia do termo ativismo judicial, o que também ocorre na academia e na jurisprudência. Keenan Kmiec (2004, p. 1477) chega a mencionar que “hoje, a declaração ‘ativismo judicial’ sozinha significa pouco ou nada, porque o termo adquiriu significados distintos e até mesmo contraditórios”⁴⁰.

Por conseguinte, a dificuldade linguística com a expressão ativismo judicial é tão evidente na contemporaneidade que não é possível estabelecer o seu conceito sem tecer um pano de fundo que possa justificá-lo. De um lado, constata-se a utilização técnica do termo com conotação positiva, mas, de outro, são muito comuns os casos em que sua utilização se dá mediante atribuição de sentido negativo e até mesmo pejorativo. Alguns empregam a expressão de maneira intermediária, como se fosse um meio-termo, ou seja, entendendo que em determinados casos o ativismo judicial pode ser positivo e, em outros, negativo, não sendo possível a imposição de um sentido determinante ao termo, que variaria de acordo com o caso concreto.

⁴⁰ Tradução livre, no original: “Today, a charge of ‘judicial activism’ standing alone means little or nothing because the term has acquired so many distinct and even contradictory meanings”.

Pois bem. Para que se possa analisar as razões da polissemia da expressão é importante investigar a sua origem. E não apenas isso, mas também é necessário considerar que a teoria do direito adotada pelo jurista e a linha de interpretação constitucional por ele assumida influenciam no significado do ativismo judicial.

A doutrina aponta o século XIX como origem mais remota do ativismo judicial, quando o termo era empregado com sentido relacionado ao direito processual. Com efeito, relata-se que em 1890 o jurista austríaco Anton Menger, notável crítico dos ideais liberais, publicou uma obra cujo título era *Das bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen* (A lei civil e as classes folclóricas sem propriedade), relacionando a legislação civil e os pobres, oportunidade em que o autor criticou a passividade judicial, argumentando que a igualdade meramente formal (e não material) entre as pessoas trazia benefícios tão somente à classe alta, ou seja, aos mais abastados (SILVA, 2013).

Segundo Dierle José Coelho Nunes (2008), Anton Menger entendia que ao juiz caberiam dois importantes papéis: o papel de educador e o papel de representante dos pobres. Como educador, o magistrado, fora do processo, deveria orientar as pessoas acerca dos direitos que tinham e, dessa forma, o juiz as auxiliaria na tutela destes direitos. Já na qualidade de representante dos pobres, o magistrado deveria atuar dentro do processo, de forma a tutelar ativamente os interesses dos mais pobres, garantindo o equilíbrio processual quando, por exemplo, uma pessoa carente estivesse litigando com uma pessoa abastada que houvesse contratado um bom advogado. Portanto, pode-se concluir que o ativismo judicial defendido por Anton Menger tinha caráter ideológico e, quando se dava endoprocessualmente, dizia respeito ao estabelecimento de equilíbrio e paridade de armas aos litigantes.

Um dos alunos de Anton Menger, Franz Klein, tinha postura parecida com a de seu professor, vindo a defender uma atuação proativa dos juízes, que deveriam prestar auxílio às partes, investigando os fatos e produzindo provas. Conforme relata Diogo Bacha e Silva (2013, p. 148), Klein foi “mentor intelectual da ordenança processual civil do Império Austro-Húngaro – ÖZPO⁴¹ de 1895, primeira legislação tipicamente socializadora, que o termo ‘ativismo judicial’ ou ‘juiz ativista’ ganha um contexto de uso”. Nesta legislação idealizada por Klein os juízes ganharam poderes para atuar de forma a reduzir as desigualdades decorrentes do liberalismo, conferindo ao processo uma função social voltada à pacificação. Mais uma vez nota-se que o termo ativismo judicial foi empregado com conotação processual.

⁴¹ A sigla ÖZPO é a abreviação de *Österreichische Zivilprozessordnung*, que em alemão significa Código de Processo Civil Austríaco.

Mais tarde, nos Estados Unidos, em uma notícia jornalística publicada na *Fortune Magazine* em janeiro de 1947, Arthur Schlesinger, empregou o termo ativismo judicial para descrever juízes da Suprema Corte. Conforme KMIEC (2004), Schlesinger mencionou os 09 (nove) juízes que compunham a Suprema Corte americana, classificando 04 (quatro) deles como juízes ativistas (*judicial activists*), 03 (três) como campeões de autocontenção (*champions of self restraint*) e os 02 (dois) remanescentes como meio-termo (*middle group*).

Na época da reportagem de autoria de Schlesinger, estava sendo debatida a questão da constitucionalidade do *New Deal*⁴². Segundo Schlesinger (apud KMIEC, 2004, p. 1446-7), os juízes Black, Douglas, Murphy e Rytlege entendiam que a Suprema Corte tinha um papel na promoção do *social welfare* (bem-estar social), devendo para tanto se portar de forma ativista. Já os juízes Frankfurter, Jackson e Burton entendiam que a Suprema Corte deveria adotar uma postura de autocontenção (*self restraint*), ou seja, para tais magistrados a lei traz um sentido permanente ao qual o intérprete está vinculado, não podendo dele se dispersar. Por conseguinte, “o primeiro grupo considera o Tribunal como instrumento para alcançar os resultados sociais desejados; o segundo como um instrumento para permitir os outros ramos do governo alcancem os resultados que as pessoas quiserem para o bem ou para o mal”⁴³ (SCHLESINGER, apud KMIEC, 2004, p. 1446-7).

Como se observa, o conceito de ativismo judicial na visão de Schlesinger relacionava-se com a postura adotada pelos juízes Black, Douglas, Murphy e Rytlege, conforme os quais os magistrados deveriam voltar os olhos para o resultado do processo, não sendo possível separar o direito e a política. Conforme KMIEC (2004, p. 1447), um juiz sábio (*wise judge*) “sabe que escolha política é inevitável; ele não faz falso pretexto de objetividade e conscientemente exerce o poder judicial de olho nos resultados sociais”⁴⁴.

Por outro lado, juízes partidários da autocontenção (*self restraint*), segundo KMIEC (2004, p. 1447) “são mais céticos em relação às noções individuais de justiça dos juízes. Para

⁴² O economista greco-australiano Yanis Varoufakis (2016, p. 7) registra que o “New Deal (termo inglês para ‘novo acordo’ ou ‘novo trato’) [...] consistiu no grande conjunto de políticas instituído pelo presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt durante seu governo (1933-1945) em resposta à Grande Depressão (período de crise econômica e social posterior ao crash da Bolsa em 1929). Tais políticas tinham como diretrizes básicas a construção de uma economia capitalista com firme participação do Estado em seu planejamento e gestão – para compensar os descompassos da iniciativa privada -, garantia de direitos sociais mais gerais e direitos para os trabalhadores etc.”.

⁴³ Tradução livre, no original: “One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse”.

⁴⁴ Tradução livre, no original: “knows that political choice is inevitable; he makes no false pretense of objectivity and consciously exercises the judicial power with an eye to social results”.

eles, as leis têm significados fixos, e desviar desses significados é inadequado, não importa quais grupos possam se beneficiar da partida”⁴⁵.

Analisando os conceitos até aqui investigados, não é difícil perceber que a noção de ativismo judicial está ligada a uma postura proativa do Poder Judiciário, que melhor se amolda aos modelos jusnaturalista e pós-positivista expostos no primeiro capítulo deste trabalho. Aliás, uma visão voltada para o resultado do processo, unindo o direito à política, lembra o realismo jurídico, onde se decide para, posteriormente, buscar fundamentos que sustentem a decisão. Por outro lado, denota-se que a autocontenção poderia, em tese, até mesmo ser confundida com o passivismo judicial, adequando-se ao positivismo clássico legalista, também exposto no início deste trabalho. Faz-se oportuno avançar no debate semântico do que vem a ser o ativismo judicial, o passivismo e a autocontenção, para se adotar um conceito para os referidos termos.

Luiz Roberto Barroso (2012) define o ativismo judicial sob uma conotação positiva, no sentido de legitimar o Poder Judiciário a concretizar valores e fins constitucionais, imiscuindo-se na esfera de atuação dos demais poderes:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Conforme se observa, Barroso admite o ativismo judicial mediante aplicação direta da Constituição em hipóteses não contempladas expressamente no texto constitucional e independentemente de ato legislativo, de maneira que o intérprete pode se valer de cláusulas constitucionais gerais (ex: princípios e conceitos jurídicos indeterminados), nelas impingindo suas escolhas para prolação da norma de decisão, aproximando o direito da moral. Barroso também admite o ativismo judicial mediante a declaração de inconstitucionalidade de legislação infraconstitucional, mesmo em casos em que não há clara ou flagrante violação do texto constitucional, ou seja, a inconstitucionalidade poderá ser declarada por critérios mais flexíveis, permitindo-se ao intérprete, também nesta hipótese, valer-se de escolhas morais. Ainda, o autor

⁴⁵ Tradução livre, no original: “are more skeptical of individual judges' notions of justice. To them, laws have fixed meanings, and deviation from those meanings is inappropriate, no matter which groups may benefit from the departure”.

menção que o ativismo judicial deve ser admitido para fins de implementações de políticas públicas, compelindo o Poder Público a praticar ou se abster da prática de determinados atos, o que evidentemente envolve escolhas políticas por parte do Poder Judiciário, isto é, aproxima o direito da política.

Sintetizando, Barroso (2012) entende que o “ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Ele ainda associa o ativismo judicial à concretização de direitos fundamentais, incumbindo o Poder Judiciário da missão de suprir omissões legislativas para alcançar a máxima efetivação dos direitos previstos no texto constitucional. Como se denota, o constitucionalista em questão tem uma posição não deferente em relação ao Poder Legislativo, muito embora algumas vezes faça questão de mencionar a necessidade desta deferência⁴⁶.

Na mesma senda de Barroso, Douglas César Lucas (2004, p. 13), após apontar, a partir da consagração de direitos sociais, o surgimento de novas categorias de sujeitos legitimados para pleitear perante o Poder Judiciário direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos, salienta que “a consagração de novos direitos e de novos atores fez com que o conflito social se transmutasse da zona política para a seara judicial, campo legítimo para responder às demandas sociais que de agora em diante também passam a ser questões jurídicas”. Assim, Lucas (2004, p. 33-34) confere legitimidade ao Judiciário na criação do direito, destacando que “o ativismo judicial e a interpretação ampla dos tribunais passam a representar um processo contínuo de fixação dos significados e de alcance dos enunciados normativos, fazendo do momento de aplicação do direito o verdadeiro espaço de construção semântica dos legais”. E prossegue mencionando que “o exercício da Jurisdição assume um papel de produção normativa pela adequação/aproximação entre a generalidade do enunciado legal e a realidade dos fatos sub judice, aumentando substancialmente o papel da formação jurisprudencial do direito”.

Por outro lado, Lênio Streck (2009) traz uma definição de ativismo judicial com um sentido negativo, mencionando que este ocorre “quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos,

⁴⁶ Em um de seus artigos, intitulado de *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Barroso (2012) faz questão de mencionar que “o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível”. Noutro trecho do mesmo artigo, o autor salienta que “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui”.

subjetivistas (solipsistas)”. Em outras palavras, para Lênio Streck, o ativismo judicial é sempre ruim, pois ocorre quando os juízes extrapolam as funções jurisdicionais, invadindo as funções dos outros poderes e, o que é pior, imprimindo em suas decisões valores próprios, sem se preocupar com os valores da sociedade ou expressos no ordenamento.

Na mesma esteira, a definição dada por Luís Flávio Gomes (2009) ao ativismo judicial:

[...] uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz “cria” uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem nos tratados, nem na Constituição.

Frederick Schauer (2009) também tem uma concepção restritiva acerca do ativismo judicial, uma vez que reconhece o Parlamento (ou Congresso) como a instituição detentora de uma, ainda que presumida, autoridade criativa do direito, estando os juízes circunscritos aos limites de atuação constantes das proposições oriundas do Parlamento. É importante destacar que, em sua análise, Schauer está num contexto norte-americano, onde vige o sistema da *common law*, ou seja, um sistema que confere maior liberdade à atuação proativa do juiz.

Aliás, mesmo num país de *common law*, onde o ativismo judicial tem maior aceitação (visto que os precedentes são a principal fonte do direito), a definição compilada mais acima, nos moldes propostos por Luís Roberto Barroso, teria remota possibilidade de aceitação, dada a necessidade de, na *common law*, o intérprete estar vinculado à Constituição, à respectiva história do texto constitucional e aos precedentes judiciais⁴⁷. Com maior razão, num sistema de *civil law*, de tradição romano-germânica (onde os atos legislativos estatais constituem a principal fonte do direito), o ativismo judicial proposto por Barroso deveria ter aceitação ainda mais restrita, mesmo dentre os pós-positivistas. Isso porque, no modelo da *civil law*, o ordenamento jurídico emanado do Estado é a principal fonte do direito. Contextualizando com o modelo presente no Brasil, pode-se concluir que o Poder Legislativo, composto por representantes eleitos pelo povo, corresponde à fonte socialmente autorizada a criar o direito válido.

⁴⁷ Ronald Dworkin (1999, p. 451-452), cuja hermenêutica interpretativista tem ideais pós-positivistas, registra o seu repúdio ao que entende por ativismo judicial: “um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. [...] A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço à tirania” (*sic*).

Renato Soares de Melo Filho (2019, p. 18) menciona que o ativismo judicial num sistema de *common law*, como o modelo norte-americano, tem padrões distintos do que ocorre num modelo de *civil law*, concentrando-se na legitimidade dos juízes, levando o debate para a filosofia política, o que se deve à importância dos precedentes jurisprudenciais na *common law*:

Interessante como nos EUA, diferentemente do que ocorre no Brasil, a questão se desloca mais para a Filosofia Política, já que lá o ponto da discórdia não é a ousadia dos juízes, mas sim sua legitimidade, justamente porque no *common law* a observação dos excessos em prejuízo do Legislativo tem padrões distintos de análise. E isso decorre da importância da figura do precedente no sistema judicial norte-americano, fator que se enxerga com menor intensidade no Brasil, a despeito dos recentes instrumentos de uniformização (precedentes de efeitos impeditivos de recursos, súmulas vinculantes, decisões vinculantes em sede de repercussão geral, de ADIs, ADPFs, entre outras).

No mesmo sentido, leciona Elival da Silva Ramos (2015, p. 107 e 109), consignando que:

[...] nos sistemas de *common law*, como é o caso do direito da Inglaterra e dos Estados Unidos, a jurisprudência continua a ocupar o posto de principal fonte, não obstante o impacto sobre o sistema estadunidense da existência de uma Constituição dotada de supremacia formal e da crescente importância da legislação em ambos os ordenamentos. [...] Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites do juridicamente permitido. Com efeito, existe na família originária do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas.

Cabe ressaltar, portanto, que a razão pela qual num sistema de *civil law* a atuação criativa do Judiciário tem campo mais restrito é o fato de a principal fonte do direito emanar do Poder Legislativo, diferentemente do que ocorre no sistema de *common law*, onde a principal fonte do direito se concentra nos precedentes judiciais, havendo maior liberdade aos juízes por ocasião da prolação de suas decisões.

Anote-se que, a despeito de eventuais divergências que possam surgir neste tema, a noção de precedente judicial em países de *common law*, como os Estados Unidos por exemplo, deve ser bem compreendida, pois é significativamente diferente da noção de decisões vinculantes existentes no Brasil. Segundo Santos (2019), nos Estados Unidos, nenhum precedente nasce, *ab initio*, como precedente, isto é, não há decisão que nasce para ser vinculante. Assim, ao ser proferida uma decisão pela Suprema Corte norte-americana, com o passar do tempo, se os juízes das causas posteriores entenderem que a referida decisão é bem fundamentada e que está de acordo com a Constituição, passam a reproduzir o seu conteúdo, a

partir do que o *decisum* ganha força e legitimidade, tornando-se um precedente. Portanto, no direito anglo-saxão, um julgamento da Suprema Corte, por si só, não é considerado um precedente, pois o entendimento necessita ser sedimentado, isto é, um precedente não nasce como precedente, mas se torna um precedente. Já aqui no Brasil, país de tradição romano-germânica (*civil law*), uma decisão judicial tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, especialmente em controle concentrado de constitucionalidade, já nasce como precedente e vincula todas as demais instâncias judiciais, bem como a esfera administrativa.

Aliás, atualmente se nota um caráter vinculante até mesmo emanado de decisão proferida por Turma do Supremo Tribunal Federal (não apenas pelo plenário), tal como se deu no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641/SP, onde a 2ª Turma concedeu ordem de *habeas corpus* a para determinar a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, em relação a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas no processo pelo DEPEN e por outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, que deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. A Turma ainda estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as mesmas restrições.

Em suma, verifica-se que num país de *common law*, onde a principal fonte do direito se concentra nos precedentes judicial, o nascimento destes é paulatino, orgânico e não ocorre de forma abrupta. Com maior razão, num país de *civil law*, onde a principal fonte do direito é a legislação, os precedentes judiciais deveriam ter origem ainda mais elaborada, cautelosa e organizada. Porém, o que se vê no Brasil é que, nada obstante a vigência de um sistema de *civil law*, os precedentes já nascem como precedentes, vinculam os demais órgãos jurisdicionais e fomentam o protagonismo judicial.

Prosseguindo e retomando o mister de estabelecer um conceito de ativismo judicial a ser considerado nesta pesquisa, verifica-se nas linhas acima que a expressão ativismo judicial tem significado e admissibilidade divergentes na doutrina. É possível afirmar que, à luz dos modelos teóricos estudados no primeiro capítulo, os jusnaturalistas e os pós-positivistas teriam uma propensão maior em admitir o ativismo judicial, enquanto os positivistas teriam uma

tendência mais restritiva à admissibilidade deste fenômeno jurídico; da mesma forma, à luz do que fora abordado no segundo capítulo desta pesquisa, pode-se concluir que aqueles que aderem a novos paradigmas inerentes à hermenêutica constitucional, em especial à técnica da ponderação e da argumentação jurídica, dão maior abertura ao ativismo judicial. Isto porque a impressão de valores e critérios morais na interpretação e aplicação de um texto normativo acaba dando ensejo à extrapolação do texto e à criação de normas à parte do texto.

Com efeito, levando em conta o modelo teórico assumido nesta pesquisa, denominado positivismo jurídico moderado, denota-se que a definição de ativismo judicial idealizada pelos seus defensores se mostra incompatível com os parâmetros aqui considerados. No positivismo jurídico em que se reconhece a supremacia da Constituição, não se admite que o intérprete extrapole o sentido do texto constitucional, ainda que se valha de cláusulas gerais, pois estas devem ter aplicação sistemática, mostrando-se inviável, por exemplo, a aplicação direta da Constituição a casos não contemplados em seu texto, ou a declaração de inconstitucionalidade mediante critérios flexíveis, ou ainda a implementação de políticas públicas com base em juízos políticos do Judiciário, como sugere o conceito de Barroso (2012) acerca do ativismo.

Sem maiores delongas, uma definição de ativismo judicial que bem se amolda aos postulados adotados neste trabalho é trazida por Elival da Silva Ramos (2015, p. 131):

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para 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). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.

O ativismo judicial consiste, portanto, numa anomalia no exercício da função jurisdicional, de maneira que o Poder Judiciário ultrapassa os limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento jurídico e entra na seara inerente às escolhas morais e políticas, deixando o juiz de ser um intérprete-aplicador do direito para se tornar um criador-formulador do direito. Tal fenômeno implica num agigantamento do Poder Judiciário, que passa a extrapolar os limites de sua função típica mediante a inclusão de pautas morais e políticas no âmbito da decisão judicial, imiscuindo-se em juízos (morais e políticos) atrelados às funções dos demais poderes da República. Esse ativismo acaba sufocando os demais poderes e faz com que o Poder Judiciário acabe por eliminar o debate político institucional, tão importante na formulação legislativa.

Embrionariamente, no Brasil, o ativismo judicial era bastante tímido, mas posteriormente alcançou questões envolvendo direitos sociais, como o direito à saúde, por exemplo. Como se não bastasse, atualmente, o que se vê é a intromissão do Poder Judiciário em questões criminais, tais como aborto, política nacional de combate às drogas ilícitas, possibilidade de prisão (execução da pena) após decisão colegiada e, até mesmo, criação de tipo penal. As problemáticas debatidas nestes exemplos variam, mas podem ser exemplificadas nas seguintes indagações: a) teria a mulher direito fundamental ao próprio corpo a ponto de sacrificar um feto? Se sim, até que semana de gestação e mediante quais procedimentos? b) o direito fundamental à privacidade abrangeria a posse de drogas para consumo próprio? Em caso positivo, quais tipos de drogas e qual a quantidade permitida? A descriminalização ou a legalização das drogas para consumo seriam medidas efetivas para combater o tráfico de drogas? c) a presunção ou estado de inocência permaneceria após um acórdão condenatório proferido em segundo grau de jurisdição? e d) a criminalização de condutas seria o meio mais eficaz para combater o preconceito em relação à homofobia e à transfobia?

É inolvidável que tais pautas são extremamente importantes e merecem ser discutidas. Porém, discussões desta natureza, que envolvem política criminal, devem se dar em que âmbito? No Judiciário ou noutro poder? Todo assunto que é judicializado deve ter uma resposta do Judiciário no mérito, ainda que implique em invasão de funções típicas de outros poderes? Ou deveria o Judiciário se autoconter em respeito à separação de poderes?

Essas problematizações estão intimamente ligadas ao princípio da divisão, independência e harmonia entre os poderes e terão resposta viável após o tratamento do tema em tópico autônomo. Por ora, faz-se pertinente convidar o leitor a começar a pensar sobre as questões para posteriormente poder enfrenta-las.

Em prosseguimento à abordagem teórica que envolve o conceito de ativismo judicial, cabe agora adentrar ao que vem a ser passivismo judicial e estabelecer a sua distinção com a chamada autocontenção (*self restraint*).

O passivismo judicial, segundo propõe Raineri Ramalho (2019, p. 114), consiste em “uma inação judicial que visa a manter o *status quo* através do exercício inadequado da função jurisdicional, o passivismo ocorre quando um juiz se recusa a decidir um caso concreto, deixando de entregar às partes a solução jurídico-legal aplicável ao caso”.

Quando um juiz deixa de cumprir a sua função jurisdicional, omitindo-se em aplicar a legislação ao caso concreto de sorte a sonegar direitos a algum demandante ou demandado, fica evidenciado o passivismo judicial. Portanto, pode-se dizer que o passivismo judicial é, por via oblíqua, uma forma de ativismo, pois se dá por omissão do Judiciário, o qual se abstém de

reconhecer direitos passíveis de serem extraídos do ordenamento jurídico, agindo de forma deliberada, ou seja, por voluntarismo ou subjetivismo na atividade hermenêutica. Logo, o passivismo judicial é tão prejudicial à democracia quanto o ativismo. Em razão de se dar por omissão no reconhecimento de direitos, o passivismo é mais difícil de ser constatado que o ativismo.

Ramalho (2019) consigna que o juiz sempre estará obrigado a dar uma solução efetiva (decisão de mérito) a um caso judicializado, exceto quando estiver diante de questões de natureza política ou nas quais falte consenso social, visto que nestes casos, se o juiz atuar, estará adotando postura ativista. É nesta seara de abstenção legítima de exame de mérito que entra o que se entende por autocontenção.

Para Luís Roberto Barroso (2012), a autocontenção (*self restraint*) busca reduzir a interferência do Poder Judiciário nas esferas de atuação dos outros poderes:

Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.

A definição de autocontenção, por Barroso, acaba dando margem à abrangência do conceito de modo a abarcar o que se entende por passivismo judicial. No entanto, a autocontenção (*self restraint*) ou autolimitação não se confunde com o passivismo, pois constitui “simplesmente uma conduta adotada pelo julgador com a intenção de não se exceder no exercício de sua função” (RAMALHO, 2019, p. 117). Não se trata de uma deferência excessiva e deliberada em relação aos outros poderes, mas sim uma postura de respeito à democracia, na qual se fundamentam as funções de cada um dos três poderes da República.

Em suma, para evitar delongas desnecessárias nesta seção, tem-se que, a despeito de sua polissemia, a expressão ativismo judicial para fins deste trabalho consiste na atitude anômala do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, de forma que ultrapassa os limites constitucionais e/ou legais e invade funções atribuídas a outros poderes, ingressando na seara inerente às escolhas morais e políticas, razão pela qual o juiz ativista deixa de figurar como intérprete-aplicador do direito e passa a ser criador-formulador do direito. Por sua vez, entende-se como passivismo judicial o fenômeno jurídico em que o Poder Judiciário deixa de cumprir a sua função jurisdicional, omitindo-se em aplicar a legislação ao caso judicializado, sonhando direitos à(s) parte(s) litigante(s). Por fim, a autocontenção consiste na conduta adotada pelo Poder Judiciário mediante a cautela de não extrapolar a função jurisdicional,

deixando, portanto, de invadir esferas inerentes ao exercício funcional de outros poderes da República.

3.2 Ativismo Judicial, Judicialização e Inafastabilidade da Jurisdição

A amplitude de matérias tratadas na Constituição Federal de 1988 resultou numa maior constitucionalização de direitos, ampliando não apenas o âmbito de atuação do Poder Legislativo na elaboração da legislação infraconstitucional, mas também majorando a possibilidade do ajuizamento de demandas judiciais com fundamentos diretamente extraídos da Constituição. Ademais, os textos normativos constitucionais denominados cláusulas gerais (princípios e conceitos jurídicos indeterminados), dotados de maior plasticidade, favoreceram o aumento de pretensões deduzidas em juízo. Ainda, a gama de direitos fundamentais previstos no texto constitucional e o anseio pela respectiva concretização também serviram de supedâneo à exasperação do número de ações judiciais. Tais fatores convergiram para o que se denomina fenômeno jurídico da judicialização, que em termos simples consiste em submeter demandas à apreciação do Poder Judiciário.

A judicialização, embora seja imprescindível ao ativismo judicial, com este não se confunde. A expressão judicialização tem origem no verbo *judicialize* da língua inglesa, que segundo Torbjörn Vallinder (1994), significa “tratar judicialmente, chegar em um julgamento ou decisão sobre”⁴⁸. Vallinder (1994) salienta que a judicialização possui dois sentidos: submeter uma questão a um julgamento legal mediante o ofício ou a capacidade dos juízes investidos em suas funções jurisdicionais; ou submeter uma questão ao método de um juiz, com conhecimento e técnicas jurídicas apropriadas.

Simplificando, a judicialização é o fenômeno consistente em submeter ao Poder Judiciário questões das mais diversas para obtenção de uma resposta jurídica concreta e com eficácia cogente, “sendo o fenômeno observado tanto pelo lado quantitativo, da condução em massa de demandas, quanto do qualitativo, referente a determinadas matérias, em regra polêmicas, de grande repercussão” (MELO FILHO, 2019, p. 16).

Como se denota, a judicialização acaba transferindo ao Judiciário o poder de decidir em causas múltiplas, intervindo nas relações políticas e sociais. Assim, a judicialização tem sido trabalhada sob duas perspectivas: uma referente à judicialização da política, tratando o problema sob o prisma político-institucional, com foco no Estado e nos processos de alteração

⁴⁸ Tradução livre, no original: “to treat judicially, arrive at a judgement or decision upon”.

das relações entre os três poderes; e outra referente à judicialização das relações sociais, tratando o problema sob o prisma sociocultural, com foco na própria sociedade e nos processos de alteração das relações entre seus agentes (VIARO, 2017, p. 234).

Luís Roberto Barroso (2012), embora faça distinção entre os institutos, menciona que “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”. Por outro lado, Abboud, Carnio e Oliveira (2019) entendem que não há uma “relação de parentesco” entre ativismo e judicialização, pois as origens dos fenômenos são distintas e, além disso, os contornos de cada um demonstram que participam de famílias diferentes. Segundo Abboud, Carnio e Oliveira (2019, p. 495):

[...] enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão julgante; a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve atos de jurisdição constitucional. Num primeiro momento, é importante ter presente que a diferença entre ativismo e judicialização não se dá apenas por uma questão de “natureza”. Há também um problema de corte teórico: a judicialização é um fenômeno político, gerado pelas democracias contemporâneas. Ao passo que o ativismo é um problema interpretativo, um capítulo da teoria do direito (e da Constituição).

Conforme se observou até aqui, a judicialização é um fenômeno político que varia conforme a gama de direitos previstos no ordenamento jurídico e conforme a conflituosidade social na busca de concretização destes direitos. Além disso, a judicialização independe de um ato volitivo do Poder Judiciário, pois é contingencial. Já o ativismo está intimamente ligado à teoria do direito, à hermenêutica jurídica e, especialmente, ao ato volitivo do julgador. Assim, o ativismo judicial tem por pressuposto a judicialização, pois não é possível a ocorrência de ativismo por parte do Poder Judiciário sem que uma demanda esteja judicializada. Por outro lado, a Judicialização independe do ativismo. Em corolário, quanto maior a judicialização de questões, maior a possibilidade do exercício do ativismo judicial.

Prosseguindo, a principal garantia que viabiliza a judicialização é o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Depreende-se que o texto constitucional não confere direito de ação apenas aos que tiveram seus direitos lesados, possibilitando, também, a judicialização de questão envolvendo mera ameaça a direitos, o que maximiza o acesso à justiça.

José Afonso da Silva (2017, p. 433) denomina referida garantia constitucional de princípio da proteção judiciária, mencionando que constitui “a principal garantia dos direitos subjetivos”. Aliás, a inafastabilidade da jurisdição, aliada ao controle difuso de constitucionalidade, possibilita o ajuizamento de uma infinidade de demandas perante o Poder Judiciário, que não poderá se abster de decidi-las, podendo, inclusive, reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Já na esfera da jurisdição constitucional, de competência do Supremo Tribunal Federal, os instrumentos de judicialização são ainda mais poderosos (v.g. ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação de inconstitucionalidade por omissão, habeas corpus coletivo), pois deles decorrem decisões com efeitos *erga omnes* (contra todos) e vinculantes a todos os órgãos jurisdicionais e administrativos. Nesse passo, o Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição (cabe ao Judiciário o monopólio de dizer o direito), sendo extremamente ampla a sua competência para conhecer de uma infinidade de matérias capazes de representar lesão ou ameaça a direito.

Com efeito, a judicialização é expressão do acesso à justiça e, por isso, não se pode dizer que seja um mal em si mesma, embora possa se tornar inconveniente quando em níveis muito elevados. Logo, a judicialização depende do bom funcionamento do sistema político para que possa ser controlada (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2019).

Luís Roberto Barroso (2012) atribui a judicialização no Brasil a 03 (três) causas: 1) Redemocratização e promulgação da Constituição Federal de 1988: a Constituição Federal de 1988 foi o ponto culminante da redemocratização. O Poder Judiciário foi engrandecido, tornando-se o último bastião da cidadania, além do ambiente democrático proporcionar um reavivamento desta, conscientizando a população acerca de seus direitos; 2) Constitucionalização abrangente: a Constituição brasileira é analítica, portanto, extremamente abrangente, tratando não apenas de matérias ligadas à organização do Estado, mas também de diversos outros temas como meio ambiente, trabalho, família, saúde, assistência ao idoso, etc.; 3) Sistema de controle de constitucionalidade: a jurisdição constitucional no Brasil é uma das mais abrangentes do mundo, haja vista o sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos brasileiro haver compilado características do sistema europeu e do sistema americano. Assim, tal como no modelo americano, tem-se o controle difuso de constitucionalidade, no qual qualquer juiz ou tribunal pode declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Outrossim, como no modelo europeu, tem-se o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos

normativos, que permite que matérias (incluindo matérias política e moralmente relevantes) sejam levadas ao Supremo Tribunal Federal para exame de (in)constitucionalidade.

Dentro dessa perspectiva de judicialização, malgrado não seja um mal em si, duas consequências negativas advêm do fenômeno. A primeira delas é o fato de o Judiciário tornar-se extremamente inflado ante a gama de demandas passíveis de serem judicializadas, acarretando morosidade na solução dos litígios e grande carência de estrutura (especialmente de pessoal). Essa consequência é claramente aferível no recente relatório “Justiça em Números 2018” do Conselho Nacional de Justiça⁴⁹, o qual registrou que 80,1 milhões de processos tramitaram nos 90 (noventa) tribunais do país em 2017, resultando numa média de 1819 processos julgados por cada juiz no referido ano, isto é, o equivalente a 7,2 casos por dia útil. O mesmo relatório consignou que “o crescimento acumulado no período de 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos” (BRASIL, 2018, p. 73). A segunda consequência negativa da judicialização é o ativismo judicial, pois questões de grande repercussão são judicializadas e exigem uma resposta do Poder Judiciário que, muitas vezes, adota uma atitude proativa invadindo a esfera de outros poderes, fazendo juízos morais e políticos, de forma a exercer atividade criativa de normas jurídicas sobre matérias que não prescindem da apreciação democrática perante os demais poderes, compostos por membros devidamente eleitos pela sociedade.

Por conseguinte, a judicialização pode acarretar o controle judicial de políticas públicas, bem como a interpretação de normas considerando costumes, religião, política criminal, enfim, até uma leitura moral da Constituição, de maneira que se pode concluir que “a judicialização, por si só, não se confunde com o ativismo judicial, mas está a ele profundamente atrelada, já que as posturas ativistas dependem da própria judicialização” (MELO FILHO, 2019, p. 17).

Em suma, a inafastabilidade da jurisdição e o sistema misto de controle de constitucionalidade possibilitam – e até mesmo fomentam – a judicialização, que é pressuposto para o ativismo judicial, muito embora os fenômenos não se confundam. Vale repisar que a judicialização é um fato, um fenômeno empírico, uma constatação, enquanto o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha proativa que parte de um órgão jurisdicional.

⁴⁹ Vide: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>.

3.3 Ativismo Judicial e Princípio da Divisão, Independência e Harmonia dos Poderes: Delimitação do Papel Democrático do Poder Judiciário na Concretização de Direitos Fundamentais

Conforme já explanado neste trabalho, “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (CF, art. 1º, *caput*). Portanto, o regime de governo do Estado brasileiro é a democracia, que em palavras simples significa o governo da maioria ou o governo do povo, pelo povo e para o povo. Todavia, atualmente, a definição de democracia tem se tornado mais complexa, envolvendo, inclusive, a questão da possibilidade de o Poder Judiciário estar ou não legitimado a rever atos emanados de outros poderes. E aqui está o ponto central do ativismo judicial, que diz respeito justamente à [i]legitimidade do Judiciário em se imiscuir nas funções de competência dos demais poderes.

Em proêmio, para enfrentar essa tormentosa questão, deve-se estabelecer qual modelo de democracia é adotado no Estado brasileiro. Arend Liphart (2003), em pesquisa envolvendo 36 (trinta e seis) países democráticos, traz algumas distinções dentre os modelos de democracia encontrados, destacando as diferenças entre o modelo de Westminster (majoritário ou puro) e o modelo consensual.

O modelo de Westminster teve como protótipos o Reino Unido, a Nova Zelândia e Barbados e pode ser considerado um modelo genérico de democracia, amplamente admirado. Liphart (2003, p. 25-38) elenca os seguintes traços característicos deste modelo: 1) Concentração do Poder Executivo em gabinetes unipartidários e de maioria mínima (o gabinete é composto por membros do partido detentor da maioria das cadeiras da Câmara dos Comuns); 2) Gabinete dominante em relação à legislatura (o gabinete detém o apoio da Câmara dos Comuns e por isso é dominante); 3) Sistema bipartidário (política dominada por dois grandes partidos: Conservador e Trabalhista); 4) Sistema de eleições majoritário e desproporcional (cada membro da Câmara dos Comuns é eleito em um único distrito por maioria simples); 5) Pluralismo de grupos de interesse; 6) Governo unitário e centralizado (os governos locais são criados pelo governo central, deles dependem financeiramente e não têm poder garantido pela Constituição); 7) Concentração do poder legislativo numa legislatura unicameral (neste aspecto, o Reino Unido se distingue, pois o Parlamento é dotado de duas câmaras, sendo a Câmara dos Comuns – eleita pelo povo e detentora de quase todo o poder legislativo – e a Câmara dos Lordes – composta principalmente por membros da nobreza hereditária, com um grande número dos denominados pares vitalícios indicados pelo governo, tendo poder de, tão somente,

retardar a vigência de disposições legais por um mês, em caso de leis orçamentárias, e por um ano, em caso das demais leis); 8) Flexibilidade constitucional (a Constituição pode ser alterada pelo Parlamento da mesma forma que as demais leis; 9) Ausência de revisão judicial (o Parlamento é a autoridade máxima ou soberana); e 10) Banco Central controlado pelo Poder Executivo.

Por sua vez, o modelo consensual, ilustrado pelas democracias da Suíça, Bélgica e pela organização internacional da União Europeia, tem as seguintes características elencadas por Liphart (2003, p. 50-65): 1) Partilha do Poder Executivo por meio de gabinetes de ampla coalizão (permite que todos os partidos importantes, ou a maior parte deles, participem do Poder Executivo por meio de coalizões); 2) Equilíbrio de poder entre o Executivo e o Legislativo; 3) Sistema multipartidário (diversos partidos ocupam as cadeiras do Parlamento, sem que nenhum partido se aproxime do *status* majoritário); 4) Representação proporcional (as câmaras baixas são eleitas por representação proporcional, havendo distribuição das cadeiras de acordo com os votos que obtiveram proporcionalmente); 5) Corporativismo dos grupos de interesse; 6) Governo federal e descentralizado; 7) Forte bicameralismo (a principal razão de se ter um Legislativo bicameral ao invés de unicameral é conferir representatividade às minorias na câmara alta, cujo critério de eleição dos componentes deve ser distinto do critério adotado para eleição dos integrantes da câmara baixa); 8) Rigidez constitucional (a Constituição só pode ser modificada por maiorias especiais); 9) Revisão judicial (neste aspecto a Suíça deve ser excepcionada deste modelo de democracia consensual, pois sua Suprema Corte não possui poder de revisão judicial); e 10) Banco Central independente.

Analisando as características dos modelos de democracia que foram objeto de pesquisa por Arendt Liphart (2003), nota-se que o modelo brasileiro melhor se amolda aos aspectos inerentes ao modelo consensual e, além disso, segundo Edinilson Donizete Machado (2011), o modelo brasileiro tem ênfase no modelo norte-americano, que promove a revisão judicial, excepcionando a independência do Banco Central, o que se traduz num modelo que promove o controle jurisdicional para a realização das promessas contidas na lei fundamental.

Por conseguinte, tratando-se de uma democracia consensual, cuja Constituição é rígida e admite revisão judicial, observa-se que no Brasil a lei maior confere estrutura ao poder político, preza pela divisão harmônica de poderes e, ao mesmo tempo, tutela direitos fundamentais, pondo a salvo as liberdades, razão pela qual pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 garante a vontade da maioria, mas, por adotar um modelo consensual, traz regras de limitação à vontade majoritária a fim de proteger as minorias. Disso decorre o papel contramajoritário do Poder Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

Na democracia brasileira, o poder político, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, pertence ao povo e é exercido por este diretamente (democracia direta) e, em especial, por representantes eleitos (democracia indireta), o que resulta na denominada democracia semidireta. Assim, pode-se dizer que, para que haja democracia, o poder político deve advir do povo, sendo a Constituição um diploma que, além de organizar o Estado, garante direitos fundamentais aos cidadãos (arts. 5º a 17, CF), limitando o Poder Estatal e obstando atos de tirania. Enfim, o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito tem como base de sustentação a ordem constitucional, o que acarreta uma tensão natural e saudável entre o constitucionalismo e a democracia.

A Constituição Federal de 1988, além de rígida quanto à mutabilidade, é analítica quanto à sua extensão, ou seja, não se limita a veicular princípios fundamentais e estruturais do Estado brasileiro, mas avança para uma abordagem bem mais ampla, descendo a minúcias numa gama infindável de matérias. Consequentemente, o rol de direitos fundamentais (CF, arts. 5º a 17) também é bastante amplo⁵⁰, não podendo ficar apenas no papel, pois tais direitos reclamam concretização.

Cabe pontuar que os direitos fundamentais, sob um aspecto formal, são aqueles reconhecidos e especificados como tais em determinado instrumento constitucional; são direitos aos quais a Constituição atribui o grau máximo de garantia e segurança, motivo pelo qual são imutáveis ou, ao menos, de difícil mutabilidade (BONAVIDES, 2018). Já sob o aspecto material, os direitos fundamentais são “aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima” (PEREIRA, 2018, p. 115).

Carlos Alberto Bittar (2015, p. 56) menciona que os direitos fundamentais podem ser definidos como “objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente, os direitos: à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação”. Outrossim, “vale dizer, os direitos fundamentais constituem os direitos mais caros que o ser humano possa gozar, guardando íntima relação com a dignidade da pessoa humana” (COSTA, I.G.; BIANCHI, L.H.N.G., 2016, p. 09).

⁵⁰ Os direitos fundamentais se dividem em direitos individuais e coletivos (CF, art. 5º); direitos sociais (CF, art. 6º a 11); direitos de nacionalidade (CF, art. 14); direitos políticos (CF, art. 14); e partidos políticos (CF, art. 17).

Pois bem. A concretização de direitos fundamentais deveria se dar pelos poderes Executivo e Legislativo, na execução de políticas nacionais e elaboração de leis de acordo com a Constituição. Entretanto, o déficit democrático existe e, por isso, não raramente tais poderes deixam de atender aos anseios da sociedade, acarretando a judicialização de questões envolvendo direito fundamental que, por sua vez, confere oportunidade ao ativismo judicial.

Nessa esteira, o que se deve investigar é se, de fato, poderia o Poder Judiciário, diante das balizas que regem o Estado Democrático de Direito, em especial a divisão, independência e harmonia entre os poderes, concretizar a qualquer preço os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, ainda que sob justificativa da inércia dos demais poderes.

A partir destas palavras iniciais, depreende-se que não é possível tratar do tema em questão sem voltar os olhos para o embate existente entre o ativismo judicial e o princípio da divisão, independência e harmonia entre os poderes (CF, arts. 2º e 60, § 4º, III), difundido por Montesquieu. Referido princípio diz respeito à divisão de funções do Estado, evitando-se que o poder se concentre nas mãos de um só órgão estatal. Vale anotar que “a separação e harmonia entre os poderes não são óbices para o acesso à justiça, especialmente porque há interdependência no exercício da função pública” (SANTIN, 2013, p. 138).

Historicamente, “o princípio da separação de poderes já se encontra sugerido em Aristóteles, John Locke e Rosseau, que também conceberam uma doutrina da separação de poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu” (SILVA, 2017, p. 111). Oportuno considerar que, malgrado muitos doutrinadores falem em separação de poderes, a doutrina mais recente tem entendido que não existe separação de poderes em abstrato, mas uma divisão funcional especializada entre os poderes, com prerrogativas de independência, de modo que sejam exercidas harmonicamente (SILVA, 2017). Essa divisão de funções privilegia a liberdade e evita a tirania.

Embora os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sejam independentes, são também harmônicos entre si (CF, art. 2º). A harmonia entre os poderes é regida pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) que permite uma interferência recíproca entre eles (poderes), mas uma interferência constitucional, limitada (não ampla, como defendida pelos partidários do ativismo judicial), equilibrada, que visa impedir eventuais abusos. Essa harmonia “não significa nem o domínio de um poder pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo) para evitar distorções e desmandos” (SILVA, 2017, p. 113).

A despeito da divisão de poderes, frequentemente o ativismo judicial tem sido justificado pelos seus adeptos, como Luís Roberto Barroso (2018), como necessário à

concretização de direitos fundamentais, haja vista que a sociedade não poderia ficar à mercê dos demais poderes, muitas vezes omissos. Ademais, alegando a mesma necessidade (concretização de direitos fundamentais), o ativismo também tem se estendido para os casos em que já existe norma disciplinando o tema. Logo, faz-se oportuno analisar os argumentos favoráveis e contrários ao ativismo, os quais guardam íntima relação com a delimitação do papel do Poder Judiciário num Estado Democrático de Direito.

Acerca do tema, Barroso (2018) defende não somente o papel contramajoritário do Poder Judiciário, mas também o papel representativo, mesmo porque, por ocasião da interpretação-aplicação da norma jurídica externada na decisão judicial, o autor, de linha pós-positivista e adepto da técnica da ponderação e da teoria da argumentação jurídica, não vê qualquer óbice na aproximação entre direito e política.

Pertinente compilar trecho em que o supracitado constitucionalista menciona esses dois papéis que atribui ao Judiciário e especialmente à Corte Constitucional:

[...] a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de *contramajoritário*: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (*i.e.*, de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como *representativo*. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional (BARROSO, 2018, p. 483, destaques do autor).

No que concerne ao papel contramajoritário, pelo qual o Poder Judiciário nulifica leis e atos normativos dos demais poderes por desrespeitarem a Constituição (frequentemente, por violação a direitos fundamentais), não há maiores dificuldades em admiti-lo e defendê-lo, haja vista a redação dos arts. 97 e 102, inciso I, da Constituição Federal. Afinal, esta é a principal função do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. E o que tal função significa? Significa que o Poder Judiciário deve atuar contra a maioria toda vez que esta maioria, através dos demais poderes, atentar contra a Constituição. Dessa forma, a atuação do Poder Judiciário se dá reverberando a Constituição Federal, mediante a declaração de inconstitucionalidade de

leis ou atos normativos, por ação ou omissão, em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade⁵¹.

Desse modo, no que se refere à definição dada acima por Barroso ao papel contramajoritário do Poder Judiciário, não parece adequado o ponto em que diz que agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à razão dos tradicionais representantes da política majoritária, pois a razão dos membros do Poder Judiciário pode ter origem e natureza variadas (razão jurídica, moral, política, ética, religiosa, etc.). Com o devido respeito, entende-se mais adequado dizer que, no exercício do papel contramajoritário, os magistrados devem (e não apenas podem) garantir a supremacia da Constituição (e não garantir a sobreposição de meras razões pessoais) sobre as razões externadas pelos membros dos outros poderes, toda vez que tais razões estiverem em dissonância em relação à Carta Republicana.

É bem de ver que o regime democrático já é suficiente para obstar uma atuação do legislador que possa atentar contra os direitos garantidos pela Constituição Federal às minorias, como destacam Pedro Siqueira De Pretto e Renato Siqueira De Pretto (2017):

[...] a própria condição de Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Carta Política) impede uma revisão legislativa tendente a sufocar os direitos da menor parte da população, transformando-se em tirania da maioria e ocasionando perda da legitimidade material do próprio Estado.

Sintetizando, o papel contramajoritário do Poder Judiciário tem por mote zelar pela supremacia da Constituição, visto que “a principal tarefa da Constituição é proteger as minorias dos desmandos das majorias” (BREGA FILHO; ALVES, 2015), de sorte que “essa tutela, dispensada pelo Judiciário, não pode ser inibida pelo Legislativo atuando no proveito da maioria que o lançou no Poder” (PRETTO; PRETTO, 2017).

Já no tocante ao papel representativo, atribuído por alguns ao Poder Judiciário, a questão é bem mais complexa. Seria o Poder Judiciário representante da sociedade? Teria o Poder Judiciário legitimidade para atender anseios políticos e sociais que, por alguma razão, ainda não foram satisfeitos pelo Congresso Nacional? A resposta a essas indagações não é

⁵¹ Segundo Alexandre de Moraes (2015, p. 743), o controle difuso ou aberto, “também conhecido como controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal”. Por sua vez, o controle concentrado de constitucionalidade se dá via ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, sendo que, “por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais” (MORAES, 2015, p. 759).

simples e repercute fortemente na competência de cada poder da República, além de sofrer influência do modelo de teoria do direito adotada e, também, dos processos e técnicas de hermenêutica constitucional empregados, temas estes que foram tratados nos dois primeiros capítulos deste trabalho.

Um dos argumentos favoráveis ao papel representativo do Judiciário, que acaba impulsionando o ativismo judicial, diz respeito ao “momento histórico em que o Poder Legislativo é objeto de descrédito e crise democrática” (CAMARGO; PAULA, 2015). Alega-se que tal cenário tem acarretado um acesso à justiça mais expressivo através da judicialização, atribuindo-se ao Judiciário uma posição mais destacada no que concerne às ações voltadas às relações sociais, de sorte que o juiz passou a ser considerado um agente de transformação social.

Outro argumento a favor do papel representativo do Judiciário consiste na legitimidade democrática, ainda que indireta, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pois estes são indicados e nomeados pelo Presidente da República, além de serem aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal (CF, art. 101, parágrafo único), ou seja, a indicação, nomeação e aprovação dos Ministros se dá por representantes do povo, devidamente eleitos para compor o Executivo e Legislativo, de modo que eventual julgamento em que se faz escolhas políticas, morais ou éticas seria legítimo.

Outrossim, favorecendo o papel representativo por parte do Judiciário, está o argumento de que o Legislativo e o Executivo são insuficientes para atender às prementes demandas sociais, seja por falta de conhecimento, seja pela ausência de harmonia entre esses dois poderes. Nesse sentido, o magistério de Dalmo Dallari (1995, p. 186):

O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.

Assim, ante a deficiência do Legislativo e do Executivo, o Judiciário passaria a ocupar lugar de destaque, desempenhando funções que, em tese, incumbiriam aos outros poderes, como forma de sanção pela omissão destes, ocorrendo o que poder-se-ia denominar, valendo-se das palavras utilizadas por Walter Claudius Rothenburg (2005, p. 93), uma troca de sujeito “decorrente da perda de competência constitucional como modalidade de sanção por omissão inconstitucional, com a substituição do sujeito originariamente legitimado a realizar comandos constitucionais”.

Intimamente ligado a esta substituição realizada pelo Judiciário em relação aos demais poderes, Luís Roberto Barroso (2012) ainda traz outro argumento – bastante presente na

doutrina e na jurisprudência – para sustentar o papel representativo do Poder Judiciário, qual seja: a necessidade de não somente proteger as minorias, mas também concretizar direitos fundamentais. Confira-se:

[...] a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2012).

Como se observa, diante da omissão dos demais poderes em conferir efetividade aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário assume uma espécie de protagonismo e, no bojo das decisões jurisdicionais, faz escolhas políticas, morais, éticas, etc., em nome de concretizar direitos fundamentais (ou promessas constantes da Constituição Federal). Para tanto, o Judiciário se vale dos novos paradigmas da interpretação constitucional, especialmente as cláusulas gerais empregadas mediante a utilização da teoria da argumentação, de maneira que, “baseado nesses institutos, o juiz que escolhe a melhor solução para um caso seria considerado um legítimo pós-positivista” (CAMARGO; PAULA, 2015).

Segundo se extrai dos argumentos racionais voltados a justificar a atribuição de um papel representativo ao Poder Judiciário, os mesmos incentivam e dão base de sustentação ao protagonismo judicial e, mais claramente, ao que se entende por ativismo judicial (na acepção adotada neste trabalho). Assim, malgrado sedutores e ineludivelmente dotados de boa fundamentação técnica, os argumentos supracitados encontram obstáculo principalmente no postulado da divisão, independência e harmonia dos poderes.

É inólvável que, diante do déficit democrático e de tantos escândalos de corrupção envolvendo os poderes Executivo e Legislativo, haja um descrédito nutrido pela sociedade em relação a estes poderes. Contudo, tal fenômeno não tem o condão de promover alteração na Constituição Federal a ponto de transferir para o Judiciário o mister de realizar atividade política intimamente afeta aos demais poderes. Ainda que assim não fosse, nota-se que, há um bom tempo, o índice de rejeição da sociedade em relação ao Poder Judiciário, especialmente em relação ao Supremo Tribunal Federal, vem crescendo de forma bastante acentuada, tal como atestou uma pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos, amplamente divulgada na imprensa em 2017 (BRAMATTI; AMENDOLA, 2017).

Aliás, o próprio Ministro Luís Roberto Barroso, em discurso realizado durante uma palestra na Universidade de Columbia em Nova York, no dia 25 de abril de 2019, afirmou que “há uma percepção em grande parte da sociedade e da imprensa brasileira de que o STF é um

obstáculo na luta contra a corrupção no Brasil” (DIAS, 2019). Referida insatisfação contra a Suprema Corte acentuou-se em razão de posicionamentos tidos pela opinião pública e por parcela considerável de juristas como lenientes em relação à elite corrupta do país, bem como depois da instauração do chamado inquérito das *fake news*, conduzido pela própria Corte, que teve por objeto averiguar focos de notícias falsas envolvendo a instituição e os integrantes do Supremo Tribunal Federal (FOLHAPRESS, 2019). Recentemente, após nova alteração jurisprudencial envolvendo a (im)possibilidade de execução de pena de prisão decorrente de condenação em segunda instância (julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43, 44 e 54 em 07 de novembro de 2019), a repulsa ao Poder Judiciário atingiu níveis tão elevados que chegou a ponto de ensejar protestos organizados contra a Suprema Corte em diversos lugares do país⁵².

Portanto, o argumento de que o descrédito nutrido contra o Executivo e Legislativo justificaria o papel representativo do Supremo Tribunal Federal (e do Judiciário em geral) é frágil, uma vez que, neste particular, isto é, em termos de ser alvo de descrédito, nenhum dos três poderes está em vantagem no cenário atual. Sobremais, quando se atribui ao juiz a função de agente de transformação social, conferindo-lhe o mister de fazer opções políticas inerentes aos demais poderes, corre-se o risco de o Judiciário se tornar um superpoder, o que fatalmente acarreta crises institucionais e representa afronta o Estado Democrático de Direito, mesmo porque uma democracia é marcada por um governo de leis e não por um governo de juízes.

Prosseguindo, também apresenta fragilidade o argumento da legitimidade democrática dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para exercer o papel representativo da sociedade. Não se discute que, em tese, poder-se-ia falar numa legitimidade indireta, mas é importante consignar que o Poder Judiciário não se resume à Suprema Corte, há magistrados de primeiro e segundo grau, que ingressaram na carreira por concurso público, sem qualquer indicação, nomeação ou aprovação política de representantes eleitos pelo povo.

Ademais, enquanto os membros do Executivo e do Legislativo são eleitos por voto direto dos cidadãos, tendo sua legitimidade controlada pelas eleições (caso os eleitores fiquem descontentes, podem deixar de votar no referido candidato nas próximas eleições), o mesmo não ocorre com os Ministros do Supremo, pois são vitalícios e tal vitaliciedade faz com que a sua representatividade indireta fique muito distante da legitimidade direta existente nos demais

⁵² Vide: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/09/cidades-tem-manifestacoes-contradecisao-do-stf-sobre-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>; <https://noticias.r7.com/brasil/manifestacoes-criticam-stf-por-derrubar-prisao-em-2-instancia-09112019>; <https://veja.abril.com.br/politica/capitais-registram-protestos-contrastf-e-liberdade-de-lula/>.

poderes. Em parte, deve-se concordar com a afirmação de que “sabendo que não podem ser controlados pelo povo através do voto, os Ministros podem ter mais isenção em suas decisões” (BREGA FILHO; ALVES, 2015). De fato, se o Supremo Tribunal Federal não extrapolasse a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, a vitaliciedade seria mesmo uma virtude para o exercício da função, mas o problema se dá quando ocorre o ativismo judicial, isto é, quando os Ministros transbordam o sentido do ordenamento jurídico e passam a imprimir nos acórdãos suas idiossincrasias, pois ninguém do povo escolheu ministros para dizer, por exemplo, se o aborto deve ser crime ou não, se a posse de drogas deve ser legalizada, descriminalizada ou não, se a homofobia ou transfobia deve ser tipificada ou não. E quando os Ministros ingressam nessas questões e as decidem com efeito *erga omnes* e vinculante, a quem o povo pode recorrer? A ninguém. Não há a quem recorrer. Daí a seriedade de se atribuir ao Judiciário papel representativo.

Por sua vez, o arrazoado de que o Legislativo e o Executivo seriam insuficientes para atender às prementes demandas sociais, por carecerem de conhecimento e de harmonia nas metas institucionais, ainda que crível, não afasta as funções institucionais das quais tais poderes estão constitucionalmente incumbidos, tampouco transfere ao Poder Judiciário as escolhas políticas inerentes às atividades administrativas e legislativas. Além disso, não obstante a existência de uma vertente que confere ao Judiciário uma espécie de legitimação teológica, como se fosse um Poder magnânimo que representasse a vanguarda moral, o bastião dos valores, o standard da ética, o fato é que, numa democracia, o Judiciário não está acima dos demais poderes, sendo que a mesma imputação de carência de conhecimento lhe é aplicável. Pode-se dizer que, muitas vezes, em se tratando de matérias afetas aos demais poderes, o Judiciário possui conhecimento ainda mais limitado, especialmente no que se refere a questões de gestão e orçamento. Outrossim, os diálogos institucionais do Judiciário com os demais poderes são mais restritos, mesmo porque não se pode comprometer a imparcialidade.

Quando se diz que os magistrados têm maior conhecimento ou capacidade técnica para atender as demandas sociais, acaba-se por subestimar e, até mesmo, desprezar a capacidade do povo em escolher os seus representantes políticos. Essa legitimidade democrática do povo, decorrente de expressa disposição constitucional (CF, art. 1º, parágrafo único), deve ser respeitada ainda que os magistrados venham a discordar (e até academicamente criticar) das pautas sustentadas pelos eleitos.

Mesmo sendo adepto do papel representativo do Judiciário, Luís Roberto Barroso (2012) adverte que a assunção de capacidade institucional por este poder, para escolher a melhor decisão em determinada matéria, pode trazer o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis

e indesejados, recomendando-se uma posição de cautela e deferência, uma vez que o magistrado “nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”. Como se não bastasse, mesmo que faça escolhas políticas desastrosas, o juiz não é passível de responsabilização política, pois não está sujeito ao crivo de eleições futuras, dada a sua vitaliciedade.

Portanto, quando o Poder Judiciário profere decisões sobre determinadas questões que dão ensejo a juízos de valoração (moral, política, ética, etc.), ainda que tais decisões sejam fundadas em argumentação racional e ainda que os argumentos pareçam bons, deve-se concordar com Novais (2010, p. 893-894), quando adverte que:

[...] se corre o risco de o Tribunal usurpar as funções políticas do legislador, substituindo as valorações políticas de quem tem legitimidade democrática para as fazer, e responde politicamente por elas, pelos valores pessoais, não eleitoralmente escrutinados, de juízes que não respondem pelas valorações em que sustentam suas decisões.

No tocante ao argumento voltado à concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, de sorte a sustentar o papel representativo, deve-se retomar a questão central desta subseção, averiguando se poderia o Poder Judiciário, diante da divisão, independência e harmonia entre os poderes (postulado inerente ao Estado Democrático de Direito), concretizar a todo custo os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, ainda que fundando-se na omissão dos demais poderes. Essa problemática envolvendo o papel representativo do Poder Judiciário para concretização de direitos fundamentais merece melhor tratamento, pois está intimamente ligada ao exercício do ativismo judicial pelos magistrados, principalmente pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que têm o monopólio da última palavra (suas decisões são irrecorríveis).

Elival da Silva Ramos (2015, p. 119) pontua que o núcleo do ativismo judicial é justamente a violação da divisão, harmonia e independência entre os poderes por um órgão jurisdicional:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa e até mesmo da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas outros Poderes. A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados.

Conforme se observa, a própria Constituição Federal estatui direitos fundamentais e permite uma certa interferência recíproca entre os poderes, conferindo ao Poder Judiciário a relevante prerrogativa de ter a última palavra acerca da interpretação da Carta Política, o que, numa análise superficial, poderia dar legitimidade ao ativismo judicial. No entanto, a referida interferência, muitas vezes, não se dá no sentido de cooperação e controle recíproco, visto que não raramente o Supremo Tribunal Federal – e com menor impacto os demais órgãos do Poder Judiciário em geral – acaba imiscuindo-se na competência de outros poderes (sobretudo do legislativo), criando normas e realizando interpretações que se afastam até mesmo do texto da própria Constituição Federal, de modo que a Corte Constitucional termina sobrepondo-se ao constituinte originário e dando ensejo a uma atuação voluntarista com alto grau de subjetivismo.

Nesse sentido, Diogo Bacha e Silva (2013, p. 157) relaciona o ativismo judicial com a violação de outros poderes ou até mesmo o exercício de função não inerente a nenhum deles:

A atitude ativista faz com que o Poder Judiciário desborde de sua função, típica ou atípica, constitucionalmente delimitada para exercer função atribuída a outro poder estatal ou, ainda, o Poder Judiciário passa a exercer uma função que não diz respeito a qualquer poder estatal.

Além de entender o ativismo judicial como violador da divisão, harmonia e independência entre os poderes, Bacha e Silva (2013, p. 157-158) rechaça a retórica justificante do ativismo judicial – comumente sustentada para legitimar o papel representativo do Poder Judiciário – no sentido de que seria imprescindível à concretização de direitos fundamentais:

Por mais que se queira proteger ou enaltecer teoricamente o ativismo judiciário, tal como a utilização de argumentos retóricos e vazios no sentido de que este é uma medida necessária para a proteção dos direitos fundamentais, é preciso salientar que principalmente em países democráticos, o ativismo judiciário sempre implicará em um juízo de desvalor que se lança sobre a tomada de decisão que não diz respeito à função jurisdicional.

Portanto, o ativismo judicial, ainda quando invocado sob o argumento de estar conferindo efetividade a direitos fundamentais, sempre será nocivo ao funcionamento harmônico dos poderes do Estado, o que coloca em xeque um dos principais argumentos destinados a justificar o papel representativo do Poder Judiciário. E aqui impende pontuar que não se está negando eficácia aos direitos fundamentais, pois estes têm legitimidade constitucional e devem ser reconhecidos, inclusive pelo Poder Judiciário e, sobretudo, pelo Supremo Tribunal Federal, quando exerce o seu papel contramajoritário. O óbice que se coloca diz respeito à criação de normas jurídicas por meio de decisões judiciais, frequentemente fincadas em cláusulas gerais, sobre as quais o intérprete-aplicador incute preceitos morais e

políticos, de sorte a fazer valer a vontade do órgão julgador, desrespeitando a legitimidade do legislador ou do administrador, desprezando a dignidade da legislação.

Jeremy Waldron (2003, p. 156-157), fazendo menção à crítica que o Judiciário faz às decisões majoritárias tomadas pelo Legislativo, salienta que as decisões proferidas no Judiciário também são tomadas por meio de votos, inclusive com discordância entre os votantes, que compõem grupo bem menor que os grupos componentes do Legislativo, razão pela qual, se as escolhas realizadas pelo Poder Legislativo são tidas por autoritárias, a mesma característica teriam as decisões tomadas pelo Poder Judiciário. E aqui no Brasil poder-se-ia acrescentar o gravame de que os juízes não são eleitos pelo povo, sendo desprovidos de legitimidade direta conferida aos legisladores. Confira-se:

Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direitos e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperança para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais de recursos são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez especialmente após deliberação!) E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio do voto e da decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupos de constituintes, não uma diferença de método de decisão. Portanto, se votar produz resultados arbitrários sob o princípio da decisão majoritária, então, boa parte do direito constitucional norte-americano é arbitrário. Como assinalam Dan Farber e Philip Frickey no excelente estudo *Law and Public Choice* [Direito e opção pública], se pensamos (por exemplo, por razões associadas aos paradoxos de escolha social) que “o caos e a incoerência são os resultados inevitáveis da votação majoritária, então, os tribunais de recursos ... foram igualmente à bancarrota ... Se aceitamos a tese no que diz respeito às legislaturas, não temos para onde nos voltar”.

Ainda que se admitisse o ativismo judicial por meio de um papel representativo do Supremo Tribunal Federal – o que se argumenta apenas por amor ao debate – a Corte Constitucional, em atenção ao princípio democrático deveria, ao menos, refletir posicionamentos já sedimentados nos juízos de primeira instância, pois estes estariam incomparavelmente mais próximos da realidade social, tendo maior capilaridade para identificar os problemas enfrentados pela população para, então, suprir os anseios da sociedade no que concerne às escolhas morais, políticas, éticas, etc. Entretanto, o que comumente ocorre são decisões do Pretório Excelso que não encontram eco nas decisões anteriormente sedimentadas em primeira instância, nem tampouco em segunda instância, de sorte que onze Ministros (quando não seis, nos casos de decisões tomadas por maioria) acabam ditando as regras, estampando suas idiossincrasias, comumente valendo-se das cláusulas gerais e das denominadas novas categorias da hermenêutica constitucional.

Retomando a ilegitimidade do ativismo judicial por ofensa à divisão, harmonia e independência dos poderes, não se nega que todo ser humano tem em si um conjunto de valores que compõem a sua cosmovisão e, do mesmo modo, sendo o Poder Judiciário representado por seres humanos, também os julgadores têm suas respectivas cosmovisões, mas, no exercício de suas funções, os magistrados devem respeitar o ordenamento jurídico e ter em mente que o local adequado para discussões morais, políticas, ideológicas, etc., não é o Poder Judiciário, mesmo porque “a função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse” (SILVA, 2017, p. 110).

É inolvidável que as decisões majoritárias tomadas no Legislativo devem ser analisadas pelo Judiciário à luz da Constituição Federal, pondo em prática o papel contramajoritário e, assim, tutelando direitos fundamentais. Porém, a aversão ao majoritarismo do Legislativo por parte do Judiciário, apenas para dar lugar a escolhas políticas que os magistrados entendam melhores e mais adequadas às cláusulas gerais previstas na Constituição, mostra-se arbitrária e carecedora de legitimidade democrática.

O pluralismo inerente às sociedades multiculturais dos dias atuais, como ocorre no Brasil, produz uma gama de cosmovisões com inúmeras distinções, o que reclama uma convenção para uma vida coletiva, tolerando-se e respeitando-se as diferenças. Assim, é natural a existência de divergências de concepções relacionadas à moral, ética, política, religião, justiça, etc., mas a decisão de quais concepções deverão prevalecer numa determinada sociedade não cabe ao Poder Judiciário, mas sim aos demais poderes, especialmente ao Legislativo, pois a este incumbe a “edição de regras abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica” (SILVA, 2017, p. 110), principalmente quando o sistema vigente seja de tradição romano-germânica (*civil law*), onde a fonte social autorizada a produzir direito válido é o Estado-Legislator.

Diante das considerações supra, bem como relembrando o modelo teórico do direito adotado nesta pesquisa (positivismo jurídico moderado) e os parâmetros referentes à hermenêutica constitucional também adotados neste trabalho, pode-se divergir da doutrina que atribui ao Judiciário um papel representativo ensejador do ativismo judicial e, por outro lado, pode-se aderir à conclusão de Diogo Bacha e Silva (2013, p. 184) quando diz que o ativismo judicial põe em xeque a divisão dos poderes, nos seguintes termos:

O ativismo judicial ocorre quando uma decisão busca utilizar argumentos morais, éticos, políticos, religiosos ou pragmáticos ao invés de discursos jurídicos de aplicação imparcial de normas jurídicas. A separação de poderes, conceituada pela teoria discursiva de acordo com a institucionalização do discurso, ficaria em xeque. [...] O Poder Judiciário, assim, não poderá decidir um litígio pretendendo impor

questões morais, éticas ou políticas, tendo em vista a pluralidade de visões de mundo existentes em nossa sociedade.

Atento em estabelecer o papel democrático do Poder Judiciário num Estado Democrático de Direito, Bacha e Silva (2013, p. 183), além de defender o exercício independente e harmônico de cada uma das funções inerentes aos três poderes da República, bem como afastar qualquer utilização de argumentos pessoais do julgador quando exerce o poder jurisdicional, faz distinção entre discurso de fundamentação (utilizado pelo Legislador para criação de textos normativos) e discurso de aplicação (utilizado pelo Judiciário para encontrar a norma jurídica válida e adequada à solução de determinado caso concreto), salientando que o ativismo judicial assume um significado específico num Estado Democrático de Direito, consistindo num “comportamento do Poder Judiciário que implica em uma problemática para a separação dos poderes”.

E o que seriam esses discursos de fundamentação e aplicação? Aqui deve-se recorrer a Klaus Günter (2004). Tais discursos dizem respeito à relação entre a moral e o direito. Em linhas gerais, no discurso de fundamentação (ou de justificação), realizado pelo Legislador na elaboração de normas jurídicas, a norma é considerada válida *prima facie*, independentemente de sua aplicação. São admitidas razões de todas as ordens para justificar o texto normativo neste discurso, como morais, éticas, religiosas, pragmáticas, etc. Há, portanto, uma universalização de juízos morais na elaboração da norma. Já no discurso de aplicação, realizado pelo Poder Judiciário, visa-se “adequar a aplicação de uma norma válida *prima facie*, levando em consideração todas as circunstâncias do caso concreto” (SILVA, 2013, p. 178). Assim, no discurso de aplicação, o julgador, considerando as particularidades do caso concreto, escolherá a norma jurídica adequada para solucionar a situação posta em juízo.

Flávio Quinaud Pedron (2008, p. 63) bem distingue os legitimados e respectivos âmbitos de atuação nos discursos de justificação e aplicação:

Por meio dos discursos de justificação, o legislador político avalia um espectro ilimitado de razões normativas e pragmáticas, traduzindo-as à luz do código do Direito. O aplicador jurídico, por outro lado, encontra uma constelação de normas bem mais limitadas – ele apenas pode lançar mão das escolhas já feitas pelo legislador. Além disso, todas as escolhas do legislador, uma vez traduzidas conforme o código do Direito, agora funcionam sob a lógica jurídica. Por isso mesmo a tarefa deixada a cargo do aplicador não é mais justificar tais razões, mas encontrar, dentre as que o legislador considerou como *prima facie* válidas, a adequada para fornecer uma fundamentação acerca da correção da ação singular trazida pelo caso *sub judice*.

Como se verifica, o princípio democrático guarda íntima vinculação com os discursos supracitados, uma vez que em tais discursos estão bem definidos os respectivos legitimados a emprega-los, bem como os seus limites e finalidades, de sorte que “o legislador poderá utilizar-

se de argumentos amplos para fundamentar as normas, enquanto o aplicador deve limitar sua aplicação, adequação ao caso concreto” (SILVA, 2013, p. 180).

Retoma-se, portanto, o que já fora mencionado no capítulo inicial desta pesquisa acerca da maior amplitude da liberdade de escolha por parte do Poder Legislativo, mesmo porque os seus membros são detentores de mandato popular. Nesse sentido, cabe citar Elival da Silva Ramos (2015, p. 62):

Não se nega que os magistrados ou os juristas exerçam suas respectivas atividades (operacionais ou científicas) de modo diverso dos representantes políticos, em relação ao direito. Estes últimos praticam a política legislativa, com acentuada liberdade de opção entre as diretrizes em disputa, ao passo que aqueles outros devem respeitar as opções feitas, sendo-lhes facultada apenas a movimentação permitida pela normatização das escolhas políticas primárias.

Do trecho compilado acima denota-se que Ramos distingue escolhas políticas primárias (que competem ao Legislativo) de escolhas políticas secundárias (que competem aos juízes e juristas), sendo estas de natureza supletiva, complementar, em relação àquelas que são formalizadas nos textos legislativos. Em corolário, é vedado ao magistrado “substituir os juízos políticos do legislador pelos seus próprios valores, sob pena de transformar o poder judicial numa réplica ilegítima do Parlamento” (NOVAIS, 2010, p. 884).

Por conseguinte, para que o Poder Judiciário desempenhe seu papel dentro das balizas que regem o Estado Democrático de Direito, inclusive quando atuando na tutela de direitos fundamentais, a argumentação da decisão judicial não deve se valer de um discurso de fundamentação (que confere maior liberdade e admite a invocação argumentos morais, éticos, religiosos, políticos e pragmáticos), sob pena de ofensa ao princípio democrático e à divisão de poderes (CF, art. 1º, caput, e art. 60, §4º, III), pois este tipo de discurso (de fundamentação) compete apenas ao Legislador por ocasião da elaboração das normas jurídicas. Ademais, cabe anotar que a utilização de um discurso de fundamentação pelo Supremo Tribunal Federal é ainda mais nociva à democracia e à divisão de poderes, haja vista que suas decisões, quando proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em geral, além de serem irrecorríveis (o Supremo tem a prerrogativa da última palavra).

Retomando a temática do ativismo judicial à luz dos tipos de discursos acima referidos, pode-se concluir que o papel representativo, que alguns atribuem ao Judiciário, estimula o ativismo judicial, que ocorre quando o Poder Judiciário profere decisão valendo-se de um discurso de fundamentação ao invés de se limitar a um discurso de aplicação. Nas palavras de Diogo Bacha e Silva (2013, p. 184):

Uma decisão jurisdicional, portanto, será ativista na medida em que invada o discurso de fundamentação próprio do Poder Legislativo. O ativismo judicial ocorre quando uma decisão busca utilizar argumentos morais, éticos, políticos, religiosos ou pragmáticos ao invés de discursos jurídicos de aplicação imparcial das normas jurídicas. A separação de poderes, conceituada pela teoria discursiva de acordo com a institucionalização do discurso, ficaria em xeque.

Em suma, à luz do que fora visto no primeiro capítulo desta pesquisa, tem-se que os modelos teóricos do jusnaturalismo e do pós-positivismo, ao permitirem ao julgador trazer para a interpretação-aplicação do direito pautas morais e políticas, acabam se escorando num discurso de fundamentação, de maneira que vilipendiam a divisão, harmonia e independência dos poderes, motivo pelo qual, mais uma vez, mostra-se prudente a adoção do modelo teórico proposto na seção inicial, qual seja: o positivismo jurídico moderado. Tal modelo respeita a dignidade da legislação, a divisão de funções entre os poderes e o regime democrático, sem perder de vista a tutela de direitos fundamentais, o exercício do papel contramajoritário e a realização de atividade interpretativa pelo Poder Judiciário, que não se limita a ser *bouche de la loi* e, por outro lado, também não adere ao moralismo jurídico.

3.4 Ativismo Judicial, Bem Jurídico Penal e a Imparcialidade do Juiz

Considerada a definição de ativismo judicial adotada no presente trabalho, verifica-se que um juiz ativista vilipendia o regime democrático, invade papel reservado a outros poderes e exerce atividade criativa mediante a interpretação de textos normativos, sobretudo valendo-se daqueles textos da Constituição que são considerados cláusulas gerais, com vagueza e amplitude cognitiva.

Há quem vá mais longe, como Renato Soares de Melo Filho (2019, p. 113), entendendo que “o ativismo judicial [...] não é apenas antidemocrático: é uma postura que, dada a configuração das Cortes, favorece sempre um lado da questão em determinado período, por mais que esse lado possa mudar com o passar das décadas – mas é sempre um projeto de poder”. Nessa perspectiva, o ativismo judicial não seria apenas inconstitucional – por violar postulados do Estado Democrático de Direito – mas também imoral, por visar um projeto de poder.

Em que pese a pequena diferença de propósito do ativismo judicial nas posições acima, o fato é que “o ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública” (STRECK, 2018a).

Recobrada a definição de ativismo judicial, impende lembrar algumas peculiaridades informadoras do direito penal, que influenciaram e influenciam a hermenêutica neste campo, bem como tornam o ativismo ainda mais nocivo quando incidente nesse ramo do direito: a) a superação do Estado absolutista, no qual o monarca concentrava em suas mãos a prerrogativa de dizer o que era justo num determinado caso concreto, independentemente da existência ou do teor de normas concretas; b) a consolidação do postulado da legalidade penal como cláusula pétrea na Constituição Federal, abrangendo a reserva legal, a taxatividade, a vedação da retroatividade da lei mais gravosa e a proibição da analogia *in malam partem*; c) a importância dos bens jurídicos ligados ao direito penal, envolvendo os direitos fundamentais relacionados à liberdade e à segurança; d) o respeito aos mandados constitucionais de criminalização, que restringem até mesmo a liberdade dos legisladores na elaboração de leis penais, tanto mais a liberdade dos julgadores na interpretação-aplicação das leis dessa natureza; e) o respeito à dignidade da legislação penal representada pela escolha democrática (efetuada pelos representantes do povo – legisladores) dos bens jurídicos protegidos mediante a tipificação taxativa de condutas em leis penais; e f) a impossibilidade de se abandonar a codificação penal com a facilidade que se abandona a codificação civil, uma vez que, no direito penal, quanto maior a taxatividade, maior a proteção do direito à liberdade.

Consoante se verifica, as peculiaridades que envolvem a criação e a interpretação da legislação penal se devem aos bens jurídicos que conferem fundamento à tutela estatal neste ramo do direito, quais sejam: o direito fundamental à liberdade de locomoção (CF, art. 5º, *caput*, II, XV, XXXIX, XL, XLI, XLV, LIV, LV, LVII, LXI, LXV, LXVI e LXVIII) e o direito fundamental à segurança pública (CF, preâmbulo, art. 5º, *caput*, XI, XLII, XLIII, XLIV, XLVIII e LXI, art. 6º e art. 144)⁵³.

O direito à liberdade de locomoção não possui maiores dificuldades de apresentação, pois, tratando-se de um direito fundamental de primeira geração, é muito caro aos seres humanos, não podendo ser tolhido arbitrariamente pelo Estado, motivo pelo qual os indivíduos têm à sua disposição diversas garantias constitucionais para protegê-lo, as quais decorrem do princípio da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII), podendo ser citadas, exemplificativamente, a garantia do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, do *habeas corpus*, etc.

⁵³ Tratando-se de direitos fundamentais, tanto a liberdade de locomoção quanto a segurança pública gozam das seguintes características: historicidade (dotados de caráter histórico, com nascedouro e desenvolvimento); universalidade (têm por destinatários todos os indivíduos, indiscriminadamente); irrenunciabilidade (embora admitam abstenção de seu exercício, não admitem renúncia); inalienabilidade (não podem ser transferidos); relatividade (não são direitos absolutos); complementariedade (são cumulativos); interdependência (estão vinculados entre si) e imprescritibilidade (não se perdem pelo decurso do tempo).

Referido postulado da não culpabilidade, posto em evidência quando se trata da liberdade, encontra-se positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Por outro lado, embora seja bastante comum trazer à baila, quando se fala em ciências criminais, o direito à liberdade de locomoção, da mesma forma é comum, por outro lado, deixar em segundo plano a segurança pública, que também é um direito fundamental, umbilicalmente ligado ao ramo do direito penal e à noção de bem jurídico.

Segundo Valter Foletto Santin (2013, p. 45), “o direito à segurança pública sempre esteve presente na história da humanidade, tanto nas fases de tribos, cidades, impérios, reinos e sociedade como no Estado moderno, pelo fornecimento de proteção ao povo”, visando garantir o convívio social em paz e tranquilidade, por meio da tutela da incolumidade pessoal e patrimonial. Atualmente, esse direito fundamental está expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. Ademais, referido direito também é referenciado no preâmbulo da Constituição e nos seus arts. 6º e 144, valendo salientar que os dispositivos em comento não tratam diretamente da segurança jurídica, como às vezes se vê na doutrina, mas sim da segurança pública.

Nesse sentido, mais uma vez são esclarecedores os apontamentos de Valter Foletto Santin (2013, p. 48):

O termo “segurança” constante do preâmbulo e dos arts. 5º, *caput*, e 6º da Constituição Federal, deve ser interpretado como relativo ao direito à segurança pública, predominantemente de caráter difuso, que visa tutelar a manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, CF), componente importante para a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º) e exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, preservação da harmonia social e solução pacífica das controvérsias (preâmbulo da Constituição Federal). Soa estranha a consideração do termo segurança como segurança jurídica, relativa à firmeza do ordenamento legal e das relações jurídicas, porque o próprio sistema constitucional e normativo já configura a própria segurança jurídica, embasada num estatuto fundamental, a Constituição Federal, prevendo direitos e garantias individuais e coletivas e a formação do Estado Democrático de Direito, em que o direito tem grande importância.

A segurança pública está intimamente ligada à atividade jurisdicional na esfera penal. Isso porque, depois de praticado um delito, é necessário o devido processo legal para que a autoridade judiciária competente possa aplicar ao infrator a correta sanção penal, garantidos o contraditório e a ampla defesa. Nesse passo, os órgãos que, de alguma forma, tutelam a

segurança pública exercem “parcela da soberania estatal, na interferência do exercício da liberdade e propriedade do cidadão na manutenção da paz pública” (SANTIN, 2013, p. 34).

É com base nestes postulados fundamentais que o Estado elege os bens jurídicos que merecem ser protegidos pelo direito penal, cabendo aos legisladores (e não aos juízes), que são representantes eleitos democraticamente pelo povo, tipificar condutas e cominar as respectivas sanções, sob o farol da Constituição. Cabe salientar que, no direito penal, deve ser conferida maior ênfase à função do Parlamento, haja vista a prerrogativa decorrente do princípio da reserva legal, positivado no art. 5º, XXXIX, Constituição Federal (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal). A tipificação de condutas típicas e antijurídicas constitui matéria absolutamente reservada à lei, ou seja, o legislador é o protagonista exclusivo nesta seara.

Feitas estas considerações, pode-se adentrar à noção de bem jurídico penal. Para fins didáticos, é de bom alvitre fracionar a terminologia, pelo que se tratará, primeiramente, do que vem a ser um bem, prosseguindo para a ideia de bem jurídico e culminando com a definição de bem jurídico penal.

Assim, “a noção de bem está ligada intrinsecamente à noção de utilidade, como condição para satisfazer o interesse do homem. Assim, em sentido amplo, bem se mostra como algo digno, útil, necessário ou valioso” (ISHIDA, 2017, p. 18). Em termos mais simples, a noção de bem está ligada àquilo que é capaz de satisfazer uma necessidade humana.

Já a ideia de bem jurídico diz respeito àquilo que, além de estar apto a satisfazer uma necessidade, goza de proteção pelo ordenamento jurídico. Por isso, nem todo bem pode ser considerado bem jurídico, vez que este último deve ser protegido pelo ordenamento jurídico.

Na esfera civil, o bem jurídico é identificado por coisas materiais ou imateriais que possuem valor econômico e podem servir como objeto de uma relação jurídica. Já na esfera penal, segundo Ishida (2017), o bem jurídico deve ter um substrato subjetivo, ou seja, deve ser um bem existencial, tal como a vida, a integridade física, a liberdade sexual, o patrimônio, etc. O direito penal vai tutelar os bens jurídicos fundamentais, isto é, indispensáveis à vida em comum.

Portanto, bem jurídico penal pode ser definido como aquilo que está apto a satisfazer uma necessidade humana que seja fundamental para a vida em determinada comunidade e que goze de proteção jurídica estatal por meio de normas penais incriminadoras, as quais tipificam condutas lesivas a tais bens e cominam as respectivas penas, atingindo, diretamente, a liberdade do agente.

É importante pontuar que não é qualquer conduta que, indiscriminadamente, pode ser tipificada como crime, tampouco pode ser qualquer pessoa alvo de sanção penal, visto que, além de o legislador ter a Constituição Federal como limite de sua atividade legiferante, o agente somente pode ser punido quando poderia evitar suas ações, isto é, “a pena, nesse sentido, pode ser entendida como algo comunicável, inteligível ao autor, ou seja, entendendo este como uma pessoa capaz de emitir juízos morais, capaz de compreender suas limitações na sociedade” (ISHIDA, p. 21). É a possibilidade do exercício desse juízo de reprovação pelos agentes que pressupõe que a conduta pode ser punível, não constituindo óbice ao legislador a tipificação de condutas que representem apenas um perigo (e não um dano efetivo) ao bem jurídico penalmente tutelado, mesmo porque cabe ao legislador fazer juízo de probabilidade e gravidade do dano potencial que a conduta de perigo pode causar.

As questões que aqui se colocam são: quais são os bens jurídicos fundamentais de uma sociedade? Quem os define?

As respostas a estas indagações já foram explanadas acima, visto que, à luz da legalidade, no direito penal cabe apenas ao legislador, que representa a sociedade, eleger os bens jurídicos mais caros a esta sociedade e, assim, tipificar condutas e sanções. Não se ignora tratar-se de uma difícil tarefa considerar um bem jurídico como penalmente tutelável ou excluí-lo desta tutela, pois os critérios podem variar no tempo e, também, de comunidade para comunidade, segundo os respectivos valores. Entretanto, não é objeto desta pesquisa fazer uma crítica aos critérios utilizados pelo legislador para exercer tal mister, mas sim assentar que não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir nesta função constitucionalmente relegada ao Poder Legislativo, sob pena de violar o regime democrático e a divisão, independência e harmonia entre os poderes, em claro ativismo judicial.

Há quem entenda, como Tebet (2009), Pozzebon e Falavigno (2016), que o ativismo judicial em matéria penal, em favor do réu, visando buscar a efetivação de direitos fundamentais, é salutar. Entretanto, com o devido respeito, conforme já abordado neste trabalho, a nocividade da interferência do Poder Judiciário na esfera criminal não se limita aos casos em que os juízes atuam de maneira ativista para prejudicar o réu, mas também quando o fazem em benefício deste, mesmo porque, de um ou de outro lado, acutilla-se a democracia representativa e os direitos fundamentais à liberdade e à segurança.

A salvaguarda de direitos fundamentais não importa em ativismo judicial, mas em cumprimento da Constituição Federal. O que de fato ocorre muitas vezes é a utilização de argumento consistente na necessidade de concretização de direitos fundamentais para que o julgador possa incutir em suas decisões suas idiosincrasias, sua cosmovisão de moralidade e

justiça, afastando ou mitigando a legislação penal e, conseqüentemente, os critérios utilizados pelo legislador ao positivizar determinada norma penal.

Sobre o tema, vale citar, novamente, Carlos Maximiliano (2008, p. 266-267):

Tanto ao apurar a criminalidade, como ao verificar a existência de circunstâncias agravantes, o fãl do juiz deverá ser a interpretação exata, o sentido estrito da lei. O brocardo não autoriza o julgador a criar pena mais branda, nem a forçar a exegese de modo que resulte absolvição, ou, pelo menos, castigo menor: permiti-lo importaria em escancarar a porta ao arbítrio sentimental, à piedade mórbida, em se tratando de aplicar o Direito. Quer no campo da prova, quer no da Hermenêutica, o tribunal procurará sempre atingir a verdade, e só depois de verificada a impossibilidade de a descobrir e revelar, nítida, precisa, optará pela solução mais benigna.

Portanto, o julgador tem o dever de buscar o exato sentido da lei penal, interpretando-a de forma efetiva, sem alterar o seu significado, seja em favor, seja em desfavor, do réu.

Alguns poderiam argumentar que a analogia *in bonam partem* é permitida, o que abonaria o ativismo judicial *pro reo*. Entretanto, a analogia constitui método de integração normativa (em caso de lacuna no ordenamento) e, portanto, além de observar critérios de semelhança de regra aplicável a outro caso (não se contenta com mera interpretação e aplicação de cláusulas gerais, como princípios), não importa em ativismo. Este, por sua vez, equivale a negar vigência à legislação penal ou mitiga-la, mediante imposição de valores próprios, em desprezo às escolhas feitas pelo legislador, ofendendo o Estado Democrático de Direito, especialmente a tripartição dos poderes.

Em corolário, o ativismo judicial sempre traz em si um ato de vontade do juiz que viola a necessária imparcialidade, entendida não como neutralidade (esta é utópica), mas como ausência de interesse na questão posta em juízo e garantia de tratamento igualitário às partes litigantes (DIDIER JR, 2005, p. 76). Aliás, “a palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial” (BADARÓ, 2015, p. 44). Muito embora a imparcialidade não esteja expressamente positivada na Constituição Federal, decorre da garantia do juiz natural, que vem insculpada no art. 5º, inciso XXXVII, do texto constitucional, nos seguintes termos: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Desse modo, juiz natural, no processo penal, é a autoridade judiciária previamente conhecida, com regras de competência objetivas, fixadas anteriormente à prática do ilícito penal, razão pela qual decorre dessa garantia a vedação constitucional de criação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, CF)⁵⁴.

⁵⁴ Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 70) leciona que “juízo ou tribunal de exceção é aquele juízo instituído após a prática do delito com o objetivo específico de julgá-lo”. Dessa forma, no processo penal constitucional é vedada

Alexandre de Moraes (2015, p. 93) sintetiza o conteúdo do postulado do juiz natural da seguinte forma:

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.

Do trecho acima transcrito, extrai-se que Moraes atrela à garantia do juiz natural não somente a imparcialidade do juiz, mas também a sua independência, mesmo porque, a independência é pressuposto para a imparcialidade. É bem por isso que os magistrados gozam de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, previstas no art. 95 da Constituição Federal (BADARÓ, 2015). Cabe pontuar, abrindo um parêntese, que essas prerrogativas, muitas vezes criticadas pelos leigos, não constituem privilégios dos juízes, mas sim garantias à própria população, de que os magistrados possuem plenas condições de julgar as mais diversas causas com independência e imparcialidade, sem receio, por exemplo, de decidir contra poderosos sob eventual ameaça de remoção compulsória para outra comarca (a inamovibilidade garante essa isenção por ocasião do julgamento).

No entanto, como mencionado, o juiz ativista deixa de ser imparcial e independente, passando a adotar uma “atitude ou comportamento que revela, por meio de determinações calcadas em motivações, sobretudo fluidas e dissociadas de normas objetivas, índole militante predisposta a determinada transformação que vá além do deduzido no processo apreciado” (MELO FILHO, 2019, p. 125). Consequentemente, um Judiciário ativista ofende a garantia constitucional do juiz natural, da qual, repita-se, decorrem a imparcialidade e a independência.

Focando no direito penal, é interessante anotar que Zaneti Jr (2017) faz uma diferenciação entre a independência do juiz que atua na esfera civil e do juiz criminal. Salienta que a independência do juiz civil se caracteriza por sua imparcialidade diante da autonomia da vontade dos litigantes, da igualdade entre o Estado e o cidadão, bem como da finalidade pública prescrita no ordenamento constitucional e infraconstitucional. Já na esfera criminal, dadas as peculiaridades que envolvem o direito penal, a independência do juiz estaria garantida pela sua sujeição à lei, calcada na estrita legalidade ou taxatividade das figuras típicas e, portanto, pelo caráter o mais cognitivo possível do juízo (o que decorre da busca pela verdade dentro das balizas da legalidade). Não é por outro motivo que, no direito penal, eventual desapego à legalidade, à codificação, à taxatividade, à certeza daria ensejo à arbitrariedade judicial e à

a designação de juiz para julgar um processo criminal específico, cujos fatos ocorreram anteriormente à designação do magistrado.

insegurança jurídica, ante a volatilidade a que estariam sujeitas as decisões judiciais.

A propósito, cabe destacar que uma hiperconstitucionalização do direito penal, especialmente defendida por pós-positivistas, tem levado a conclusões ativistas que trazem insegurança. Princípios como da proporcionalidade e da razoabilidade têm sido utilizados para defender ideias particulares de magistrados, a pretexto de estarem interpretando as leis penais à luz da Constituição Federal, quando, em verdade, estão fazendo valer as suas próprias concepções de justiça, moralidade, ética, etc.

Luís Roberto Barroso (2018, p. 422), por exemplo, menciona que “algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes”. Referido jurista faz menção ao caso objeto do *Habeas Corpus* 124.306/RJ (DJE 17/03/2017), no qual a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal afastou a prisão preventiva de médicos e outros funcionários da clínica de aborto, entendendo ser inconstitucional a criminalização da interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre, visto que violaria direitos fundamentais da mulher e o princípio da proporcionalidade.

Diante desse exemplo, são inevitáveis os seguintes questionamentos: será que a legislação que criminaliza o aborto viola valores expressos na Constituição como direitos fundamentais? A descriminalização do aborto reflete eventual transformação dos costumes da sociedade brasileira? O direito de interrupção voluntária da gravidez até o primeiro trimestre deve ser tratado no âmbito do Poder Judiciário ou seria um assunto cujo debate deveria ocorrer perante o Poder Legislativo? O princípio da proporcionalidade pode servir de base para justificar a inconstitucionalidade do crime de aborto, vigente no Código Penal desde 1940? Evidentemente, referido caso – dentre outros – será melhor explorado no último capítulo deste trabalho, porém, cabe mencionar aqui a insegurança jurídica que a Suprema Corte tem propagado ao tocar temas tão sensíveis e caros a uma sociedade, fazendo-o como subterfúgio de estar conferindo eficácia normativa à Constituição e como se estivesse maximizando direitos fundamentais.

Confira-se, a título de outro exemplo, o que escreve Luís Roberto Barroso (2018, p. 422-423) acerca das penas privativas de liberdade que, diga-se de passagem, são escolhidas pelo legislador para punir condutas criminosas:

Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordem hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta

de razoabilidade ou proporcionalidade; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição.

O autor menciona que a disciplina jurídica aplicável a uma infração penal não ficar aquém e nem ir além do necessário à proteção dos valores constitucionais envolvidos, sob pena de inconstitucionalidade por omissão ou por ofensa à razoabilidade ou proporcionalidade.

Como já consignado, concorda-se que o bem jurídico, para ter tutela penal, deve ser de maior relevância para uma determinada sociedade e, além disso, a sanção penal deve variar de acordo com a gravidade da conduta tipificada, mas quem define quais os bens jurídicos penalmente relevantes e a sanção aplicável é o legislador, que tem mandato popular para tanto. Difícil definir o que seria, abstratamente, uma sanção além ou aquém da relevância do bem jurídico, mais difícil ainda seria conferir legitimidade ao Judiciário para dizer quando o legislador foi além ou aquém, sem que houvesse ofensa ao postulado da divisão, independência e harmonia entre os poderes. Para fazer eventual juízo de proporcionalidade ou razoabilidade acerca da tipificação de condutas e das respectivas penas cominadas, tirante os casos de mandados constitucionais de criminalização – em que a própria Constituição determina a tipificação e a punição mais severa – o Judiciário teria que se escorar em parâmetros conferidos pelo próprio legislador, como por exemplo no caso em que fosse tipificado um crime de furto com previsão abstrata de pena privativa de liberdade superior à cominada ao crime de roubo.

Enfim, como pontuado reiteradas vezes no decurso desta pesquisa, não se está defendendo um modelo hermenêutico do século XIX, onde os juízes se limitavam a aplicar a letra fria da lei, tampouco se está advogando que os textos legislativos são tão objetivos que não comportam atividade interpretativa. É inolvidável que os juízes são verdadeiros intérpretes do direito. Todavia, por mais que tenham suas convicções teóricas pessoais (e ainda que tais convicções lhes pareçam boas), os magistrados devem respeitar a dignidade da legislação, as opções feitas pelo legislador (sobretudo pelo constituinte) e absterem-se de invocar cláusulas gerais – leia-se princípios ou conceitos jurídicos indeterminados – para impor em decisões suas idiossincrasias e modificar o sentido conferido pelo legislador aos textos normativos interpretados. Em respeito à reserva legal, a escolha dos bens jurídicos penalmente relevantes cabe ao Poder Legislativo, que tem como limite a Constituição Federal, cujos textos normativos não podem ser manipulados pelo senso moral, político, ético ou de justiça do juiz, sob pena de violação da imparcialidade e, conseqüentemente, da cláusula pétrea consistente na garantia do juiz natural.

Num regime democrático, a tripartição dos poderes é fundamental. O ideal seria o equilíbrio no funcionamento das instituições, sem que o Judiciário se revele como um “guardião

entrincheirado” e sem que o Parlamento se torne um “legislador acanhado”, nas terminologias empregadas por Mendes (2008). Os diálogos institucionais são sempre bem vindos, mas o caminho para tanto não parece ser a supremacia judicial (mesmo que admitamos que em alguns casos o Legislativo acaba positivando o que é deliberado no âmbito do Judiciário). Isso porque a consequência do protagonismo judicial pode ser desastrosa, isto é, quando o Judiciário se apropria de um discurso de fundamentação, próprio do Legislativo, os riscos de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, aos quais se refere Barroso (2018), são reais e geram crises institucionais e insegurança jurídica, recomendando-se, portanto, uma postura deferente, cautelosa. Ademais, ao usurpar funções de outro poder, o Judiciário acaba extirpando uma esfera de debate político-democrático institucional, extremamente importante para o amadurecimento de assuntos tão caros à sociedade.

Não se ignora que os elementos teóricos coletados e sustentados nesta pesquisa, no sentido de inadmitir o ativismo judicial em matéria penal, trazem alguns riscos, como um legalismo hermético, um passivismo judicial – no sentido trabalhado neste capítulo – ou um comodismo das instituições. Entretanto, os danos que o ativismo judicial proporciona ao regular funcionamento das instituições acenam para um cenário bem mais desastroso, afetando pilares da democracia e trazendo insegurança jurídica, mormente quando se fala em direito penal, visto que, neste caso, o ativismo acutela direitos fundamentais consistentes na segurança pública e na liberdade de locomoção.

Concluída a exposição teórica proposta, pode-se passar à análise de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, a fim de constatar o ativismo judicial mediante processos hermenêuticos que, embora invoquem a Constituição, extrapolam os limites do poder jurisdicional e acarretam usurpação de funções pertencentes a outro Poder da República.

4 ANÁLISE CRÍTICA DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA PENAL

Conforme apresentando na introdução, o objetivo geral dessa pesquisa foi investigar os processos tradicionais e contemporâneos de interpretação constitucional influenciados pelos principais modelos teóricos do direito (jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo), para que, contrastando as informações coletadas e estruturando um bloco hermenêutico com recorte epistemológico no direito penal, fosse possível estabelecer uma definição de ativismo judicial e, então, analisar a sua incidência em matéria penal.

A investigação teórica foi concluída, restando agora analisar, a partir da teoria que envolve o ativismo judicial e os obstáculos hermenêuticos para o protagonismo em matéria criminal, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que demonstram o ativismo da Corte na interpretação de textos normativos que envolvem o direito penal.

Os julgados selecionados versam sobre a mitigação da reprimenda ao tráfico de drogas (HC 82.959/SP, HC 97.256/RS, HC 111.840/ES e HC 118.533), a descriminalização do aborto durante o primeiro trimestre de gestação (HC 124.306/RJ e ADPF 442) e a criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26).

4.1 A mitigação da sanção no crime de tráfico de drogas (HC 82.959/SP, HC 97.256/RS, HC 111.840/ES e HC 118.533/MS)

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII, relaciona condutas criminosas contra as quais impõe reprovação mais intensa, ou seja, dentre os direitos individuais fundamentais, a Constituição determinou que a lei considerasse crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Ainda dentre os direitos individuais fundamentais, a Carta Republicana estatuiu que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei” (CF, art. 5º, LI). Como se verifica, a extradição de brasileiro naturalizado é possível até mesmo em razão de crime praticado após a naturalização, desde que tal crime diga respeito ao tráfico drogas, dada a reprovação da referida conduta pelo texto constitucional.

Como se não bastasse, o art. 243 da Constituição Federal⁵⁵, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 81 de 2014, reportando-se ao art. 5º, impõe o confisco de propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País, onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, para fins de reforma agrária e programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Portanto, numa interpretação gramatical e sistemática dos textos normativos constitucionais, fica evidente o propósito do texto constitucional em tratar o tráfico de drogas com maior rigor, inclusive equiparando-o aos crimes hediondos, autorizando extradição de brasileiros (com envolvimento com o tráfico) após a naturalização, bem como impondo o confisco de imóveis utilizados para o plantio de plantas psicotrópicas.

Dessa forma, a Lei 8.072/90, Lei dos crimes hediondos, seguindo o mandamento constitucional, previu o cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os que condenados pela prática de crime de tráfico de drogas (art. 2º, §1º)⁵⁶.

No entanto, em 23 de fevereiro de 2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, declarando a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei dos crimes hediondos. O acórdão considerou que a progressão no regime de cumprimento de pena tem como razão maior a ressocialização do preso e, por isso, o dispositivo legal em questão estaria em conflito com o princípio da individualização da pena previsto expressamente no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Eis a ementa do referido acórdão:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. (STF, HC 82.959/SP, Tribunal Pleno, j. 23/02/2006, Relator Min. Marco Aurélio, DJ 01/09/2006 – ATA Nº 27/2006).

⁵⁵ Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

⁵⁶ Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) §1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

O referido julgamento ignorou os dispositivos constitucionais que trazem expresso e claro comando no sentido de reprimir mais severamente os crimes hediondos e os assemelhados (dentre estes, o tráfico de drogas). Ademais, os ministros invocaram cláusula geral, prevista no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal (individualização da pena), para rechaçar regras constitucionais específicas aplicáveis ao tráfico de drogas.

É bem de ver que não há, no referido art. 5º, XLVI, da Constituição, qualquer referência ao sistema progressivo de cumprimento de pena, menos ainda à sua observância obrigatória em todos os crimes. Outrossim, a citada norma constitucional não faz menção à ressocialização⁵⁷, mas apenas referências às modalidades de sanções e à necessidade de individualização da pena pela legislação infraconstitucional. Nesse sentido, não há óbice ao legislador infraconstitucional em instituir ou não o regime progressivo de penas, tampouco há obstáculo constitucional à vedação de progressão de regime em crimes graves – dada a relevância do bem jurídico penalmente protegido –, mormente quando se fala em condutas tipificadas em decorrência de mandado constitucional de criminalização, sobretudo quando o mandamento constitucional prevê um tratamento mais rigoroso, como se dá nos crimes hediondos e assemelhados. Logo, não há motivo para afastar a conclusão de que a Lei 8.072/90 apenas impôs o regime integralmente fechado para cumprimento de pena em caso de crime hediondo ou equiparado justamente em atenção ao comando constitucional.

O posicionamento da Suprema Corte, além de possibilitar a progressão de regime ao tráfico de drogas e aos crimes hediondos, fê-lo mediante o mero cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena com atestado de boa conduta carcerária, nos termos do art. 112 da Lei 7.210/84⁵⁸, uma vez que, à época, não havia legislação prevendo regras específicas para a progressão de regime de pena aos crimes hediondos e assemelhados⁵⁹.

⁵⁷ Importante anotar que nem mesmo o art. 59, *caput*, do Código Penal, ao tratar de critérios de aplicação da pena pelo juiz, preocupa-se com a ressocialização, mas sim com a reprovação e prevenção do crime, sem que houvesse qualquer declaração de inconstitucionalidade. Confira-se a redação do dispositivo: “o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime” (g.n.).

⁵⁸ Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

⁵⁹ O regramento específico para a progressão de regime aos crimes hediondos e equiparados apenas adveio em 28 de março de 2007, com a Lei nº 11.464, que previu que “a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

Em outras palavras, hipoteticamente, um traficante reincidente que estivesse condenado ao cumprimento de pena de 10 (dez) anos de reclusão em regime integralmente fechado teria direito à progressão para o regime semiaberto após cumpridos apenas 1 (um) ano e 8 (oito) meses de prisão, bem como passaria ao regime aberto ao cumprir mais 1/6 (um sexto) da pena remanescente, ou seja, em cerca de 03 (três) anos já estaria nas ruas, a despeito dos diversos dispositivos constitucionais específicos ordenarem um tratamento mais rigoroso.

Curvando-se ao ativismo judicial e à interpretação voluntarista do Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo, por meio da Lei 11.414/07, alterou a redação do art. 2º, §1º, da Lei 8072/90, passando a constar o seguinte: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Assim, malgrado alguns falem em diálogo institucional, em verdade prevaleceu a supremacia judicial.

Ocorre que, não satisfeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 111.840/ES, em 27 de junho de 2012, voltou a interferir na vontade do legislador, mais uma vez deixando de lado as normas constitucionais que, de forma especial, trataram com maior rigor os crimes hediondos e equiparados (principalmente o tráfico de drogas).

Na oportunidade, a Corte Constitucional novamente invocou a cláusula geral consistente no princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, afastando a obrigatoriedade de aplicação de regime inicialmente fechado, ou seja, possibilitando a aplicação de regimes mais brandos de cumprimento de pena e, no caso do tráfico de drogas, até mesmo viabilizando a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal. Confira-se a ementa do acórdão:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. **Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.** 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde

que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (STF, HC 111.840/ES, Tribunal Pleno, j. 27/06/2012, Relator Min. Dias Tóffoli, DJE 17/12/2013 – ATA Nº 196/2013, divulgado em 16/12/2013) (destaque nosso).

Com efeito, no acórdão em comento, o Plenário da Suprema Corte novamente se apegou ao texto constitucional referente à individualização da pena, porém, não considerou que, no tocante ao tráfico de drogas, a própria Constituição Federal dedicou um tratamento mais severo, justamente para servir como efeito dissuasório à traficância.

No caso, a Corte Constitucional preferiu conferir ao magistrado a possibilidade de, analisando elementos concretos e individualizados, aplicar ao condenado o regime que entender pertinente. Entretanto, considerando o rigor das normas constitucionais referentes ao crime de tráfico de drogas e tendo em vista que o legislador infraconstitucional fixou o regime mais severo para início de cumprimento de pena, fica claro que esse campo de escolha não caberia ao Poder Judiciário e sim ao Legislativo, por meio do constituinte e do legislador, razões pelas quais entende-se que o Supremo Tribunal Federal extrapolou, mais uma vez, as funções jurisdicionais e imiscuiu-se nas funções legislativas, sob o manto de estar agindo como guardião da Constituição quando, em verdade, estava negando o comando constitucional e imprimindo suas idiossincrasias em decisão judicial. Não é demais lembrar que, dentre as peculiaridades fixadas quando do estudo da hermenêutica aplicada em matéria penal, ficou assentado que os mandados constitucionais de criminalização restringem até mesmo a liberdade de escolha do legislador, tanto mais a dos juízes.

É importante consignar que, a despeito de, no caso em comento, a declaração de inconstitucionalidade ter se dado em controle difuso (ou concreto), de forma incidental (limitada às partes envolvidas no processo) e com efeito *ex nunc* (para o futuro), há uma tendência de abstrativização das decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, passando as deliberações a ter eficácia *erga omnes* (contra todos) e efeito vinculante, sem sequer a necessidade de o Senado Federal editar resolução para a produção de tais efeitos. Essa tal tendência de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade confere à Suprema Corte maior poder, especialmente para atribuir generalidade e abstração às decisões tomadas em casos concretos, ainda que tenham sido proferidas em claro ativismo judicial.

Volvendo ao acórdão em análise, insta ressaltar que, além de rechaçar a obrigatoriedade do regime inicialmente fechado nos casos envolvendo tráfico de drogas e possibilitar a aplicação de regimes mais brandos para início de cumprimento de pena, o Tribunal permitiu a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, o que passou a ser viável nos casos em que estivesse presente a causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pois nesta hipótese a pena inicial ficaria abaixo de 04 (quatro) anos, possibilitando o cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Alguns poderiam indagar: mas a redação do §4º do art. 33 não vedava expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos para o tráfico de drogas?

A resposta é positiva. Porém, aqui também houve um episódio de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal. Isto se deu por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, em 1º de setembro de 2010, cuja ementa, malgrado um tanto quanto longa, pede-se vênha para transcrever na íntegra:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. **Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.** 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que **é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.** 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e **ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.** 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado

ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente. (STF, HC 97.256/RS, Tribunal Pleno, j. 01/09/2010, Relator Min. Ayres Britto, DJE 16/12/2010 – ATA Nº 65/2010. DJE nº 247, divulgado em 15/12/2010) (destaque nosso).

Como se denota, a ementa acima evidencia o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal neste julgamento. Chega-se a expressar abertamente que a lei não tem força de vincular o juiz à aplicação de determinada sanção penal, podendo o magistrado se valer de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo.

A ementa fala ainda em ponderação, escolha pelo razoável sobre o racional e aduz ser vedado subtrair do julgador “a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória”. Outrossim, quando menciona os efeitos traumáticos e estigmatizantes do cárcere para justificar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a Corte traz a moral e a política para o campo do direito, como se os magistrados pudessem fazer a escolha das sanções aplicáveis ao invés de relegar a escolha ao constituinte (que tratou mais severamente o crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins) e ao legislador ordinário. Ademais, o julgado diz que “ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero”. Não se ignora a possibilidade de o juiz aplicar a pena trabalhando dentro dos limites legais, porém, não pode o magistrado extrapolar a lei e tampouco ignorar os comandos constitucionais acerca do tráfico de drogas para escolher a pena que entende justa para o caso concreto. Essa escolha, repita-se, compete ao constituinte e ao legislador ordinário. Afinal, como mencionado no terceiro capítulo deste trabalho, não há razões para se considerar os magistrados mais preparados que os legisladores, pois as funções são distintas e estes últimos gozam de legitimidade democrática para exercer a representatividade do povo.

Comentando o ativismo do Supremo Tribunal Federal neste julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256/RS, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho (2017, p. 155) escreve o seguinte:

[...] ao declarar que tal dispositivo é inconstitucional por violar o princípio da individualização da pena, entendemos que a Corte Constitucional desconsiderou um propósito legítimo do legislador, a saber: o de buscar sinalizar para a população que, ainda que o tráfico seja praticado por quem ostente condições pessoais que lhe são favoráveis, a resposta para tal conduta será a pena privativa de liberdade, o que supostamente dissuadiria pessoas a se entregarem a tais práticas.

A despeito da postura ativista da Corte Constitucional neste caso, outra vez o Poder Legislativo se curvou ao entendimento do Pretório Excelso e, fazendo uso da competência prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal⁶⁰, editou a Resolução nº 05/2012, suspendendo a eficácia da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Por derradeiro, impende comentar mais um caso de ativismo judicial por parte do Plenário do Supremo Tribunal Federal mitigando a repressão ao tráfico de drogas, o que se deu no julgamento do *Habeas Corpus* nº 118.533/MS, oportunidade em que foram afastados os consectários da hediondez do crime de tráfico na hipótese de o agente fazer jus à causa de diminuição de pena prevista no §4º, da Lei 11.343/06. Eis a redação deste dispositivo legal:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

[...] § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~⁶¹, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Depreende-se que o referido texto normativo (Lei 11.343/06, art. 33, §4º), cunhado como “tráfico privilegiado” pelos Tribunais, traz uma causa de diminuição de pena (de 1/6 a 2/3) para quem for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa.

Considerando o comando constitucional para a repressão do tráfico de entorpecentes e drogas afins (tal como exposto repetidamente acima), poder-se-ia até mesmo questionar a constitucionalidade da sobredita causa de diminuição de pena, pois, apesar de o agente estar

⁶⁰ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

⁶¹ Trecho suspenso pela Resolução nº 05/2012 do Senado Federal.

nas condições descritas na legislação infraconstitucional, a conduta permanece caracterizando crime tráfico de drogas e a Constituição Federal não faz distinção relacionada às condições pessoais do agente.

No entanto, longe de reconhecer a inconstitucionalidade da referida causa de diminuição de pena, o Supremo Tribunal Federal afastou o rigor do tratamento constitucional dado à traficância, entendendo, inclusive, que nos casos em que houver incidência da causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, embora a conduta continue a configurar tráfico, deve ser afastada a natureza de crime equiparado a hediondo.

Confira-se a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. **Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.** 4. Ordem concedida. (STF, HC 118.533/MS, Tribunal Pleno, j. 23/06/2016, Relatora Min. Carmen Lúcia, DJE 19/09/2016 – ATA Nº 137/2016. DJE nº 199, divulgado em 16/09/2016) (destaque nosso).

Com efeito, mais uma vez o Plenário do Pretório Excelso mitigou a sanção penal para o tráfico de drogas, uma vez que a disciplina legal conferida aos crimes hediondos e assemelhados é significativamente mais severa do que as regras aplicáveis aos crimes em geral. A propósito, os crimes hediondos e equiparados são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Ademais, o requisito objetivo para a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados consiste no cumprimento de, no mínimo, 2/5 (dois quintos) da pena quando ou sentenciado é primário, ou de 3/5 (três quintos) se o sentenciado for reincidente; já em relação aos demais crimes em geral, o requisito objetivo para a progressão de regime consiste no cumprimento de 1/6 (um) sexto da pena, seja o sentenciado primário ou reincidente.

Assim, malgrado a Carta Republicana e a legislação ordinária não tenham feito distinção entre o tráfico de drogas e o tal “tráfico privilegiado” no tocante aos consectários da hediondez – a despeito da causa de diminuição de pena, a conduta continua sendo tráfico e permanece ofendendo a saúde pública –, o Supremo Tribunal Federal criou tal distinção, em preocupante ativismo judicial.

Concluindo este item de exposição, pode-se afirmar que, em que pese a Lei 11.343/06, quando comparada à antiga Lei 6.368/76, ter elevado o limite mínimo da sanção penal para o tráfico de drogas, majorando-o de 03 (três) para 05 (cinco) anos, acabou prevendo uma causa de diminuição de pena no §4º do art. 33, possibilitando uma aplicação de pena mínima de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão ao traficante. E como se não bastasse, o STF mitigou ainda mais o dispositivo, possibilitando a progressão de regime de cumprimento de pena e a substituição da reprimenda segregatória por penas restritivas de direitos, além de afastar os efeitos inerentes à hediondez.

Nos julgados analisados, referentes ao gravíssimo crime tráfico de drogas, foi possível verificar que o Supremo Tribunal Federal, agindo com intenso ativismo judicial, afrontou a escolha feita pelo constituinte originário e pelo legislador ordinário, mitigando a política nacional de combate à traficância, de modo a possibilitar aos traficantes a progressão de regime de pena, a aplicação de regime inicial mais brando para cumprimento da sanção penal, a substituição da reprimenda segregatória por restritivas de direitos, além do afastamento dos efeitos da hediondez nos casos do denominado tráfico privilegiado (Lei 11.343/06, art. 33, §4º).

Como se verifica, o Parlamento precisa recobrar a sua função legiferante e resguardar a dignidade dos textos positivados, pois, conforme Streck, Barretto e Oliveira (2009), ao “permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário crie uma Constituição ‘paralela’ (uma verdadeira ‘Constituição do B’), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que ‘indevidamente’ a critério do intérprete, não constou no pacto constituinte”.

A democracia, centrada na divisão, independência e harmonia entre os poderes, precisa ser preservada para o bom funcionamento das instituições, devendo a Corte Constitucional exercer seu papel contramajoritário, garantindo a preservação de direitos fundamentais, mas sempre com cautela, para não ultrapassar os limites da função jurisdicional e acabar substituindo o governo de leis (*rule of law*) por um governo de juízes (*juristocracy*).

4.2 A descriminalização do aborto durante o primeiro trimestre de gestação (HC 124.306/RJ e ADPF 442)

Recentemente o Supremo Tribunal Federal havia retomado a realização de audiências públicas no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 (ADPF 442), proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL com assessoria técnica da Anis – Instituto de Bioética, para tratar da descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação. Na referida

ação, o autor impugna os artigos 124 a 126 do Código Penal, que criminalizam a prática de aborto.

Malgrado ainda não haja decisão na ADPF 442, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao decidir o *Habeas Corpus* 124.306/RJ, cujo redator do voto foi o Ministro Luís Roberto Barroso⁶², excluiu a incidência dos arts. 124 a 126 do Código Penal nos casos de interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre, argumentando que a criminalização neste caso violaria direitos fundamentais da mulher e o princípio da proporcionalidade. Assim, a partir dessa decisão da 1ª Turma, pode-se inferir alguns argumentos que provavelmente serão levados em consideração pela Suprema Corte quando do julgamento da ADPF 442 e, além disso, pode-se desde logo experimentar a teoria desenvolvida neste trabalho, a fim de se verificar eventual ativismo judicial.

Eis a ementa cujo teor, embora extenso, pede-se licença para transcrever integralmente, a fim de facilitar a compreensão e a análise do caso julgado:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O *habeas corpus* não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo

⁶² O Relator do *Habeas Corpus* 124.306/RJ foi o Ministro Marco Aurélio, mas em razão da divergência o Redator para o acórdão foi o Ministro Luís Roberto Barroso.

que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (STF, HC 124.306/RJ, 1ª T., Relator Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso, DJE 17/03/2017 - ATA Nº 31/2017. DJE nº 52, divulgado em 16/03/2017).

O referido *habeas corpus* que tramitou na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal foi impetrado em favor de duas pessoas que mantinham clínica de aborto e tiveram suas prisões preventivas decretadas. Tais indivíduos estavam respondendo processo pela suposta prática dos crimes descritos nos arts. 126 (aborto) e 288 (formação de quadrilha⁶³) do Código Penal, em concurso material por quatro vezes, sob a acusação de terem provocado aborto com o consentimento da gestante (também denunciada).

Na petição inicial do *writ*, foi sustentada a ausência dos requisitos para a prisão preventiva (CPP, art. 312), uma vez que os acusados eram primários, tinham trabalho, residência fixa no distrito da culpa, poderiam, caso viessem a ser condenados, cumprir suas penas em regime aberto e, por fim, não haviam tentado qualquer tipo de fuga por ocasião da autuação em flagrante.

Ao apreciar o *habeas corpus*, desde logo a Turma entendeu pelo não cabimento do *writ*, visto que este não pode servir de substitutivo de recurso ordinário constitucional, o qual seria o meio adequado de irresignação contra acórdão unânime que não conheceu de outro *habeas corpus* julgado perante a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. No entanto, apesar de não conhecer do *writ*, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem de ofício, entendendo pela excepcional relevância da matéria, uma vez que a decisão que decretou a prisão preventiva não estava provida de fundamentação concreta e, ademais, não se faziam presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, dada a primariedade dos pacientes, que ostentavam bons antecedentes, trabalho, residência fixa, tendo comparecido aos atos de processuais e, se condenados, cumpririam pena em regime aberto.

⁶³ Atualmente, a partir da vigência da Lei 12.850/13, a nomenclatura dada pelo Código Penal ao crime previsto no art. 288 é de “associação criminosa” e não mais “quadrilha ou bando”.

O julgamento poderia parar por aí, pois os fundamentos já seriam bastantes a ensejar a ordem de soltura. Todavia, ao secundar, por maioria, o voto redigido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, a 1ª Turma da Suprema Corte foi adiante e passou a tecer considerações voltadas à exclusão da incidência dos arts. 124 a 126 do Código Penal nos casos de interrupção voluntária da gestação até o primeiro trimestre (12ª semana), pois a criminalização nestas condições violaria direitos fundamentais da mulher e o princípio da proporcionalidade.

O próprio eufemismo empregado no acórdão para se referir ao aborto como interrupção voluntária de gestação já indica certo caráter político, pois a expressão é comumente empregada por grupos ativistas que lutam pela descriminalização do ato de abortamento. Isso porque o eufemismo confere uma aparência menos repugnante à conduta.

A questão envolvendo a descriminalização do aborto trata-se de tema extremamente polêmico para a sociedade brasileira, sendo extremamente acalorados os debates que surgem sobre o tema, cujas divergências são infundáveis. Não se sabe, precisamente, qual a posição da população em geral, embora haja uma grande resistência contra práticas abortivas no país. O que se pode afirmar, como o próprio Ministro Barroso reconhece no corpo do acórdão, é que se trata de “tema moralmente divisivo”. Por isso, é evidente que qualquer decisão judicial que venha a ser tomada em relação à criminalização ou descriminalização do aborto terá conteúdo moral, o que não é problema para os pós-positivistas, ainda que se esteja no campo do direito penal, cuja legalidade é estrita e cujos bens jurídicos tutelados são os mais caros à sociedade.

Nesse passo, já se pode visualizar uma tendência ao ativismo judicial, que resulta da impressão de valores e critérios morais na interpretação e aplicação de um texto normativo, extrapolando as funções jurisdicionais, de maneira que se altera o conteúdo do ordenamento jurídico positivo, desprezando a vontade do legislador (que detém mandato popular para representar o povo) e desrespeitando a dignidade da legislação.

Pois bem. Os argumentos suscitados a favor da descriminalização costumam ser centrados na gestante, sem preocupação com o feto (nascituro). Como exemplos destes argumentos podem ser mencionados os que constaram do acórdão em análise, quais sejam: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher; a sua autonomia; a sua integridade física e psíquica por sofrer os efeitos da gravidez; a igualdade, já que homens não engravidam; a inevitabilidade do aborto e o fato de a criminalização acaba impactando sobre as mulheres pobres, que realizam procedimentos em clínicas clandestinas, gerando um problema de saúde pública.

Por outro lado, tratando-se de uma temática moral que envolve polêmica, suscitam-se argumentos contrários ao abortamento, voltados ao nascituro, tais como: a mulher goza de liberdade, mas toda liberdade implica em responsabilidade, razão pela qual os direitos sexuais

da mulher e sua autonomia estão preservados, tanto que ela escolhe se pratica ou não o ato sexual, porém, eventuais consequências do ato (v.g. gravidez) decorrem das responsabilidades a ele inerentes; as mulheres que realizam o aborto também podem ter muitos problemas psíquicos em razão do abortamento e terão que lidar com eventual culpa permanentemente, pois o aborto é definitivo; o fato de homens não engravidarem é natural, e o aborto não vai corrigir essa diferença de gênero, além do que os homens podem e devem ser responsabilizados a cumprir obrigações para com sua prole, mesmo que em estágio embrionário, pois o nascituro goza de proteção jurídica; ao se conferir direitos às mulheres para, unilateralmente, decidirem pela realização do aborto viola-se a igualdade, considerando que o pai do nascituro, que não pode gerar, não terá qualquer possibilidade de atuação, senão se conformar com a morte de seu filho; os dados referentes ao impacto da criminalização do aborto sobre mulheres pobres são bastante questionáveis, mesmo porque os dados referentes aos abortamentos são extremamente difíceis de serem obtidos, pois as condutas são praticadas à socapa; a descriminalização do aborto poderia gerar outro problema ligado à bioética, qual seja, a eugenia, visto que gestantes poderiam exercer o controle de natalidade por razões variadas, como a deficiência (física ou psíquica) do feto, o sexo do bebê, etc.

Enfim, diversos outros argumentos poderiam ser levantados envolvendo o tema em questão, tanto favoráveis quanto desfavoráveis. Não há qualquer pretensão, neste trabalho, em defender um ou outro lado. A enumeração acima, de argumentos prós e contra o aborto, foi realizada tão somente para demonstrar que o assunto é extremamente polêmico e delicado. As inúmeras incertezas que cercam a matéria já seriam suficientes para que o Poder Judiciário se portasse com deferência e, respeitando a necessidade de um debate político democrático no Parlamento, aguardasse o amadurecimento das ideias e eventual atividade legiferante, mormente considerando que, no caso do aborto, não há falar-se em omissão do poder legislativo, pois o tema se encontra positivado, embora em sentido contrário ao que pretendem alguns. Ademais, se houvesse omissão, a ADPF 42 sequer deveria ter a exordial recebida, dado o seu caráter subsidiário em relação às demais ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Diante de tantas dúvidas, de tantos conflitos de valores e cosmovisões, o que faria o Poder Judiciário pensar que seria palco para solucionar tão complexo debate? Waldron (2003), ao tratar da crítica feita pelo Judiciário às decisões majoritárias do Legislativo, assenta que as decisões dos tribunais também são tomadas por meio de votos, inclusive com discordância entre os magistrados votantes, os quais, além de não deterem mandato popular, compõem grupos bem menores que os grupos pertencentes ao Legislativo. Nessa senda, conclui o autor que, se as

escolhas do Poder Legislativo são tidas por autoritárias, mais autoritárias ainda seriam as escolhas do Poder Judiciário.

Prosseguindo na análise do acórdão, denota-se que foi invocado o princípio da proporcionalidade, a partir do qual os julgadores realizaram escolhas morais, políticas e éticas, estabelecendo-se, por exemplo, que: a questão do aborto até o terceiro mês de gravidez precisa ser revista diante dos novos valores trazidos pela Constituição de 1988, das transformações dos costumes e de uma perspectiva cosmopolita; a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o feto; em temas moralmente divisivos, o Estado não deve tomar partido impondo uma visão, mas sim deve permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma; é preciso buscar um meio alternativo à criminalização que, a um só tempo, proteja o direito à vida do nascituro e produza menor restrição aos direitos das mulheres, sendo que a política de descriminalização do aborto em seu estágio inicial (normalmente até o primeiro trimestre) constitui alternativa de sucesso em outros países; é preciso sopesar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização do aborto são compensadas pela proteção à vida do feto.

Mais uma vez, agora sob o manto de um princípio (proporcionalidade), ou seja, uma cláusula geral, o Tribunal, proferindo decisão com alta carga de discricionariedade (para não se dizer arbitrariedade), assenta premissas totalmente discutíveis, subtraindo do legislativo o debate político institucional. Esse emprego inadvertido de um princípio, tal como se deu no presente caso, “tem possibilitado uma discricionariedade travestida de fundamentação jurídica. [...] Favorece, outrossim, um maior ativismo, no sentido de maior discricionariedade por parte do juiz constitucional” (ARAÚJO, 2017, p. 112). Impende lembrar que, dentre as peculiaridades inerentes à hermenêutica aplicada a textos normativos que abordam matéria penal está a dignidade da legislação e o postulado da reserva legal, cujos bens jurídicos mais caros à sociedade devem ser escolhidos pelos representantes do povo, motivos pelos quais tais peculiaridades constituem evidentes obstáculos ao ativismo judicial, comumente materializado pelo emprego de cláusulas gerais (em especial, os princípios) que, em razão da vagueza, admitem ampla interpretação e atribuição de significados variados, mediante critérios morais, éticos, políticos, etc., tal como se verifica no presente caso.

Anote-se ainda que, embora os Tribunais possam se valer do direito comparado como elementos doutrinários para auxiliar na integração de normas jurídicas, não podem abandonar a soberania nacional (CF, art. 1º, I) e tampouco deixar de lado o princípio da autodeterminação dos povos (CF, art. 4º, III). Nesse diapasão, Waldron (2003) lembra que os desacordos morais

existentes numa comunidade devem ser solucionados pelo direito produzido naquela comunidade.

Assim, considerando que a fonte estatal de produção do direito no Brasil é, por excelência, o Poder Legislativo, não se pode admitir que o Judiciário deixe de aplicar uma lei sob o argumento de que ela é injusta, moralmente desatualizada ou politicamente inadequada, tampouco pode o cidadão desobedecê-la sob os mesmos argumentos, pois, conforme salienta Waldron (2003), esses comportamentos equivalem ao abandono da própria ideia de lei, retornando-se à situação em que cada pessoa age com base no próprio julgamento e faz o que lhe parece bom. Repise-se que, na seara penal, pode-se dizer que a dignidade da legislação é maior, haja vista o princípio da estrita legalidade e os bens jurídicos envolvidos.

Por derradeiro, faz-se oportuno lembrar que, no segundo capítulo deste trabalho, quando do estudo dos princípios instrumentais de interpretação constitucional defendidos pelo Ministro Barroso, foi mencionado o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, pelo qual o Poder Judiciário só pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma jurídica quando o vício for manifesto (BARROSO, 2018), devendo-se, portanto, preservar o texto legal quando a afronta à constituição for duvidosa.

No caso dos dispositivos que tratam do crime de aborto, não se vislumbra nem de longe qualquer violação manifesta à Constituição. Pelo contrário, há muitas dúvidas sobre o tema, não cabendo ao Judiciário arrogar para si a legitimidade para deliberar sobre assunto tão tormentoso, sob pena de incidir em ativismo judicial, desrespeitar a legalidade e o Estado Democrático de Direito, o que de fato ocorreu no julgamento do *habeas corpus* em análise.

Para encerrar, cabe registrar um fato curioso que fora observado no dia 27 de agosto de 2018, em um evento na Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), onde o mesmo Ministro Barroso, redator do voto condutor do acórdão em análise, bradou: “em matéria penal não há espaço nem para criatividade judicial, nem muito menos para ativismo judicial e tampouco para clamor público e menos ainda para ouvir voz das ruas” (VALENTE, 2018). Resta saber se o constitucionalista em questão está mudando de opinião diante das peculiaridades do direito penal, ou se apenas manifestou irresignação em relação a algumas decisões pontuais de colegas.

4.3. A criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26)

No dia 13 de junho de 2019 o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO 26), ajuizada pelo Partido Popular Socialista –

PPS, onde estava sendo discutida a possibilidade de criminalização de condutas que importem discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, equiparando-as ao tipo penal previsto na Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. O julgamento contou com oito votos a favor da criminalização e três votos contra, o que, por um lado, representou uma vitória aos grupos ativistas que lutam pelo reconhecimento de direitos às pessoas que defendem, mas, por outro lado, preocupou especialmente o Poder Legislativo, que viu o Poder Judiciário quebrar o que, até hoje, poderia ser considerado o maior tabu para ativismo judicial, qual seja: a legalidade penal.

Como se verifica, enquanto nas análises de acórdãos anteriores foram constatadas posturas do Supremo Tribunal Federal envolvendo a descriminalização de condutas penalmente tipificadas, nesta subseção será objeto de análise uma postura inversa, na qual o Pretório Excelso criminalizou condutas. Portanto, a discussão se concentrará especialmente no embate entre a proatividade do Poder Judiciário e as peculiaridades inerentes ao direito penal, em especial, a cláusula pétrea consistente no princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX).

Em que pese o julgamento da ADO 26 ter sido realizado no Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 13 de junho de 2019 e a ata ter sido publicada no dia 28 do mesmo mês, o texto contendo a ementa e o acórdão com as respectivas teses fixadas apenas foi divulgado pelo Relator, Ministro Celso de Mello, no dia 18 de setembro de 2019⁶⁴. Obviamente, o presente trabalho não pretende dissecar todas as nuances que envolvem o complexo objeto da ADO 26, mas tão somente cotejar os pontos centrais do julgado com alguns argumentos teóricos expostos no decorrer desta pesquisa.

Assim, considerando que o voto do Ministro Relator possui 157 páginas e tendo em vista que a ementa também possui extensão incomum, contando com 12 páginas, extrapolaria os limites deste trabalho compilar a íntegra, seja do voto condutor do acórdão, seja da ementa, razão pela qual entende-se adequado e suficiente para os fins propostos nesta subseção trazer a lume tão somente as teses fixadas no julgamento:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

⁶⁴ Vide: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>.

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

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu as teses propostas. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes (STF, ADO 26, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, ATA Nº 22, de 13/06/2019. DJE nº 142, divulgado em 28/06/2019).

Antes de comentar as teses fixadas no julgado, é de extrema importância consignar que a crítica que ora se faz à postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal neste julgamento é estritamente técnica. Não se está aqui fazendo qualquer tipo de incentivo ou apologia a condutas tendentes à discriminação de indivíduos por motivo de orientação sexual. Pelo contrário, entende-se que comportamentos discriminatórios são abjetos e absolutamente reprováveis, tendo o bem jurídico amparo constitucional para gozar de proteção jurídica na área penal, lembrando aqui o conceito de bem jurídico trabalhado no capítulo anterior.

Portanto, no campo da política criminal, a questão envolvendo a proteção penal específica à população LGBT+ contra atos de discriminação que importem em segregação ou incentivo à segregação é plausível. Porém, o local adequado para o debate político institucional é o Poder Legislativo e não o Poder Judiciário. O intérprete-aplicador deve estar atento aos postulados constitucionais que obstam que esse debate ocorra no âmbito do Poder Judiciário, sobretudo quando se trata de direito penal, pois, do contrário, haverá um afastamento da dogmática penal – que preza acima de tudo pelo direito fundamental à liberdade do indivíduo – para dar lugar a argumentos de política criminal. A prevalência de critérios de política criminal no âmbito do Poder Judiciário, como ocorreu no julgamento em questão, faz com que o julgador se deixe conduzir por padrões pessoais de moral, ética, justiça, política, etc., ingressando num discurso de fundamentação ao invés de se limitar a um discurso de aplicação

– rememore-se as lições de Klaus Günter (2004) –, tomando para si a prerrogativa de dizer o que é justo e o que não é justo, gerando instabilidade e insegurança.

Da leitura atenta das teses do julgamento, acima compiladas, depreende-se que o primeiro argumento do Supremo Tribunal Federal foi a necessidade de, ante a omissão do Poder Legislativo, conferir-se proteção jurídico-penal à população LGBTI+ contra condutas tidas por homofóbicas e transfóbicas, as quais seriam caracterizadas por uma aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém.

Pois bem. Desde logo, cabe salientar que, enquanto não exteriorizado, não se pune o preconceito relacionado à homofobia ou transfobia, pois diz respeito a um sentimento interno do indivíduo, que muitas vezes não ultrapassa a *cogitatio*. Apenas a exteriorização do pensamento preconceituoso no mundo fenomênico, mediante a realização de uma conduta típica, a conduta se torna passível de punição.

Ocorre que, diferentemente do que possa parecer, antes dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, a população LGBTI+ não estava penalmente desprotegida, o que revela o caráter de política criminal do acórdão. Com efeito, Rogério Sanches Cunha (2019) esclarece que diversos tipos penais coíbiam e puniam as condutas tidas por homofóbicas e transfóbicas, como por exemplo os crimes de injúria (CP, art. 140), constrangimento ilegal (CP, art. 146), ameaça (CP, art. 147), lesão corporal (CP, art. 129), homicídio (CP, art. 121), etc. Logo, antes dessa decisão, comportamentos homofóbicos ou transfóbicos não ficavam à deriva no mar da atipicidade. O que a Suprema Corte pretendeu fazer não foi outra coisa senão recrudescer a repressão penal, dar um tom mais incisivo (no debate político, caberia até mesmo discussão acerca da proporcionalidade da repressão), equiparando as condutas homofóbicas ou transfóbicas ao crime de racismo previstos na Lei 7.716/90, que é imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão (CF, art. 5º, XLIII).

É inolvidável a existência do mandado constitucional de criminalização presente no art. 5º, XLI, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. No entanto, isso não quer dizer que eventual conduta homofóbica ou transfóbica deveria ser tratada pelo legislador como racismo, mesmo porque outros tipos de discriminação não são tratados com rigor semelhante. Um exemplo disso está nos tipos penais que punem condutas perpetradas contra idosos na Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). O racismo é uma forma bastante peculiar de discriminação, cuja repugnância é dantesca em nossa cultura, dada a história de anos de dominação que existiu no Brasil em relação aos negros, que inclusive eram escravizados. Tais palavras estão sendo escritas não para dizer que o Supremo deveria ter enquadrado os comportamentos discriminatórios contra a

população LGBT+ em tipo penal mais brando, mas sim para salientar que o debate político acerca da tipificação das condutas e cominação das penas seria essencial no caso, sendo o Parlamento o local adequado para tanto. O argumento da morosidade na atividade legiferante, em se tratando de questão penal bastante complexa numa cultura de influência judaico-cristã, não parece justificar a usurpação de funções legislativas pelo Poder Judiciário. A propósito, quantos processos tramitam na Suprema Corte anos a fio, sem julgamento? O que justificaria a morosidade diante do direito fundamental à duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII)? Poderia a omissão ser punida pela troca de sujeito⁶⁵? Evidentemente, outro poder não poderia avocar para si a função jurisdicional para dar cabo a tais processos, sob pena de violação à tripartição dos poderes. As perguntas foram retóricas, evidentemente.

Quando se admite que o Supremo Tribunal Federal confira à palavra racismo uma conotação que extrapola os seus limites semânticos, além de ofender o Estado Democrático de Direito, está-se “incentivando a que o Judiciário ‘crie’ uma Constituição ‘paralela’ (uma verdadeira ‘Constituição do B’), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que ‘indevidamente’ – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte” (STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, 2009).

Ocorre que o maior obstáculo diante desta decisão do Supremo Tribunal Federal não diz respeito à alteração do conteúdo semântico de palavra constante no texto constitucional, mas sim à violação da cláusula pétrea consistente no princípio da legalidade penal, expressa no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*). Como visto no segundo capítulo, este postulado é composto por outros quatro princípios: anterioridade da lei, reserva legal, proibição de analogia *in malam partem* e taxatividade da lei.

Trazendo à memória, pela anterioridade entende-se que uma lei penal incriminadora apenas se aplica para fatos futuros; pela reserva legal, apenas a lei em seu sentido formal pode criar infrações penais e cominar as respectivas penas, razão pela qual tal princípio possui “indiscutível dimensão democrática, pois representa a aceitação pelo povo, representado pelo Congresso Nacional, da opção legislativa no âmbito criminal” (MASSON, 2014, p. 5); por sua vez, a vedação à analogia *in malam partem* impede, em caso de lacuna, a aplicação de texto normativo penal análogo em prejuízo do réu; já pela taxatividade, entende-se que as condutas tipificadas na legislação penal devem estar descritas de forma clara e precisa, de sorte a afastar

⁶⁵ Terminologia emprestada de Walter Claudius Rothenburg (2005) e trabalhada no item 3.3.

dúvidas em relação à sua compreensão, possibilitando o seu cumprimento pelo destinatário (NUCCI, 2013).

Por conseguinte, a lei penal é fonte formal imediata do direito penal, haja vista o princípio da reserva legal, devidamente positivado em nosso ordenamento constitucional (CF, art. 5º, XXXIX) e infraconstitucional (CP, art. 1º). Assim, cabe apenas ao legislador, por competência constitucional, criar tipos penais prevendo crimes ou contravenções, bem como cominar as respectivas penas.

No caso analisado, constata-se que, mediante processo hermenêutico intitulado interpretação conforme à Constituição, o Tribunal enquadrando condutas homofóbicas e transfóbicas nos tipos penais caracterizadores de racismo na Lei 7.716/90, como se este termo também compreendesse novas formas de preconceito ou discriminação que não estão expressamente previstas na referida *lex*, o que o Relator deliberou por chamar de “racismo na dimensão social”.

Ora, apesar de utilizar a terminologia “interpretação conforme a Constituição”, não resta dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal realizou uma analogia *in malam partem* (CUNHA, 2019). A analogia consiste num método de integração da norma jurídica quando há lacuna legislativa, permitindo-se ao intérprete a aplicação de norma reguladora de caso semelhante. Entretanto, no direito penal não se permite o emprego da analogia *in malam partem*, ou seja, em prejuízo do réu ou averiguado.

Se o caso fosse mesmo de interpretação conforme a Constituição, até mesmo condutas caracterizadoras de homofobia e transfobia praticadas anteriormente a esta decisão poderiam ser perseguidas pelo Estado, mormente em se tratando de crime imprescritível. Aliás, os órgãos jurisdicionais nem sequer estariam dependendo do Supremo Tribunal Federal para realizar o enquadramento na Lei 7.716/90, o que poderiam fazer antes mesmo da decisão e da publicação da ata de julgamento, visto que apenas estariam dando ao texto normativo interpretação conforme a Constituição.

O Supremo Tribunal Federal modulou a eficácia do *decisum*, de maneira a incidir apenas em casos futuros, embora tanto a Constituição quanto a Lei 7.716/90 já estivessem em vigor há décadas e, além disso, declarou expressamente o caráter provisório da decisão, mencionando expressamente que vigoraria até que o Poder Legislativo viesse a legislar sobre o assunto, conferindo mais indicativos de que, na realidade, o que houve não foi uma interpretação conforme à Constituição, mas sim uma analogia *in malam partem* com eficácia *ex nunc*, provisória e condicional.

Saliente-se que nem se poderia argumentar que o Pretório Excelso teria empregado uma interpretação extensiva, pois, embora admitida no direito penal, o caso em análise não se amolda à hipótese. Isso porque, numa leitura atenta e desapaixonada da Lei 7.716/90, denota-se que, ao empregar a palavra racismo, o legislador não disse menos do que queria, mas sim exatamente o que pretendia. Tal constatação pode ser feita, inicialmente, considerando a definição da palavra racismo em um dicionário atual de língua portuguesa⁶⁶, pois o seu sentido diz respeito a raça ou etnia. Além disso, uma interpretação sistemática da Lei 7.716/90 revela que todos os preceitos primários dos tipos penais nela constantes denotam esse mesmo significado da palavra racismo. Ou seja, no julgamento em comento, o texto normativo não foi interpretado dentro dos seus próprios limites semânticos, tendo ocorrido, isto sim, um ativismo judicial que resultou num enquadramento típico mediante o emprego de analogia. O resultado não foi, meramente, a criação do crime de homofobia e transfobia, mas também a criação de crime imprescritível e inafiançável mediante a alteração jurisprudencial de cláusulas pétreas, seja ofendendo a reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX), seja modificando o sentido semântico da palavra racismo (CF, art. 5º, XLIII) e criando o que chamou de racismo social.

Vale destacar que Beccaria (1764, n.p.), fazendo referência ao princípio da estrita legalidade do direito penal, já dizia que:

Só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.

Eventual enquadramento típico e imposição de pena a conduta não prevista taxativamente em lei, além de ofender a legalidade penal, viola o direito fundamental à liberdade e causa insegurança jurídica. A taxatividade também foi violada quando a tese fixada pela Suprema Corte prescreve que o enquadramento típico envolve as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas. O que seriam tais condutas supostas? A vagueza do termo acaba

⁶⁶ Confira-se o significado da palavra racismo num dicionário online: “Preconceito e discriminação direcionados a quem possui uma raça ou etnia diferente, geralmente se refere à segregação racial. Comportamento hostil dirigido às pessoas ou aos grupos sociais que pertencem a outras raças e/ou etnias. Reunião dos conceitos que afirma existir uma hierarquia entre etnias e/ou raças. Sistema doutrinário ou político que estabelece a exaltação de uma raça, em detrimento das demais; sistema que afirma a superioridade de um grupo racial relativamente aos outros, preconizando, em particular, o isolamento destes no interior de um país (segregação racial) ou até visando o extermínio de uma minoria: o racismo anti-semita dos nazistas” (DÍCIO, 2019, online).

permitindo um alcance ilimitado de condutas, o que contraria a dogmática penal, especialmente a segurança advinda da taxatividade. Ademais, a violação da taxatividade importa em violação da liberdade, pois, rememorando os ensinamentos de Zaneti Jr (2017), no direito penal, quanto maior a taxatividade, maior a proteção do direito à liberdade.

Importa anotar que, no julgamento em análise, o Tribunal ainda considerou a homofobia e transfobia motivo torpe para efeito de qualificar o crime de homicídio, nos termos do art. 121, §2º, inciso I, do Código Penal. Porém, nada disse acerca de eventual possibilidade de enquadramento na injúria racial (CP, art. 140, § 3º). Aplicando-se o raciocínio do julgado (interpretação conforme a Constituição), dever-se-ia considerar o termo raça, presente no tipo penal do art. 140, § 3º, do Código Penal, como racismo social, abarcando condutas homofóbicas e transfóbicas? Em tese sim, mas neste caso não somente seriam abandonadas a taxatividade legal, mas também uma inusitada taxatividade jurisprudencial, pois o julgado nada mencionou sobre tal crime.

O cenário de insegurança jurídica, em virtude do ativismo judicial, é tamanho que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 983.531 (ARE 983.531), manteve acórdão proferido no Superior Tribunal de Justiça estendendo a imprescritibilidade ao crime de injúria racial (CP, art. 140, § 3º) que, além de se processar por ação penal pública condicionada à representação do ofendido (CP, 145, parágrafo único), não se confunde com o crime de racismo da Lei 7.716/90. Veja-se o imbróglio gerado por decisões ativistas e lesivas à legalidade penal.

Em que pese a Constituição Federal exista desde 1988 e a Lei 7.716 estar em vigor desde 1990, observa-se que após tais datas o Código Penal, no capítulo destinado aos crimes contra a honra, foi sistematicamente alterado, pelas Leis 9.459/97, 10.741/03, 12.033/09 e 13.188/15, sem que o legislador fizesse qualquer referência a condutas homofóbicas ou transfóbicas, tampouco mencionasse a questão da imprescritibilidade. Portanto, se fosse da vontade do legislador que a expressão raça abarcasse a homofobia ou transfobia e se também fosse de sua vontade que a injúria racial fosse imprescritível, certamente teria feito tal menção em uma das alterações legislativas e não teria condicionado a ação penal à representação do ofendido, visto que tal espécie de ação se mostra incompatível com a imprescritibilidade, pois mantém um trunfo perpétuo nas mãos do ofendido para desencadear um processo contra o ofensor quando bem entender. Tais constatações, fortalecem a conclusão de que o racismo, no sentido positivado no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional não abrange atos homofóbicos e transfóbicos, sendo imperioso concluir que o tal racismo na dimensão social

foi uma criação jurisprudencial, antidemocrática e lesiva à legalidade penal, com a finalidade de tipificar homofobia e transfobia, o que implicou em claro ativismo judicial.

Cabe anotar que o ativismo atingiu patamares tão significativos que, a partir do acórdão em análise, a Corte Constitucional acabou ampliando, por tabela, o sentido do art. 21, primeira parte, do Código Penal, pois, em se tratando de condutas homofóbicas e transfóbicas, não somente o desconhecimento da lei penal é inescusável, mas também o desconhecimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o é.

Considerando que o Poder Judiciário não está obrigado a proferir decisão de mérito quando estiver diante de um caso que envolva questões de natureza política, ou questões sobre as quais falte consenso social (RAMALHO, 2019), a postura legítima e adequada no caso em análise seria a autocontenção e o incentivo ao diálogo institucional.

Para concluir este capítulo, faz-se oportuno registrar que a análise dos julgados acima traz à lembrança o realismo jurídico, que muitas vezes de forma camuflada, sob a justificativa de concretização de direitos fundamentais ou princípios constitucionais, tem sido resgatado pelo pós-positivismo atual. Ao seu tempo, o realismo rompeu com o pensamento hierarquizado das fontes do direito, vindo a jurisprudência a ocupar o lugar de fonte do direito por excelência, enquanto textos positivados no ordenamento jurídico pelo Poder Legislativo ficaram em segundo plano (RAMOS, 2015), ensejando uma hermenêutica voluntarista do ordenamento e afetando a imparcialidade que deve ser inerente ao órgão jurisdicional. O realismo parece estar ressurgindo nos dias atuais.

Como dito e reiterado, não se pode conferir ao Supremo Tribunal Federal, composto por onze Ministros que sequer detêm mandato eletivo e que decidem independentemente dos entendimentos sufragados em primeiro e segundo graus de jurisdição, a função de impor, muitas vezes arbitrariamente, significado particular ao texto Constitucional, sob pena de violação ao próprio regime democrático, insculpido no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Finalizando, não é demais lembrar que os Ministros têm a prerrogativa de interpretar as disposições constitucionais por último (monopólio da última palavra), porém, a Constituição não é o que eles querem que ela seja, mas é o que ela é. A Constituição tem um sentido próprio, que não deve ser manipulado pelos intérpretes. Incumbe aos Ministros (e aos magistrados em geral), através da hermenêutica constitucional, declarar o sentido fidedigno da Constituição, deixando de lado suas idiosincrasias morais e abstendo-se de trazer para a decisão judicial o debate político institucional. O Poder Judiciário precisa voltar a respeitar a dignidade do ordenamento jurídico (leis e Constituição), sobretudo quando se trata do direito penal, cujos objetivos marcantes são a tutela da liberdade e a manutenção da paz, sob a estrita legalidade.

CONCLUSÕES

Antes de elencar as conclusões de forma articulada, faz-se oportuno repisar que, além de investigar os principais modelos teóricos do direito que influenciaram a interpretação constitucional, bem como estruturar, mediante as informações coletadas, um bloco hermenêutico com recorte epistemológico no direito penal que pudesse servir de substrato para uma definição de ativismo judicial, a presente pesquisa procurou esclarecer se a atuação proativa do Poder Judiciário, sobretudo na justiça criminal, tem ocorrido de forma legítima no Brasil, ou se tem extrapolado os limites do poder jurisdicional, violando a tripartição dos poderes e colocando em risco a própria democracia.

O desenvolvimento da parte teórica nos três primeiros capítulos e a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal conduziram às seguintes conclusões:

1) Dentre os modelos teóricos do jusnaturalismo, do positivismo e do pós-positivismo, adotou-se um positivismo jurídico moderado, emprestando parte da nomenclatura empregada por Norberto Bobbio (1995a). Esse modelo não se confunde com o positivismo clássico (formalismo jurídico ou legalismo positivista), pois reconhece a atividade interpretativa como sendo inerente ao exercício da função jurisdicional, mantém a Constituição no topo da hierarquia das normas jurídicas, admite a ideia de lacunas passíveis de integração, permitindo que o julgador tenha mobilidade dentro dos parâmetros ditados pelas normas gerais, sem que venha deformar o direito positivo por utilização exclusiva de teleologia baseada em critérios morais, éticos, religiosos, políticos, etc. Referido modelo reserva ao legislativo o debate político democrático, respeita a dignidade da legislação como fonte do direito por excelência e mantém o direito separado da moral no campo da validade, sempre tendo como farol a supremacia da Constituição;

2) O positivismo jurídico moderado preserva a divisão de funções entre os poderes e zela pelo regime democrático, sem perder de vista a tutela de direitos fundamentais, o exercício do papel contramajoritário e a realização de atividade interpretativa pelo Poder Judiciário, que não se limita a ser *bouche de la loi* (positivismo clássico). Por outro lado, esse modelo teórico não flerta com o realismo jurídico e tampouco com o moralismo encampado por outros movimentos presentes na história (v.g. movimento do direito livre);

3) Os processos tradicionais de interpretação são aplicáveis à hermenêutica Constitucional, sendo que nenhum processo estudado deve ser visto como autônomo, embora uma interpretação sempre deva ter como ponto de partida o processo gramatical, que juntamente com o processo histórico constituem os elementos dotados de maior objetividade. Os processos

sistemático e teleológico, entretanto, também são importantes, pois funcionam como conseqüências lógicas aos outros dois processos mencionados, aclarando o sentido do texto objeto de interpretação;

4) Os princípios instrumentais e as peculiaridades trabalhadas em relação à hermenêutica constitucional são compatíveis com o positivismo jurídico moderado, mas quanto às denominadas novas categorias da interpretação constitucional (cláusulas gerais, normatividade dos princípios, ponderação e argumentação jurídica), observou-se que a ponderação – sobretudo na forma equivocada que vem sendo utilizada no Brasil – e a argumentação jurídica – quando empregada no sentido de manipular princípios (ou conceitos jurídicos indeterminados) e criar o direito, impondo-lhe valores pessoais (morais, políticos, éticos, etc.) – trazem insegurança jurídica e dão ensejo ao ativismo judicial, pois acabam legitimando decisões que, em vez de refletirem juízos de legalidade constitucional, revelam juízos de oportunidade jurisdicional, agredindo o Estado Democrático de Direito;

5) A hermenêutica aplicada à legislação penal possui peculiaridades, valendo destacar que a lei penal apenas compreende os casos expressa e estritamente nela previstos. Portanto, não se permite que, por meio da interpretação, o texto normativo incriminador alcance outros fatos que dele não constem (v.g. tipificação por meio de analogia). Somente o legislador pode criar tipos penais (reserva absoluta da lei), não cabendo ao juiz tal atividade, sob pena de violação da tripartição dos poderes;

6) As peculiaridades que envolvem a criação e a interpretação da legislação penal se devem aos bens jurídicos que conferem fundamento à tutela estatal neste ramo do direito, quais sejam: o direito fundamental à liberdade de locomoção (CF, art. 5º, *caput*, II, XV, XXXIX, XL, XLI, XLV, LIV, LV, LVII, LXI, LXV, LXVI e LXVIII) e o direito fundamental à segurança pública (CF, preâmbulo, art. 5º, *caput*, XI, XLII, XLIII, XLIV, XLVIII e LXI, art. 6º e art. 144);

7) Apesar da polissemia que envolve a expressão ativismo judicial, pode-se estabelecer um conceito de acordo com o modelo de teoria do direito adotado e o bloco hermenêutico estruturado na pesquisa, de maneira que o ativismo judicial consiste numa atitude anômala do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, de sorte que ultrapassa os limites constitucionais e/ou legais e invade funções atribuídas a outros poderes, ingressando na seara inerente às escolhas morais e políticas. O juiz ativista deixa de figurar como intérprete-aplicador do direito para assumir o posto de criador-formulador do direito;

8) Outra forma de ativismo judicial é o passivismo, que consiste num fenômeno jurídico em que o Poder Judiciário deliberadamente deixa de cumprir a sua função jurisdicional,

omitindo-se em aplicar a legislação ao caso judicializado e sonegando direitos aos litigantes. O passivismo não se confunde com a autocontenção, pois esta se traduz numa conduta de respeito aos demais poderes da República e ao Estado Democrático de Direito, de sorte que o órgão jurisdicional age com cautela, sem extrapolar a função constitucional;

9) A inafastabilidade da jurisdição e o sistema misto de controle de constitucionalidade possibilitam – e até mesmo fomentam – a judicialização, que é pressuposto para o ativismo judicial, muito embora os fenômenos não se confundam, visto que a judicialização é um fato contingencial, um fenômeno empírico, uma constatação, enquanto o ativismo judicial é uma atitude, uma escolha proativa que parte de um órgão jurisdicional;

10) O papel do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, é contramajoritário, não havendo falar-se num papel representativo, seja por incompatibilidade lógica com a tripartição de poderes, seja por ausência de legitimidade democrática;

11) Para que o Judiciário possa exercer suas funções dentro dos limites do Estado Democrático de Direito, a argumentação da decisão judicial não deve se pautar num discurso de fundamentação (que confere maior liberdade e admite a invocação argumentos morais, éticos, religiosos, políticos e pragmáticos), pois este tipo de discurso compete apenas ao Legislativo por ocasião da elaboração dos textos normativos, restando ao Judiciário se valer do discurso de aplicação, visto que destinado a encontrar a norma jurídica válida e adequada à solução de determinado caso concreto, valendo-se dos processos e técnicas de interpretação (que não se confundem com mera subsunção);

12) A ideia de bem jurídico penal coincide com aquilo que está apto a satisfazer uma necessidade humana que seja fundamental para a vida em determinada comunidade e, por isso, goza de proteção jurídica estatal por meio de normas penais incriminadoras;

13) Em respeito à reserva legal, a escolha dos bens jurídicos penalmente relevantes cabe ao Poder Legislativo, que tem como limite a Constituição Federal, de modo que os textos legais que preveem crimes e cominam penas não podem ser manipulados pelo senso moral, político, ético ou de justiça dos juízes, sob pena de violação da imparcialidade e, consequentemente, da garantia do juiz natural (cláusula pétrea);

14) Os magistrados devem respeitar a dignidade da legislação, as opções feitas pelo legislador (principalmente pelo constituinte) e absterem-se de invocar cláusulas gerais – leia-se princípios ou conceitos jurídicos indeterminados – para impor suas idiosincrasias nas decisões e modificar o sentido conferido pelo legislador aos textos normativos interpretados (por mais nobres que possam parecer as convicções pessoais dos juízes);

15) A análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal demonstrou a hipótese inicial da pesquisa, consistente na premissa de que as bases de sustentação do ativismo judicial em matéria penal encontram obstáculos na própria Constituição Federal, de onde se extraem peculiaridades ligadas à hermenêutica aplicável à legislação penal, cujos pilares são o princípio da estrita legalidade, a noção de bem jurídico, a tripartição de poderes e, enfim, o Estado Democrático de Direito;

16) O teor dos julgados analisados remete o leitor ao realismo jurídico, que muitas vezes, de forma camuflada, sob a justificativa de concretização de direitos fundamentais, tem sido resgatado pelo pós-positivismo. O realismo rompe com o pensamento hierarquizado das fontes do direito e coloca a jurisprudência no lugar de fonte do direito por excelência (o que seria justificável num sistema de *common law*), enquanto textos positivados no ordenamento jurídico pelo Poder Legislativo são deixados de lado, abrindo-se um vasto caminho para o ativismo judicial;

17) A tripartição dos poderes é fundamental para o Estado Democrático de Direito e os diálogos institucionais são sempre bem vindos, mas o caminho para tanto não parece ser a supremacia judicial. O ideal seria um ponto de equilíbrio no funcionamento das instituições, sem que o Judiciário se tornasse um “guardião entrincheirado” e sem que o Parlamento se portasse como um “legislador acanhado” – terminologias empregadas por Mendes (2008).

Enfim, não se ignora que as conclusões obtidas nessa pesquisa, no sentido de inadmitir o ativismo judicial em matéria penal por obstáculos hermenêuticos, suscitam alguns riscos, como a possibilidade de um legalismo hermético, um passivismo judicial ou, até mesmo, um comodismo das instituições. No entanto, os danos que o ativismo judicial acarreta ao regular funcionamento das instituições revelam um cenário bem mais desastroso, pois o ativismo maltrata pilares da democracia, subtrai dos representantes do povo o debate político institucional e traz imensa insegurança jurídica, mormente quando se fala em direito penal, onde estão envolvidos direitos fundamentais imprescindíveis à vida em sociedade: segurança pública e liberdade de locomoção.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao direito: teoria, filosofia, e sociologia do direito**. 4.ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios**. Colômbia: Universidade Eternado de Colômbia, 2003. Disponível em: https://ucu.edu.uy/sites/default/files/pdf/XV_sem_int_dc-e3.pdf. Acesso em: 29 nov. 2019.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. **O ativismo judicial e seus limites**. Belo Horizonte: Arrais Editores, 2017.

ATALA, Danilo Pires. **Filosofia jurídica: a decisão judicial para Kelsen e Dworkin e o juízo de Kant**. Curitiba: Juruá, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Fabiano. **A imperatividade do direito positivo: o conceito do legal e do justo, o direito alternativo e o uso alternativo do direito**. 28 mai. 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/imperatividade-do-direito-positivo-o-conceito-do-legal-e-do-justo-o-direito-alternativo-e-o>. Acesso em: 3 jul. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 15, 2001. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 18 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 18 mar. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, eBookLibris, 1764. *Online*. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf. Acesso em: 29 nov. 2019.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995a.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C.J. Santos. 6. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995b.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAMATTI, Daniel; AMENDOLA, Gilberto. Onda de rejeição alcança até ministros do Supremo. **O Estado de São Paulo**. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,onda-de-rejeicao-alcanca-ate-ministros-do-supremo,70001951676>. Acesso em: 26 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.** Dá nova redação ao art. 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em 11 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26.** Requerente: Partido Popular Socialista. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII). [...]. ATA Nº 22, de 13/06/2019. DJE nº 142, divulgado em 28/06/2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.959/SP.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ementa: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. [...]. Diário da Justiça, Brasília, DF, 01 set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 97.256/RS.** Relator: Ministro Ayres Britto. Paciente: Alexandro Mariano da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...]. DJE 16/12/2010 - ATA Nº 65/2010. DJE nº 247, divulgado em 15/12/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 111.840/ES.** Relator: Ministro Dias Tóffoli. Paciente: Edmar Lopes Feliciano. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Coator Superior Tribunal de Justiça. Ementa: Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. [...]. DJE 17/12/2013 - ATA Nº 196/2013. DJE nº 249, divulgado em 16/12/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 118.533/MS.** Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Pacientes: Ricardo Evangelista Vieira de Souza e Robinson Roberto Ortega. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL,

PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. [...]. DJE 24/04/2017 - ATA Nº 53/2017. DJE nº 82, divulgado em 20/04/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Pacientes: Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]. DEJ 17/03/2017 – ATA Nº 31/2017. DJE nº 52, divulgado em 16/03/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pacientes: Todas as Mulheres Submetidas à Prisão Cautelar [...]. Impetrante: Defensoria Pública da União. Ementa: *HABEAS CORPUS* COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOCTRINA BRASILEIRA DO *HABEAS CORPUS*. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. [...]. DJE 09/10/2018 - ATA Nº 149/2018. DJE nº 215, divulgado em 08/10/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Celso de Mello Divulga o texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia. **Notícias do STF**. Brasília, 18 set. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>. Acesso em: 28 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 983531/DF**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Recorrente: Paulo Henrique dos Santos Amorin. Ementa: DIREITO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE INJÚRIA RACIAL. IMPRESCRITIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE A SANAR. IRRESIGNAÇÃO DO EMBARGANTE COM O MÉRITO DA DECISÃO. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS. PRONÚNCIA DO IMEDIATO TRÂNSITO EM JULGADO. [...]. DJE 13/06/2018 - ATA Nº 88/2018. DJE nº 116, divulgado em 12/06/2018.

BREGA FILHO, Vladimir; ALVES, Fernando Brito. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Brasileira de Direito**, v. 11, p. 124-134, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5179375.pdf>. Acesso em 18 mar. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. 1 Vídeo (02h28m33s). Positivismo Normativo. Palestra ministrada na III Jornada de Teoria do Direito: O que é direito? Respostas Contemporâneas. Evento realizado pelo Grupo de Estudos Pura Teoria do Direito e Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJUPA). **Publicado pelo canal Teoria Pura do Direito**, 14 jul. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pTVRoe9nPeU&t=7696s>. Acesso em: 17 set. 2019.

CAMARGO, Gerson Ziebarth; PAULA, Jónatas Luiz Moreira de. Ativismo judicial versus autocontenção judicial: qual postura concretiza direitos fundamentais e promove a manutenção da democracia? **Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas – RECSA**, v. 4, n. 2, jul/dez, 2015. Disponível em: <https://revista.fisul.edu.br/index.php/revista/article/view/47>. Acesso em: 29 nov. 2019.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. 2. ed., São Paulo: Almedina, 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CAPITAIS registram protestos contra STF e liberdade de Lula. **Veja**. São Paulo, 09 nov. 2019. Política. Disponível em: veja.abril.com.br/politica/capitais-registram-protestos-contrastf-e-liberdade-de-lula/. Acesso em: 26 nov. 2019.

CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis**. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García (orgs.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

CIDADES têm manifestações contra decisão do STF sobre prisão após condenação em segunda instância. **G1**. São Paulo, 09 nov. 2019. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/11/09/cidades-tem-manifestacoes-contradecisao-do-stf-sobre-prisao-apos-condenacao-em-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 26 nov. 2019.

COELHO, André Luiz Souza. 1 Vídeo (01h59m28s). Positivismo jurídico exclusivo. Palestra ministrada na III Jornada de Teoria do Direito: O que é direito? Respostas Contemporâneas. Evento realizado pelo Grupo de Estudos Pura Teoria do Direito e Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJUPA). **Publicado pelo canal Teoria Pura do Direito**, 22 fev. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hSgD-ZQBipc&t=6380s>. Acesso em: 17 set. 2019.

COSTA, Ilton Garcia da; BIANCHI, Luiz Henrique Néia Giavina. A escassez de recursos públicos nos municípios relacionada à discricionariedade na gestão como inibidora da realização dos direitos e garantias fundamentais. In: **Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. Responsabilidade do Estado**. Jacarezinho, 2016. p. 5-27. Disponível em: <http://siacrid.com.br/repositorio/2016/responsabilidade-do-estado.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

COTRIM, Gilberto. **História e consciência do mundo: da idade moderna ao mundo atual**. v. 2., 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

CRANSTON, Maurice. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Difel, 1979.

CUNHA, Rogério Sanches. 1 Vídeo (56m14s). A criminalização das condutas homofóbicas. **Publicado pelo canal Pedro Lenza**, 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7SijfgOk70I>. Acesso em: 27 nov. 2019.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. O guardião da constituição e sua legitimidade ou ativismo judicial. Entre a fórmula vazia e o sinal de alerta. In: **Interpretação**

constitucional no Brasil. PRETO, Renato Siqueira De.; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cotizo Teraoka (Coord.). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado.** 19. ed., Saraiva: São Paulo, 1995.

DIAS, Marina. STF está sob ataque e sofre momento de descrédito, afirma Barroso. **Folha de São Paulo.** São Paulo, 25 abr. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/stf-esta-sob-ataque-e-sofre-momento-de-descredito-afirma-barroso.shtml>. Acesso em: 26 nov. 2019.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y Sociedad democrática.** Madrid: Taurus, 1983.

DICIO, Dicionário Online de Português, definições e significados de mais de 400 mil palavras. Todas as palavras de A Z. 2019. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva.** v. 1., 5. ed., Salvador: Juspodivm, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade.** In: **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: Juspodivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Método, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>. Acesso em: 19 jul. 2019.

DUARTE, Dirceu Galdino Barbosa. **O positivismo jurídico de Bobbio e o direito justo.** 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=523f43693bfa6c60>. Acesso em 8 jun. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3.ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 11. ed. Rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA FILHO, Miguel; FATUCH NETO, André. “O império do direito” de Ronald Dworkin: contribuições para o campo jurídico. **Revista Percursos**, v. 4, n 23, Curitiba, 2017, pp. 1-23. Disponível em

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/2726/371371449>. Acesso em 28 jul. 2019.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 4:93-7, out-dez 2007.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Uma proposta de superação do paradigma jp – jusnaturalismo/positivismo jurídico de inserção do direito no paradigma pragmático da linguagem**. Tese de doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2013. Disponível em:

http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasHCF_1.pdf. Acesso em 15 jun. 2019.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Luís Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 32.5, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 28 out. 2019.

GRAU, Eros Roberto. Em defesa do positivismo jurídico. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 12 mai. 2018. Disponível em: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,em-defesa-do-positivismo-juridico,70002305339>. Acesso em: 17 jul. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUASTINI, Ricardo. **Estudios de teoría constitucional**. México, D.F.: DR Distribuciones Fontamara, 2001. Disponível em:

https://issuu.com/ultimosensalir/docs/estudios_de_teor%C3%ADa_constitucional_-_riccardo_guastini. Acesso em: 23 set. 2019.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Oxford University Press, 1961. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ISHIDA, Válder Kenji. **Bem jurídico penal moderno**. Salvador: Juspodivm, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California law review**. V. 92, Berkley, out. 2004. Disponível em:

<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>. Acesso em: 24 jul. 2019.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. alemã, Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. v. 1., 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LIMA, Maria; ÉBOLI, Evandro. Em sete horas de sabatina, Barroso recita poemas e faz piada, mas não deixa de lado temas como mensalão. **O Globo**. São Paulo, 05 jun. 2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/em-sete-horas-de-sabatina-barroso-recita-poemas-faz-piada-mas-nao-deixa-de-lado-temas-como-mensalao-8605314>. Acesso em: 26 nov. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed., Salvador: Juspodivm, 2015.

LIPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões do governo em 36 países**. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LOPES, Augustus Nicodemus. **Uma breve história da interpretação: a bíblia e seus intérpretes**. São Paulo: Cultura Cristã, 2007.

LUCAS, Douglas César. A jurisdição entre crises e desafios. **Revista direito em debate**. Ano XII, nº 21, jan./jun., 2004, p. 9-43. Disponível em: [file:///C:/Users/drd84/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/721-Texto%20do%20artigo-2859-1-10-20130326%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/drd84/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/721-Texto%20do%20artigo-2859-1-10-20130326%20(3).pdf). Acesso em: 23 out. 2019.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras jurídicas, 2011.

MANIFESTAÇÕES criticam STF por derrubar prisão em 2ª instância. **R7**. São Paulo, 09 nov. 2019. Jr 24h. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/manifestacoes-criticam-stf-por-derrubar-prisao-em-2-instancia-09112019>. Acesso em: 26 nov. 2019.

MARCANTONIO, Jonathan Hernandes. **Direito e controle social na modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCHESI, Makena; FONSECA, Leonardo Alvarenga da. A legitimidade democrática do ativismo judicial para a concretização dos direitos fundamentais. **Revista Argumenta - UENP**. Jacarezinho, n. 19, p. 139/157. 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/388>. Acesso em: 27 nov. 2019.

MASSON, Cléber. **Código Penal Comentado**. 2. ed., São Paulo: Método, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MELO FILHO, Renato Soares de. **Ativismo judicial em investida ao estado democrático**. Curitiba: Juruá, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de doutorado em Ciência Política. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em 27 nov. 2019.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 45, n. 144, Jun. 2018. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/902>. Acesso em: 27 nov. 2019.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 29. ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed., Coimbra: Coimbra editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud. A distinção entre legislação e jurisdição no pensamento de Klaus Günter. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XII, n. 41, p. 59-66, abr./jun. 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer. A interpretação constitucional suas especificidades e seus intérpretes. **Revista Ânima**. Número 11. Jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em 12 jul. 2019.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Ativismo judicial e direito penal do risco: novos desafios. **Revista Arquivo Jurídico**. V. 3, n. a, jul.-dez., 2016. UFPI. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/5707>. Acesso em: 27 nov. 2019.

PRETTO, Pedro Henrique Siqueira De; PRETTO, Renato Siqueira De. Interpretação constitucional e limites à reação legislativa. In: **Interpretação constitucional no Brasil**. PRETO, Renato Siqueira De.; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cotizo Teraoka (Coord.). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

RAMALHO, Raineri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Filosofia jurídica e democracia. **Revista Senado Federal**. Ano 52. Número 205 jan/mar. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509951/001033130.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 9 jun. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. **Uma discussão sobre a teoria do direito**. Tradução Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. 2.ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque Santos. 1 Vídeo (02h01m02s). Juristocracia e conceitos performáticos. **Palestra divulgada pelo canal Cultura e Eventos – OAB SP**, 30 mar. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=aWniTAuBkII&t=1254s>. Acesso em: 26 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading law: the interpretation of legal texts**. United States: West, 2012.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation**. United Kingdom: Princeton University Press, 2018.

SCHAUER, Frederick. Institutions and the Concept of Law: A Reply to Ronald Dworkin (with Some Help from Neil Maccormick). **Law as Institutional Normative Order: essays in honour of Sir Neil Maccormick**. 2009. M. Del Mar: Ashgate, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=140331. Acesso em: 23 out. 2019.

SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, ano 91, volume 798, abril/2002. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. Acesso em: 16 jul. 2019.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2014.

SOARES, Guilherme Augusto de Vargas; FONTANIVE, Thiago. **Uma singela introdução ao positivismo exclusivo de Joseph Raz**. Publicado em 08 set. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-08/singela-introducao-positivismo-juridico-exclusivo-raz>. Acesso em: 16 set. 2019.

STF retoma julgamentos em meio à crise de inquéritos das fake news. **Valor Econômico**. São Paulo, 21 abr. 2019. Política. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2019/04/21/stf-retoma-julgamentos-em-meio-a-crise-de-inquerito-das-fake-news.ghtml>. Acesso em: 26 nov. 2019.

STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. **Revista Direito GV** 5, v. 3, n. 1, jan/jun 2007, p. 101-120. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35200/34002>. Acesso em: 12 jun. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 17 jul. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul-dez 2011. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53>. Acesso em: 26 nov. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. Entrevista. **Revista OAB in Foco**, Uberlândia, n. 20, ago./set. 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomás de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**. V.1, n. 2, São Leopoldo, 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 28 nov. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan-jun 2010. Disponível em: www.direitocontemporaneo.com. Acesso em: 17 jul. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. O Futuro do STF: na retranca, como diz Toffoli, ou no ataque? **Consultor Jurídico**. 06 dez. 2018a. Colunistas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-06/senso-incomum-futuro-stf-retranca-toffoli-ou-ataque>. Acesso em: 26 nov. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. O que é positivismo, afinal? E qual positivismo? **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 24, n. 3, p. 890-902, set-dez 2018b. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acesso em: 17 jul. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Filosofia da PUC-Rio, em 2005. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=7703@1>. Acesso em 29 nov. 2019.

TEBET, Diogo. Processo penal e ativismo judicial: Supremo Tribunal Federal e a proteção à dignidade humana. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**. V. 4, n. 4, 2009. UERJ. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21618>. Acesso em: 27 nov. 2019.

TERAOKA, Thiago Massao Cotizo Teraoka. Mutações constitucionais e ativismo judicial. **Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura – Direito Constitucional**, ano 16, n. 40, 2015.

TROPER, Michel. **El poder judicial y la democracia**. Isonomía, n. 18, 2003. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-poder-judicial-y-la-democracia-0/>. Acesso em 05 mar. de 2019.

VALENTE, Fernanda. Não há espaço para clamor público no direito penal, afirma Barroso. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 28 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/nao-espaco-clamor-publico-direito-penal-afirma-barroso>. Acesso em: 28 nov. 2019.

VALLE, Vanice Regina Lirio et al (orgs.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** - laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics – A world-wide phenomenon: introduction. **Internatuinal Political Science Review**, vol. 15, n. 2, 91-99, 1994. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/019251219401500201?journalCode=ipsa>. Acesso em: 26 de jul. 2019.

VAROUFAKIS, Yanis. **O minotauro global: a verdadeira origem da crise financeira e o futuro da economia global**. Tradução de Marcela Werneck. São Paulo: Editora Autonomia Literária, 2016.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. In: **Interpretação constitucional no Brasil**. PRETO, Renato Siqueira De.; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cotizo Teraoka (Coord.). São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

VIEIRA FILHO, Francisco de Souza. Um ataque geral ao pós-positivismo. **Jus Navigandi**. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/38007/um-ataque-geral-ao-pos-positivismo#_ftn47. Acesso em 26 jul. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 1994.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZANETI JR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

ZUCK, Roy B. **A interpretação bíblica: meios de descobrir a verdade da bíblia**. Traduzido por César de F. A. Bueno Vieira. São Paulo: Vida Nova, 1994.