

Universidade de Ribeirão Preto  
Faculdade de Direito  
Programa de Pós-Graduação em Direito

BRUNO RICARDO RIZZO TOMÉ

**A (IM)PRESCINDIBILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA CON-  
CRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

RIBEIRÃO PRETO

2021

Bruno Ricardo Rizzo Tomé

## **A (IM)PRESCINDIBILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA CON- CRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira



RIBEIRÃO PRETO

2021

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento  
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

T655i Tomé, Bruno Ricardo Rizzo, 1991  
A (im)prescindibilidade do ativismo judicial na concretização  
dos direitos fundamentais / Bruno Ricardo Rizzo Tomé. - - Ribeirão  
Preto, 2021.  
130 f.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,  
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2021.

1. Judicialização. 2. Ativismo judicial. 3. Direitos fundamentais.  
I. Título.

CDD 340

**BRUNO RICARDO RIZZO TOMÉ**

**A (IM)PRESCINDIBILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
da Universidade de Ribeirão Preto para  
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 16 de abril de 2021

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira  
Presidente/UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Danilo Pereira Lima  
CEUCLAR – Centro Universitário Clarentiano



Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira  
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO  
2020

*Dedico este trabalho, que a mim é muito caro, primeiramente à Deus,  
Quem tudo possibilitou e autorizou, tudo só é possível Graças ao Senhor, meu  
amado Pai.*

*À minha amada mãe, Elaine Cristina Gonçalves Ricardo, por toda uma  
vida dedicada a mim, cujo apoio foi fundamental para a elaboração do trabalho.*

*Aos meus amados Avós, Delmira Gonçalves Ricardo e Manoel Ricardo  
Filho, que do céu continuam a cuidar de mim e a me proteger, como, maravi-  
lhosamente, também o fizeram em vida.*

*À minha amada namorada, Larissa Vaz Lima, que, ao meu lado, possibi-  
litou a concretização desta pesquisa.*

*Todos Vocês estão e, muito mais que eternamente, estarão gravados  
em meu coração, em minha gratidão.*

*AMO VOCÊS.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à Deus, meu Sagrado e amado Pai, quem me deu forças, inspiração e oportunizou que este trabalho pudesse ser realizado. Muito obrigado por tudo meu amado Pai, Graças ao Senhor, esta pesquisa pôde ser concretizada.

Agradeço à minha mãe, Elaine Cristina Gonçalves Ricardo, quem amo com todo o meu coração, por todo o apoio de uma vida, sua presença e esforços, de todas as naturezas foram e são fundamentais para tudo o que alcanço e realizo. Muito obrigado.

Agradeço aos meus amados avós, Delmira Gonçalves Ricardo e Manoel Ricardo Filho, que desde minha infância não pouparam esforços para meu desenvolvimento como ser humano, sem vocês, nada teria sido possível. Sei que do céu, vocês continuam a cuidar de mim, muito obrigado.

Agradeço à Larissa Vaz Lima, a quem muito amo, namorada e exemplo de ser humano, sua bondade, amor, carinho, amizade e companheirismo foram e são essenciais para mim. Por tudo o que você fez e faz por mim, por toda sua ajuda nesta pesquisa, pelo seu apoio, incentivo, muito obrigado.

Agradeço aos amigos, irmãos, que Deus me permitiu escolher, Claudio Alexandre Severo de Oliveira Filho e Henri Magno Silva Pereira, cujas amizades possibilitaram a existência desta pesquisa, muito obrigado por me apoiarem de todas as formas que puderam.

Agradeço ao amigo Adilson Santos de Oliveira, exemplo de bondade e humildade.

Agradeço ao Professor e Orientador Rafael Tomaz de Oliveira, quem muito respeito e admiro, por comigo compartilhar seu conhecimento, pelas suas palavras de apoio e incentivo, por apontar o caminho a ser percorrido para que o objetivo desta pesquisa pudesse ser alcançado. Ao guiar meu caminho, o senhor não só me tornou um pesquisador melhor, mas também um ser humano melhor. Muito obrigado, por tudo.

Agradeço à Universidade de Ribeirão Preto pela oportunidade em aprender junto de seus profissionais, pela oportunidade de fazer parte de toda sua tradição no ensino, na pesquisa e na extensão, com muito orgulho e honra

carregarei a responsabilidade de ter me formado em uma instituição tão renomada e respeitada.

Agradeço à CAPES pela bolsa de estudos concedida, sem a qual jamais teria sido possível se quer iniciar esta e outras pesquisas. Sou muito grato por programas como este, que incentivam, apoiam e subsidiam pesquisadores, possibilitando maior alcance e desenvolvimento do ensino brasileiro.

Agradeço à Professora e amiga Lilia Pieri, por demonstrar que a pesquisa pode transformar, para melhor, a vida de um aluno. Por acreditar em mim, por todos seus ensinamentos, muito obrigado.

Agradeço aos caríssimos Professores e amigos, Dorio Henrique Ferreira Grossi, José Carlos Trinca Zanetti, por tudo que me ensinaram e ensinam, por todas as oportunidades concedidas e pelo incentivo em realizar esta pesquisa, aos senhores, muito obrigado!

Agradeço ao Professor, também amigo, Maykiel Ferreira dos Reis, referência e exemplo de educador, pelos ensinamentos dentro e fora da sala de aula, por compartilhar, sem receios, seus conhecimentos e auxiliar na evolução pessoal de todos que o encontram.

*“Quando o amor cimentar uma obra, esta permanecerá”.*

*Monsenhor Carlos Henrique Neto*

## RESUMO

A pesquisa buscou responder ao seguinte questionamento: o ativismo judicial é necessário ou desnecessário quando da efetivação, concretização de direitos fundamentais? Utilizou-se da metodologia analítico dedutiva, através da coleta e estudo da jurisprudência dos tribunais brasileiros, bem como a análise e estudo de livros, materiais científicos, doutrina e palestras de juristas, estudantes do tema. Após o desenvolvimento teórico acerca do tema, pôde-se compreender aspectos essenciais à jurisdição que precedem a atuação do Poder Judiciário, bem como a diferenciação possível (e essencial) entre judicialização e ativismo judicial. Ainda, encontrou-se elementos que podem auxiliar na busca pelos limites ao poder decidir. Após a análise da incidência do ativismo judicial, no contexto dos direitos fundamentais, na prática, em decisões reais, concluiu-se que: a) não há que se falar em ativismo judicial bom ou ruim e b) o ativismo judicial é desnecessário quando da concretização, efetivação dos direitos fundamentais, devendo este ser evitado por representar violação à separação dos Poderes bem como apresentar riscos ao próprio Estado Democrático de Direito, vigente no Brasil.

Palavras chave: Judicialização. Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais.

## **ABSTRACT**

The research aimed to answer the following question: is judicial activism necessary or unnecessary when it comes to realizing and implementing fundamental rights? For the research, used the deductive analytic method. This way, through the collect and study of various scientific materials as Brazilian courts jurisprudence, books, lectures, scientific articles and doctrine. Those materials was the base of this research. After the theoretical development around the theme, it was possible to understand essential aspects about jurisdiction that precede the Judicial Power acting, as well the (essential) differentiation between judicialization and judicial activism. Still, elements were found that can assist in the search for limits around the power to decide. After analyzing the incidence of judicial activism, in the context of fundamental rights, in practice, in real decisions, it was concluded that: a) is not possible to claim about good or bad judicial activism, and b) the judicial activism is unnecessary when is thinking about the efetivation of fundamental rights, and that judicial activism should be avoided because it's represents a violation of separation of Powers, as well presents a risks to Democratic state of Law, current in Brazil.

Keywords: Judicialization. Judicial Activism. Fundamentals Rights.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 JURISDIÇÃO</b> .....	<b>13</b>
2.1 CARACTERÍSTICA DA JURISDIÇÃO .....	14
2.2 ADESÃO AO TERRITÓRIO .....	14
2.3 INÉRCIA .....	15
2.4 INAFASTABILIDADE .....	16
2.5 INVESTIDURA .....	18
2.6 INDELEGABILIDADE .....	18
2.7 JUIZ NATURAL E IMPARCIALIDADE .....	19
2.8 INEVITABILIDADE .....	19
2.9 DIREITO DE AÇÃO .....	20
<b>3 JUDICIALIZAÇÃO VERSUS ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	<b>25</b>
3.1 JUDICIALIZAÇÃO .....	25
3.2 DIRIGISMO CONSTITUCIONAL .....	26
3.3 INFLAÇÃO LEGISLATIVA .....	30
3.4 ATIVISMO JUDICIAL .....	31
3.5 LIMITES DO PODER DE DECIDIR: A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS .....	37
3.6 A LITERALIDADE DO TEXTO LEGAL: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS <i>VERSUS</i> PRINCÍPIOS                      GERAIS                      DO DIREITO .....	46
3.7 A INSUFICIÊNCIA DA LITERALIDADE COMO MECANISMO DECISÓRIO .....	50
3.8 A IMPRESCINDIBILIDADE DA LITERALIDADE EM DECISÕES JUDICIAIS .....	52
3.9 O (LIVRE) CONVENCIMENTO MOTIVADO .....	57
3.10 IMPOR LIMITES AO MODO DE SE DECIDIR NÃO É PROIBIÇÃO DE INTERPRETAÇÃO .....	60
3.11 NÃO SÓ FUNDAMENTAR A PRINCÍPIO, MAS TAMBÉM, POR PRINCÍPIOS JURÍDICOS .....	65
3.11.1 Princípios gerais do Direito .....	67
3.11.2 Princípios jurídico-epistemológicos .....	69
3.11.3 Princípios pragmáticos ou problemáticos .....	70

3.11.4 O pamprincipiologismo .....	73
<b>4 A INCIDÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>80</b>
4.1 ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	85
4.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.971 e Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção 4733 .....	85
4.2 ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	95
4.2.1 Habeas Corpus 126292, Ação Declaratória de Constitucionalidade 29 e 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578 e o Mandado de Segurança 32326.....	95
4.3 ATIVISMO JUDICIAL BOM OU RUIM, PARA QUEM? .....	107
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>116</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>120</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, nos últimos anos, tem se notado um aumento naquilo que se entende por protagonismo judicial.

Em meios a tantas mudanças sociais, conflitos entre particulares, entre particulares e Estado, observa-se que muitas vezes as promessas de realização de direitos fundamentais, presentes em um Estado Social, tem-se mostrado inalcançados e por vezes, inalcançáveis.

Este contexto de inefetividade na concretização de direitos fundamentais, por parte, muitas vezes, de ausência ou (precariedade) em políticas públicas, termina por desaguar no Poder Judiciário, visto, por muitos, como a última “tábua” de salvação social.

O descrédito dos outros Poderes da República (Legislativo e Executivo), a supervalorização do Poder Judiciário, unido ao protagonismo judicial, tem se mostrado um cenário fértil para o aumento na proporção e proliferação do chamado ativismo judicial.

Neste sentido, é essencial uma estruturação teórica que leve em consideração fatores que entreguem ao leitor não só uma conclusão, mas também meios para que este forme seu próprio posicionamento, de forma crítica, sobre tema.

Portanto, neste contexto, o principal objetivo desta pesquisa é responder a seguinte pergunta:

O ativismo judicial é necessário ou desnecessário quando da efetivação, concretização de direitos fundamentais?

As hipóteses, possíveis respostas, que inicialmente pode considerar é: a) o ativismo judicial é necessário, sem o qual, não se pode concretizar direitos fundamentais, b) é desnecessário, sem o qual, é possível a concretização e efetivação dos direitos fundamentais e c) o ativismo judicial pode ser útil na efetivação, concretização de direitos fundamentais, portanto não necessariamente deve ser evitado.

Para verificar a incidência destas (ou possíveis outras) hipóteses, utilizou-se da metodologia analítico dedutiva, através da coleta e estudo da jurisprudência dos tribunais brasileiros, bem como a análise e estudo de livros, materiais científicos, doutrina e palestras de juristas, estudantes do tema. Pretende-se

entender o que configura o chamado ativismo judicial, mecanismos para identificar a presença deste fenômeno, bem como entender a sua incidência na realidade.

Para responder à pergunta principal, acima exposta, é que se inicia esta pesquisa.

## 2 JURISDIÇÃO

No Direito brasileiro encontra-se a vedação à autotutela por parte do indivíduo, isto é, a solução de seus conflitos sociais, rotineiros, a resolução de problemas oriundos do cotidiano, da forma que melhor lhe parecer.

Entende-se que, em um Estado Democrático de Direito, não é aceitável que cada pessoa imponha à sua vontade, à vontade de outras pessoas, da maneira que melhor entender, quando houver discordâncias de todas as espécies.

É neste contexto que o Estado aparece com destaque a ser observado.

Considera-se que o principal objetivo do Estado é promover o bem comum, objetivo, o qual, também se apresenta como um dos fundamentos de existência do próprio Estado.

Nesta mesma linha de raciocínio, para alcançar este objetivo (o bem comum), o Estado divide sua atuação em três principais atividades, quais sejam: legislativa, executiva ou administrativa e jurisdicional.

Neste sentido, escreve José Roberto Dos Santos Bedaque<sup>1</sup>:

Em outras palavras: o objetivo do Estado é o bem comum. Para aceitá-lo ele desenvolve várias atividades, todas voltadas para esse fim. Cada uma delas tem, todavia, um objetivo mais próximo. Com a atividade jurisdicional, o Estado busca, imediatamente, manter a ordem jurídica intacta. As demais funções estatais têm também seus objetivos imediatos. Se cada uma cumprir fielmente sua missão, o Estado atingirá seu objetivo final: o bem-comum.

Ao tratar a ideia de bem comum, sob a perspectiva da atividade jurisdicional, uma, das várias intenções Estatais, é pacificação social, que é buscada ao se defender a manutenção do ordenamento jurídico.

Simultaneamente se retira o direito à autotutela do indivíduo, mas também entrega, a este mesmo indivíduo, a oportunidade de buscar a solução de seu conflito neste ordenamento jurídico defendido pelo Estado, através da função jurisdicional.

Significa dizer que ao sujeito, lhe resta duas opções cotidianas, resolver seus conflitos sociais através de autocomposição, isto é, de forma pacífica, acordada, entre os envolvidos, ou através da imposição de uma resolução de

---

<sup>1</sup> BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 22.

conflitos, por parte do Estado, através do exercício da atividade Jurisdicional, fundada no ordenamento jurídico e em defesa deste.

Sobre o tema, disserta Paulo Rubens Salomão Caputo<sup>2</sup>:

A jurisdição (poder jurisdicional) exercida pelo Estado (monopólio da justiça – Código Penal, art. 345), com relação à realização do direito para a manutenção de um dado ordenamento jurídico, visa não à implementação de um critério apriorístico de justiça (o que não é praticável, mas, enquanto ideal, embora nunca alcançável plenamente, sempre perseguível), mas à resolução de conflitos por meio de composição de pretensões conflitantes, na prática daquilo que seria o justo concreto.

Vedada a autotutela ou autodefesa (salvo nos restritíssimos casos residualmente autorizados no ordenamento jurídico), resta aos cidadãos a composição, autônoma ou heterônoma, dos seus conflitos materiais de interesses, sendo que na primeira hipótese um dado conflito material de interesse surge na vida social e na própria vida social é resolvido, diretamente ou por intervenção (formal ou informal) de um terceiro que não o Estado-jurisdição; ou na segunda hipótese, em regra tal conflito há de ser resolvido heteronomamente pelo(a) provimento/tutela jurisdicional.

Após esta análise sobre o conceito da atividade jurisdicional do Estado, inicia-se uma observância sobre as características da Jurisdição.

## 2.1 CARACTERÍSTICA DA JURISDIÇÃO

Importante, além de conceituar o que se entende por Jurisdição, também necessário é compreender o modo pela qual a mesma é exercida no Estado Democrático de Direito brasileiro, neste sentido, analisar-se-á suas características que são identificadas como: a) adesão ao território, b) inércia, c) inafastabilidade, d) investidura, e) indelegabilidade, f) juiz natural, e g) inevitabilidade.

## 2.2 ADESÃO AO TERRITÓRIO

A característica de adesão ao território, remete-se, diretamente, ao território submetido à soberania do Estado.

Isto é, a jurisdição só terá efeito, autoridade, em um determinado território, no qual, o Estado soberano também detenha autoridade.

---

<sup>2</sup> CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 60.

Significa dizer que não é aceitável (salvo tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário) a imposição de um outro Estado no território Nacional.

A Jurisdição se vincula e também se limita apenas no território em que o Estado que a legitima possua soberania, autoridade.

Disserta Paulo Rubens Salomão Caputo<sup>3</sup>:

A supraindividualidade do Estado está restrita, assim, (salvo exceções do direito internacional), ao território sobre o qual o atributo da sua soberania é exercido, não podendo haver a incidência do poder jurisdicional interno de um Estado Nacional sobre outro Estado Nacional. O poder jurisdicional restringe-se e adere ao território sobre o qual o Estado exerce o seu atributo da soberania.

Deste modo, entende-se que o poder de dizer o direito está diretamente ligado ao poder soberano do Estado em si.

### 2.3 INÉRCIA

A criação da jurisdição, a legitimação do poder do Estado, não ocorreu por acaso.

Após anos de conflito interno, constante estado de insegurança e de perigos incessantes aos próprios indivíduos, as primeiras comunidades optaram por abdicar de sua liberdade completa (a liberdade que cada indivíduo possuía de fazer o que quisesse, sem consequências pré-determinadas) em prol de uma organização social, entregando ao soberano (hoje Estado soberano) o poder de dizer o direito.

Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados, sobre a superfície da terra. Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p. 66.

<sup>4</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Tecnoprint Gráfica S.A., [19--?]. p. 31-32.

Embora os indivíduos tenham constituído a soberania do Estado, o poder de dizer as leis, isto não significa dizer que o mesmo poderá agir deliberadamente, quando e como quiser.

Aos indivíduos restou o regime de liberdade (não em sua totalidade, como acima descrito), e ao Estado o de vinculação.

Aos indivíduos é lícito agir desde que suas condutas não violem as leis estabelecidas.

Ao Estado é lícito agir apenas de acordo com um regramento pré-estabelecido.

Daí se dizer o indivíduo é livre para fazer o que quiser, desde que não viole o ordenamento jurídico, ao passo que o Estado de liberdade nada tem, apenas lhe cabendo agir conforme lhe autoriza e lhe comanda este mesmo ordenamento.

Sob esta premissa, compreende-se a inércia jurisdicional como característica que veda a atuação de ofício do Estado-Jurisdição, isto é, a jurisdição só pode ser exercida após a provocação do(s) indivíduo(s) interessados em um provimento jurisdicional.

Não compete ao Estado dizer o direito a menos que este seja convocado para tanto, daí se observa o conceito de lide no primeiro capítulo desta pesquisa, a ausência de provocação não qualifica o conflito de interesses como lide, e também impede a apreciação jurisdicional.

Em relação ao tema, Diogo Assumpção Rezende de Almeida<sup>5</sup>, apresenta as seguintes considerações: “O juiz deve manter-se inerte até que a parte instaure o processo (inércia da jurisdição). A jurisdição só atua quando provocada. Conforme disposto o Art. 2 CPC, após o ajuizamento da ação, o processo segue por impulso oficial (do juiz).”

## 2.4 INAFASTABILIDADE

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup>, prevê que:

---

<sup>5</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015. *E-book*. Disponível em: [https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/teoria\\_geral\\_do\\_processo\\_2015-2.pdf](https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/teoria_geral_do_processo_2015-2.pdf). Acesso em: 03 jul. 2020.

<sup>6</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Conforme apresentado também no capítulo primeiro desta pesquisa, ao retirar o poder de autotutela do indivíduo, o Estado toma para si a função da solução das lides que se apresentam entre os jurisdicionados.

Após a provocação (vide item anterior), o Estado-Jurisdição não pode recusar-se a se manifestar sobre o conflito apresentado, isto é, de se posicionar, dizer o direito e prestar um provimento.

No entanto, esta provocação deve ser válida, através do exercício do direito de ação, com seus pressupostos processuais preenchidos (tema que será abordado no próximo capítulo).

Sobre a inafastabilidade da tutela jurisdicional, entende-se que, uma vez devidamente provocado, pelos meios corretos, o Poder Judiciário não pode se afastar e deixar de prestar o provimento jurisdicional, de por fim à lide em tela.

Disserta Rafael Lorenzo Fernandez Koatz<sup>7</sup>:

Por trás de seus termos categóricos, o art. 5º, XXXV, da Constituição busca proibir que o Estado-Juiz se abstenha de decidir a generalidade das questões que lhe são submetidas. Mas isso não significa que ele deva, deixando de decidir todas as questões, substituindo-se à vontade das partes. Há questões que não estão sujeitas a intervenção judicial (questões políticas, por exemplo) e outras em relação às quais as partes podem dispor como bem entenderem (em diversas matérias patrimoniais, v.g.) e, inclusive, recorrer a métodos alternativos de solução de conflitos, que afastam a possibilidade de o Estado-Juiz arbitrar ou decidir a matéria.

Em outras palavras, a intervenção judicial é obrigatória de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes. A inafastabilidade do controle jurisdicional deve ser assegurada tanto quanto possível, mas pode ceder a outros valores (como autonomia da vontade, por exemplo, no caso da arbitragem) igualmente fundamentais.

---

Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

<sup>7</sup> KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.270, p. 171-205, set./dez. 2015.

## 2.5 INVESTIDURA

Trata-se aqui do requisito (condição) legitimador(a) do exercício da função jurisdicional por parte dos juízes (Estado-juiz).

Referida condição se dá através da seleção, em concurso público, de agentes, mediante avaliação de capacidade técnica e moral, para compor os quadros do Poder Judiciário.

Após a aprovação definitiva em concurso público, e do preenchimento de todos os requisitos deste, o juiz será investido do poder jurisdicional, o que o legitimará a atuar, em nome do Estado, nos casos em que for provocado.

Sobre o tema escreve Marcelo Barbi Gonçalves<sup>8</sup>:

Segundo o princípio da investidura, apenas a pessoa regularmente investida na função de juiz pelo Estado poderia exercer a jurisdição. A composição de conflitos seria um monopólio estatal, de modo que, sem preencher os requisitos estabelecidos em lei, ninguém poderia, sob pena de cometimento do crime de usurpação de função pública (art. 328, CP), praticar atos jurisdicionais.

## 2.6 INDELEGABILIDADE

O princípio da indelegabilidade (como as demais) deve ser observado em contexto. Neste caso, tem-se uma vinculação com a característica exposta acima.

Isto é, ao passo que é ilícito (regra geral) ao Estado-Jurisdição recusar a prestar a tutela jurisdicional, uma vez provocado, o Estado-Juiz também torna-se impedido de, além de recusar-se a decidir a demanda, também de delegar esta sua função à outro agente público.

Sobre o tema disserta Paulo Rubens Salomão Caputo<sup>9</sup>: “Do mesmo modo, em sendo o juiz um agente político, o mesmo apresenta o Estado, e não pode, em hipótese alguma, delegar seus poderes-deveres a outros agentes estatais, nisto consistindo o princípio da indelegabilidade.”

---

<sup>8</sup>GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5081776/mod\\_resource/content/1/Barbi%20-%20p.%2011-110.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5081776/mod_resource/content/1/Barbi%20-%20p.%2011-110.pdf). Acesso em: 03 jul. 2020. p. 108.

<sup>9</sup>CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo**. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p.67.

## 2.7 JUIZ NATURAL E IMPARCIALIDADE

O princípio do juiz natural tem como objetivo garantir às partes em juízo um processo mais transparente, tentando, ao máximo, evitar manipulações processuais, no sentido de escolher o julgador de determinada demanda.

Busca-se evitar tribunais de exceção, criados para julgar casos específicos e, ainda, proibir a mutação da competência de juízos pré-estabelecidos, com a finalidade de outorgar a estes, legitimidade para julgar causas que, inicialmente, não seriam de sua competência.

Portanto, esta é a razão principal de se dizer que o juiz natural deve ser previamente estabelecido aos fatos (não ser instituído após o mesmo), tendo sua investidura já ocorrido e sua competência já fixada.

Ainda, exige-se do julgador o requisito da imparcialidade, isto é, a ausência de suspeição (art.145 do Código de Processo Civil) e também ausência de impedimentos (art.144 Código de Processo Civil)<sup>10</sup>.

Sobre o tema, escreve, ainda, Marcelo Barbi Gonçalves<sup>11</sup>:

Nesta moldura, o princípio do juiz natural seria, mais do que um direito subjetivo da parte, uma qualificação substancial da jurisdição. Sem a naturalidade do juiz, não haveria função jurisdicional. Além disso, esse princípio consistiria em uma dupla garantia: proibição de constituição de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, CF/88) e vedação de modificação de juízo legalmente competente (art. 5º, LIII, CF/88).

Por tribunais de exceção ou tribunais extraordinários entende-se aqueles constituídos *ex novo* ou que tenham suas competências modificadas para julgar casos específicos, e que não existiam como instituições regulares para julgamento de outro caso similar. Outra consequência extraída do princípio do juiz natural é aceita frisando órgão julgador a ocorrência dos fatos submetidos a julgamento.

Trata-se de exigência de anterioridade dos juízos em relação aos fatos que formam a causa de pedir, de forma que seria inválida a atribuição de competência *post factum*.

## 2.8 INEVITABILIDADE

<sup>10</sup> CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p.67.

<sup>11</sup>GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5081776/mod\\_resource/content/1/Barbi%20-%20p.%2011-110.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5081776/mod_resource/content/1/Barbi%20-%20p.%2011-110.pdf). Acesso em: 03 jul. 2020. p. 104-106.

O provimento jurisdicional por tratar-se de um comando estatal, o mesmo não pode estar vinculado ao consentimento das partes que, ao final do processo, agradando-se, ou não, do provimento prestado, devem aceitá-lo e cumpri-lo.

Significa dizer que após o conflito tornar-se lide, independentemente da satisfação das partes (vitória ou derrota processual) as mesmas não poderão recusar o resultado do processo, conforme leciona Marcelo Barbi Gonçalves<sup>12</sup>:

De acordo com a característica – não se trata de um comando deôntico – da inevitabilidade, a autoridade do órgão jurisdicional independe do consentimento das partes, na medida em que é um reflexo da soberania estatal.

Nesse prisma, a teorização da inevitabilidade desdobrar-se-ia em três elementos: (i) o poder judicante impõe-se por si mesmo, visto que carece de aquiescência do cidadão; (ii) a situação das partes perante o Estado é de sujeição; (iii) as partes não podem se recusar a aceitar o resultado do processo.

## 2.9 DIREITO DE AÇÃO

Todo o visto anteriormente não teria efeito prático algum, caso não existisse o direito de Ação.

O direito de Ação está diretamente ligado ao direito de peticionar aos Órgãos dos Poderes Públicos, providências, no contexto específico que aqui se trata, o direito de peticionar ao Poder Judiciário, um provimento jurisdicional, uma manifestação do Estado-Juiz, com a finalidade de compor e pôr fim à uma lide.

A Constituição Federal de 1988<sup>13</sup>, em seu artigo 5º, XXXIV, prevê o direito de petição no seguinte sentido:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

<sup>12</sup>GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5081776/mod\\_resource/content/1/Barbi%20-%20p.%2011-110.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5081776/mod_resource/content/1/Barbi%20-%20p.%2011-110.pdf). Acesso em: 03 jul. 2020. p. 86.

<sup>13</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

Como se notou anteriormente, um dos princípios da jurisdição é o da inércia, que veda a atuação de ofício do Poder Judiciário e de qualquer um dos seus membros ou representantes, exigindo, para referida atuação (prestação jurisdicional) uma provocação.

Eis que o Direito de Ação é a provocação específica, exigida, para o rompimento da referida inércia jurisdicional, possibilitando que o processo judicial se inicie e, daí, através do impulso oficial, continue, até que a tutela jurisdicional seja efetivamente entregue.

Neste mesmo sentido verifica-se o conteúdo do artigo 2º do Código de Processo Civil<sup>14</sup>: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Sobre o tema leciona Ada Pellegrini Grinover<sup>15</sup>:

Cabe, pois, ao Estado, nas sociedades modernas, a solução dos litígios, de acordo com a vontade da lei reguladora do conflito de interesses. Mas a jurisdição é uma função inerte. Ne procedat iudex ex officio, já diziam os romanos. Para que se ative o mecanismo da jurisdição – que, como bem aponta Celso Neves, é ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade – há necessidade de provocação. Eis que surge o conceito de direito de ação, configurado através do pedido de tutela jurisdicional pelo autor. Uma vez provocada, a jurisdição atua através do processo. Como esplendidamente afirma Calamandrei (“Instituições”, pág. 143): “Depois de examinar, na jurisdição, o fenômeno do Estado que administra a Justiça, é necessário que se examine o do cidadão que pede justiça, o que se faz através do estudo da ação.

Ainda, disserta Rogério Lauria Tucci<sup>16</sup>:

*Jurisdição* é, como visto, e, já agora, segundo precisa definição de Chiovenda, por nós complementada, o poder-dever de realização do Direito, consubstanciado na “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva.

---

<sup>14</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Planalto, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

<sup>15</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/course/view.php?id=67350>. Acesso em: 03 jul. 2020.

<sup>16</sup>TUCCI, Rogério Lauria. **Jurisdição, ação e processo civil** (subsídios para a teoria geral do processo civil). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/course/view.php?id=67350>. Acesso em: 03 jul. 2020.

Correlatamente, o *direito* à jurisdição traduz-se, por igual, num poder, conferido a todos os integrantes da coletividade, quer particulares, quer órgãos públicos, de invocar, quando a tanto indispensável, determinada prestação ou providência jurisdicional, objetivando o reconhecimento, a satisfação ou a assecuração de apregoado Direito subjetivo material.

Tal invocação, por sua vez, e como também verificado, é de *ação judiciária*, qual seja a atuação dos agentes do Poder Judiciário – juízes e tribunais – em prol da realização do Direito.

E efetiva-se, certamente, através de atuação de interessado, titular de um dos interesses em conflito com o de outrem, que se denomina, igualmente, “ação”.

Contudo, para que o direito de Ação, através do direito de petição, seja suficiente para o rompimento da inércia jurisdicional, é necessário que o mesmo seja exercido através do instrumento processual adequado, bem como acompanhado de pressupostos processuais positivos, ausentes os pressupostos processuais negativos, identificando-se, ainda, por fim, os requisitos da demanda.

Como instrumento processual adequado, tem-se a petição inicial apta, isto é, a petição inicial em que todos os requisitos do artigo 319 do Código de Processo Civil<sup>17</sup> estejam presentes. Referido artigo prevê:

Art. 319. A petição inicial indicará:

I – o juízo a que é dirigida;

II – os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV – o pedido com as suas especificações;

V – o valor da causa;

VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII – a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

---

<sup>17</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Planalto, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

Paulo Rubens Salomão Caputo<sup>18</sup>, identifica os pressupostos processuais positivos, como aqueles os quais se ausentes impedem a constituição válida e desenvolvimento regular do processo, como:

- a) Juiz investido, não suspeito e não impedido, e juízo competente;
- b) petição inicial apta;
- c) capacidade processual (capacidade civil de exercício da parte);
- d) capacidade postulatória (via advogado, quando não facultado exercício direto pela parte do *jus postulandi*);
- e) citação válida.

Como pressupostos processuais negativos, isto é, aqueles os quais se presentes impedem a constituição válida e desenvolvimento regular do processo, como:

- a) litispendência (duas ou mais demandas pendentes/em curso entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido);
- b) coisa julgada (uma demanda que já tenha sido decidida, com trânsito em julgado, entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido);
- c) perempção (impedimento de propositura da demanda – artigo 268 do Código de Processo Civil de 1973; relativo);
- d) Convenção de arbitragem (impedimento processual para a exarcação de provimentos que decorrem do chamado processo de conhecimento; relativo);

Por fim, tem-se como condições da ação:

- a) Legitimidade para a causa (legitimatío ad causam);
- b) interesse de agir (necessidade e utilidade do provimento pleiteado).

Neste sentido, presentes as condições da ação, presentes os pressupostos processuais positivos e ausentes os pressupostos processuais negativos, há a possibilidade de o direito de ação ser exercido, o qual, conforme descrito e demonstrado, será instrumentalizado através da petição inicial apta,

---

<sup>18</sup>CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p.78-79.

possibilitando o ajuizamento da ação ou a judicialização do assunto em questão. Judicialização esta, objeto do próximo capítulo desta pesquisa.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup>Destaca-se que na vigência do Código de Processo Civil de 1973, havia uma terceira condição da ação, a possibilidade jurídica do pedido (ausência de vedação expressa e sistemática no ordenamento jurídico), contudo a mesma fora excluída com o advento do Código de Processo Civil de 2015. No entanto, havendo, ainda, proibição expressa no ordenamento, quanto à natureza do pedido realizado pela parte interessada, o mesmo se tornará inviável, culminando na improcedência do pedido.

### 3 JUDICIALIZAÇÃO *VERSUS* ATIVISMO JUDICIAL

#### 3.1 JUDICIALIZAÇÃO

Como visto nos capítulos anteriores, nada resta ao jurisdicionado, ao se ver envolvido em um conflito social, senão buscar a tutela do Poder Judiciário.

Isto, porquê, também como pode ser identificado acima, o poder de autotutela (salvo exceções previstas em lei, tal como o instituto da legítima defesa) foi retirado dos indivíduos.

Contudo, o Estado não poderia, de forma alguma, apenas remover a autoproteção do indivíduo e deixá-lo sem remédio social algum.

É neste contexto em que a ideia de jurisdição ganha, ainda mais, força.

No Estado Democrático de Direito brasileiro o método que dispõem os indivíduos para a solução de seus conflitos sociais, é transformá-los em uma lide, isto é, levá-los, apresentá-los, ao Poder Judiciário.

Este ato se dá através do exercício do Direito de Ação, diretamente ligado ao direito de petição que, regra geral, é exercido através de uma petição inicial apta, capaz de romper a inércia jurisdicional.

O ato de se levar uma matéria, uma discussão, um conflito de interesses à apreciação jurisdicional tem o mesmo significado de judicializar referida matéria, discussão ou conflito social.

Nota-se que não se judicializa (leva à apreciação jurisdicional) apenas lides (conflitos de interesses caracterizados pela pretensão de um e resistência de outro, levados à apreciação jurisdicional), conforme conceitua Paulo Rubens Salomão Caputo<sup>20</sup>:

Assim, ao provocar o Estado-jurisdição, o cidadão está, *pari passu*, declarando que faliu na sua autocapacidade de resolver seus conflitos, necessitando de um ato estatal tipicamente jurisdicional (um provimento) que aprecie a lide (termo que é empregado ao menos 10 vezes expressamente no NCPC-*vide* nota 338), antes e acima de tudo, resolvendo sua pretensão. É o cidadão, assim, o encarregado, ele próprio, de, ao levar o conflito material de interesses para apreciação do poder jurisdicional, o fazer na medida em que entender necessário para a resolução de sua pretensão. Então, a lide é mesmo conflito material de interesses qualificado por uma pretensão material resistida, levado – e na medida em que levado – à apreciação do poder jurisdicional.

---

<sup>20</sup>CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p.78-79.

É totalmente possível a judicialização de matérias cujo objeto não é um conflito de interesses materialmente resistido, como os casos de jurisdição voluntária, isto é, que havendo lide ou não, podem ser apresentados ao Estado, exigindo-se, assim, um provimento jurisdicional, neste contexto, escreve Bruno Ricardo Rizzo Tomé<sup>21</sup>:

Não se deixa de lado a existência de ações com características de jurisdição voluntária, isto é, aquelas que não necessariamente dependem da pré-existência de uma lide, isto é, uma pretensão resistida, no entanto configuram judicialização, vez que o objeto da pretensão é levada à apreciação do Poder Judiciário.

Percebe-se, portanto, que o conceito de judicialização está umbilicalmente ligado ao rompimento da inércia jurisdicional, ao ato de se provocar a jurisdição, do que necessariamente à matéria discutida em si.

Em um primeiro momento, nota-se que o fenômeno da judicialização é algo esperado em um Estado Democrático de Direito (o qual limita o poder de autotutela do indivíduo), não é algo a ser repudiado, pelo contrário, é algo esperado para que a sociedade mantenha a harmonia social em suas resoluções de conflitos.

Os problemas passam a aparecer em torno do fenômeno da judicialização quando seus níveis passam a crescer exponencialmente. Os professores e pesquisadores Rafael Tomaz de Oliveira, Bruno Costa de Faria, Cristiane Maria de Lima Curtolo, Leandro Teodoro, Michele Seixas Veludo e Joaquim Eduardo Pereira<sup>22</sup>, identificaram dois principais fatores que elevam os números da judicialização, chamando a atenção para possíveis problemas sociais, quais sejam: dirigismo constitucional, inflação legislativa, os quais verificaremos a seguir.

### 3.2 DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

---

<sup>21</sup>TOMÉ, Bruno Ricardo Rizzo. ADC 17 E ADPF 292 – As duas faces do Supremo Tribunal Federal: entre o ativismo e a autocontenção na judicialização do direito à educação. *In*: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 6., 2018, Ribeirão Preto. **Anais** [...]. Ribeirão Preto: UNAERP, 2018, p. 1017-1041.

<sup>22</sup>OLIVEIRA, Rafael Tomaz de *et. al.* A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. *In*: X SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 201, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: ABDCONST, 2013, p. 266-306.

Entende-se, no contexto brasileiro, dirigismo constitucional o caráter programático da própria Constituição Federal de 1988.

Isto é, diferentemente de outros modelos no mundo, a Carta Maior brasileira, além de prever a organização e o modo de funcionamento do próprio Estado, traz, em seu rol de normas, direitos a serem respeitados pelo próprio Estado, que impõe um dever de abstenção por parte deste, pressupõe um dever “de não agir”, tais como os direitos fundamentais de primeira dimensão (direito à vida, propriedade) identificados, em sua maioria, no artigo 5º da Constituição Federal de 1988<sup>23</sup>. Em relação a estes direitos acima descritos, escreve João dos Passos Martins Neto<sup>24</sup>:

Os direitos fundamentais de abstenção, também chamados direitos de defesa, são aqueles que exigem dos sujeitos passivos uma conduta negativa, compreendendo, por exemplo, o não-impedimento de ações autorizadas (como a expressão de uma idéia), a não-eliminação de competências ou poderes jurídicos (como a de adquirir um imóvel), a não-invasão de âmbitos reservados (como o lar conjugal) ou a não agressão de propriedades biológicas do ser humano (como a existência). Na Constituição do Brasil, eles com põem a maioria. Seu modelo padrão é o direito à vida. Mas aí cabem, ainda, as liberdades clássicas (pensamento, crença, expressão, culto, locomoção, profissão, reunião, associação, etc.), as novas liberdades (tais como, a liberdade sindical e o direito de greve), as inviolabilidades (intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, integridade física e psíquica, proibição de extradição, direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito), o direito de propriedade (aquisição e gozo), o direito político de sufrágio (de votar e ser votado) e, inclusive, o direito à igualdade de tratamento (na diversidade de sexo, cor, raça, idade, religião, classe social, etc.)

Além destes direitos que impõe um dever de abstenção, a Constituição Federal Brasileira<sup>25</sup>, apresenta direitos impositivos, isto é, que implicam uma obrigação de fazer, de agir, por parte do Estado, também conhecidos como

---

<sup>23</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

<sup>24</sup>MARTINS NETO, João dos Passos. **Uma proposta de caracterização e de taxionomia dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

<sup>25</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

direitos sociais ou direitos de segunda dimensão, que, podem ser identificados, também, no artigo 6º da Constituição Federal, tais como direito à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Sobre estes direitos escrevem Fernanda Priscila Ferreira Dantas e Maria dos Remédios Fontes Silva<sup>26</sup>:

Nesse pórtico, são classificados como direitos de status positivo, também chamados de direitos 'sociais' ou prestações, que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, nos termos já esboçados. Ademais, os termos 'direitos sociais' se justificam em face do seu objetivo que é a melhoria de vida de toda a sociedade, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social.

Ainda, é possível encontrar, como direitos fundamentais de terceira dimensão ainda no artigo 5º e 225º da Constituição Federal<sup>27</sup>, tais como direitos meta individuais, difusos, a Defesa do Consumidor e a tutela do Meio Ambiente, a busca pelo Meio Ambiente Saudável.<sup>28</sup>

E é neste sentido que se pode identificar o dirigismo constitucional, ou seja, a Carta Maior que apresenta muito mais do que apenas o modo de estrutura do Estado, traz consigo, também, diretrizes que determinam a atuação do Estado e orientam a execução de várias outras normas nesta contida, conforme escrevem Rafael Tomaz de Oliveira, Bruno Costa de Faria, Cristiane Maria de Lima Curtolo, Leandro Teodoro, Michele Seixas Veludo e Joaquim Eduardo Pereira<sup>29</sup>:

<sup>26</sup>DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Os direitos sociais no Brasil: abordagem sobre sua violação e proposições para concretização. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, [s.l.], v.7, n. 01, 10. ed., p.1-6, 2014.

<sup>27</sup>BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

<sup>28</sup>A doutrina não é pacífica quanto à divisão tripartite dos direitos fundamentais, algumas correntes adotando a classificação de três dimensões, outras em quatro e cinco dimensões, mas no contexto da discussão desta pesquisa, importa transmitir a informação, de forma mais completa, de que a Constituição Brasileira de 1988 traz em seu corpo, muito mais do que apenas a estruturação do Estado.

<sup>29</sup>OLIVEIRA, Rafael Tomaz de *et. al.* A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: X SIMPÓSIO NACIONAL DE

Diante de tal contexto, o Estado democrático de Direito não só é o lócus privilegiado para o “acontecimento” da Constituição dirigente, como é seu correlato necessário. A Constituição dirigente é o fundamento de legitimação política do Estado democrático de Direito, garantindo força normativa a seus elementos e princípios – além dos direitos fundamentais individuais e sociais – conferindo-lhes caráter vinculante (político e juridicamente) e estabelecendo mecanismos de reinvidicação pela efetivação desses elementos normativos via poder judiciário, através de um superlativo mecanismo de controle de constitucionalidade.

Apesar do lado positivo do dirigismo constitucional, que é o de possibilitar aos indivíduos exigências de direitos frente ao Estado, há também o lado negativo, que termina por aumentar o rol de assuntos em que o Poder Judiciário poderá atuar, aumentando a possibilidade de casos a serem judicializados, aumenta também a quantidade de ações que lotam referido Poder, causando, por muitas vezes, congestionamento e superlotação de ações no Judiciário, uma das principais causas da morosidade em julgamentos, verificada no cenário brasileiro, ainda, nas palavras dos autores acima citados<sup>30</sup>:

A principal consequência percebida nesse diapasão foi o aumento (ou acúmulo) das funções institucionais do poder judiciário. A nossa constituição dirigente de 1988, além de aumentar essa demanda por (novos) direitos, estabeleceu um superlativo mecanismo de controle de constitucionalidade, que compreende tanto a tradição norte-americana (controle difuso/concreto) quanto a europeia (controle concentrado/abstrato) de modo que o segundo modelo, cuja jurisdição é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, tem levado esse órgão – por meio de seus procedimentos (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção) – a desempenhar uma função autoritária, carregando consigo a última palavra nas questões de interpretação constitucional.

II. A noção de Constituição dirigente e compromissória tem sido contestada no decorrer dos anos. Originalmente proposta por Peter Lerche (*Dirigierende Verfassung*), foi adaptada por J. J. Gomes Canotilho à Constituição de Portugal de 1976. De todo modo, Canotilho vai ressaltar que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e os direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erigindo-se à categoria de “linha Maginot” contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da

---

DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 201, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: ABDCONST, 2013, p. 266-306.

<sup>30</sup>Ibidem.

programaticidade constitucional, assevera. Contra os que ergueram as normas programáticas a “linha de caminho de ferro” neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, Canotilho acredita que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais.<sup>31</sup>

Neste sentido, é possível identificar o dirigismo constitucional como uma causa do aumento da judicialização, sem considerar que o mesmo, por si só, é um fator negativo em um Estado Democrático de Direito, pelo contrário, entende-se como uma característica relevante em uma Carta Maior.

### 3.3 INFLAÇÃO LEGISLATIVA

Tratando-se da influência da inflação legislativa no aumento dos índices de judicialização, um dos maiores problemas ocorre em torno da previsibilidade.

Atualmente, tantos dispositivos de lei, portarias, decretos, medidas provisórias são aprovados diariamente que se torna, praticamente, impossível à população acompanhar ou assimilar tais textos de normas.

Ainda, por vezes, tais normas revogam outras anteriores, ou passam a conviver em contradição com outras vigentes (incontáveis vezes em relação à própria Constituição, basta analisar a quantidade de Ações Constitucionais aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal), e neste ambiente de dúvidas, promulgações excessivas, contradições legislativas, o jurisdicionado busca solucionar suas dúvidas, conflitos no próprio Poder Judiciário, judicializando toda sorte de matérias.

Assuntos que deveriam ser objetos de debates políticos, tornam-se objeto de provimentos jurisdicionais, outorgando ao Poder Judiciário mais autoridade que deveria ter, inicialmente, manifestando-se, quase que de forma invasiva em outros Poderes, para responder às inúmeras ações que diuturnamente chegam às portas do Judiciário.

Esbarrando no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (vide capítulo 2), o Poder Judiciário não consegue se abster de debates que necessariamente são políticos, e acabam, não conseguindo recusar a tutela jurisdicional,

---

<sup>31</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

sendo obrigado a receber estas ações e se manifestar de maneiras nem sempre democráticas.

Neste sentido, descrevem Rafael Tomaz de Oliveira, Bruno Costa de Faria, Cristiane Maria de Lima Curtolo, Leandro Teodoro, Michele Seixas Veludo e Joaquim Eduardo Pereira<sup>32</sup>:

Assim, não apenas a impossibilidade do legislativo prever todas as hipóteses de aplicação da lei, que já se apresentava como problema desde o início da codificação, mas também a impossibilidade de o juiz conhecer todo o aparato legislativo – e proto-legislativo, como no caso das Medidas Provisórias brasileiras – no momento da decisão judicial, torna-se um problema que a teoria jurídica precisa resolver. Neste contexto, os princípios jurídicos e as chamadas cláusulas gerais são chamados a remediar a situação que se instala diante desse caótico quadro apresentado pela legislação e pelas demandas sociais que são levadas aos montes para apreciação do Poder Judiciário. Isso representa, para alguns, o comprometimento total da garantia da segurança jurídica que, segundo eles, seria sanada mediante a edição de leis mais precisas e em menor quantidade, além da necessária minoração do uso da técnica das cláusulas gerais nos textos legislativos<sup>22</sup>. Claro que nesse caso se está ainda a confundir a ideia de segurança com a de previsibilidade. Não é necessário que o legislativo dê conta de todas as minúcias que a vida social nos impinge no dia-a-dia. Aliás, é exatamente por seguir um rumo de hiper-legislação, inflando as matérias a serem “normatizadas” que abastece o fenômeno da judicialização, o que provoca, no mais das vezes, efeitos deletérios.

Finalizada a conceituação em relação ao fenômeno da judicialização, passa-se à análise do ativismo judicial.

### 3.4 ATIVISMO JUDICIAL

Para compreender o fenômeno do ativismo judicial, é fundamental, traçar, de pronto, o ponto em que este diferencia-se do conceito de judicialização.

Como exposto até o momento desta pesquisa, em momento algum, o fenômeno da judicialização se mostra dependente da vontade do julgador.

Isto é, goste os juízes ou não, os índices de judicialização podem aumentar ou diminuir, inflar ou reduzir e estes, a priori, nada podem fazer para acelerar ou frear a quantidade de ações que chegam às portas do Poder Judiciário.

---

<sup>32</sup>OLIVEIRA, Rafael Tomaz de *et. al.* A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. *In: X SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, 10., 201, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: ABDCONST, 2013, p. 266-306.

Pelo contrário, talvez fossem mais felizes os juízes que atuassem em um cenário menos congestionado, menos caótico, menos abarrotado de ações, dispondo assim de mais tempo para analisar cada caso, com menos pressão por julgamentos mais céleres, porém, ainda assim, efetivos, sem o rótulo de Poder ineficiente que hoje carrega.

No entanto, a ocorrência da judicialização está mais vinculada a um fenômeno social, que depende mais do jurisdicionado (quem rompe a inércia jurisdicional) e do cenário político vivido por estes (tal como a inflação legislativa mencionada), do que necessariamente dos órgãos judicantes.

A mesma impotência em relação aos juízes não se observa em relação ao ativismo judicial.

Este problema interpretativo, hermenêutico, que o é, está diretamente ligado à discricionariedade (por vezes arbitrariedade), às motivações pessoais, ao seu livre (e ilimitado) convencimento, que servem como justificativa para julgar uma causa, da forma que considera correta, de acordo com suas motivações pessoais, sem levar em consideração todo o ordenamento jurídico e demais fontes do Direito, em si.

Nota-se que neste contexto (do ativismo judicial) o julgador está mais preocupado em praticar seus ideais particulares do que necessariamente praticar o Direito.

Neste sentido, observam:

Embora sem mencionar expressamente, Antoine Garapon, intui de forma correta o elemento que marca a linha divisória que separa a judicialização do ativismo. Com efeito, depois de uma análise minuciosa do modo como a sociedade contemporânea encara temas como a política e a democracia, demonstrando como a democracia contemporânea acabou por produzir esse espaço de judicialização, Garapon assevera o seguinte:

O ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.<sup>33</sup>

Nota-se, portanto, que Garapon *apud* Oliveira liga a ideia de ativismo a um desejo – vale dizer, um ato de vontade – do órgão judicante. Esse ponto

---

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de *et. al.* A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. *In: X SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, 10., 201, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: ABDCONST, 2013, p. 266-306.

indica, de plano, que o problema que vem à tona no enfrentamento do problema do ativismo é, exatamente, o âmbito que a Teoria do Direito reconhece como “calcanhar de Aquiles” do jurídico, qual seja, o âmbito interpretativo. De forma mais clara, é aqui que aparece o ponto decisivo que diferencia ativismo de judicialização: aquele é dependente de um ato de vontade; este é contingencial, condicionado pelo sistema político.

Neste sentido, é possível afirmar que sob a ótica do ativismo judicial, o julgador não mais decide, escolhe.

Trata-se de uma divisão entre escolha “jurídica” e decisão judicial, a primeira, importando em parcialidade, em motivações pessoais e fundamentações rasas, quando não inexistentes.

Diz-se escolha, pois no âmbito pessoal é lícito ao indivíduo escolher se irá consumir refrigerantes ou sucos naturais, não havendo consequências de nenhuma natureza a este indivíduo, tampouco precisa este justificar, fundamentar as razões pelas quais escolheu o item “A” ao item “B”, o que importa são os sentimentos pessoais, o gosto, a moral, de quem escolhe.

Já no âmbito da decisão judicial, há que justificar, fundamentar o motivo pela qual se decidiu pelo argumento “A” ou “B” pelo deferimento ou indeferimento de determinado requerimento, pelo acolhimento ou rejeição de determinada prova.

Não obstante, o dever de fundamentar, não basta qualquer fundamentação, é necessária uma fundamentação jurídica, que tenha, pelo menos, como plano de fundo todo o ordenamento jurídico, doutrinas, textos acadêmicos e científicos. Aqui em nada importa os sentimentos pessoais, a moral, o gosto particular do julgador, pelo contrário, espera-se que estes elementos estejam fora do cenário da decisão, em proteção ao princípio jurisdicional da imparcialidade (vide capítulo 2).

Importa o que pensa o Direito, o que o Direito determina e exige do julgador no momento de determinadas decisões.

Neste sentido, pode o juiz discordar da decisão que deve tomar, por mais estranheza que lhe possa causar e por mais imoral que lhe possa parecer, ainda sim, deve decidir, neste momento não é a pessoa do juiz que está a proferir a sentença, mas sim, uma extensão do Estado, do Poder Judiciário, daí a ideia de

Estado-Juiz, que está a prolatar o provimento jurisdicional, portanto, não há espaço para as opiniões particulares da pessoa a julgar a demanda em tela.

Daí, portanto, a importância de se entender os princípios delineados no capítulo 2 desta pesquisa. O juiz não detém o cargo, é investido do poder jurisdicional para ocupar o cargo e desempenhar uma função Estatal, quanto ao tema disserta Paulo Rubens Salomão Caputo<sup>34</sup>:

Enquanto, inafastavelmente, função típica do Estado, a jurisdição (daí Estado-jurisdição ou Estado-juiz, investido do poder jurisdicional, dentro da sua parcela de competência) tem características próprias, como a unidade, a preexistência ao menos potencial da lide e imutabilidade tendente quanto ao que restar decidido.

Ainda o autor<sup>35</sup>:

Finalmente, conferindo firmeza a todo o sistema político-constitucional de organização do Estado, assegura-se ao juízes vitaliciedade no cargo, isto é, após cumprimento de estágio probatório, somente através de provimento jurisdicional transitado em julgado é que se o perde; ou sobrevivendo aposentadoria voluntária ou compulsória, caso em que, mais precisamente, dá-se a desinvestidura (pois que administrativa e previdenciariamente não se “perde” o cargo, mas nas respectivas funções, deixa-se de estar investido).

Em relação à diferenciação entre escolha e decisão, disserta Clarissa Tassinari<sup>36</sup>:

Elaborada com o fio de enfrentar o protagonismo de juízes e tribunais, a teoria da decisão judicial de Lenio Streck constitui uma proposta hermenêutica de amplo espectro, mas que se estrutura a partir de quatro elementos centrais:

- c) Esta responsabilidade política dos juízes se desdobra, também, em um dever de fundamentação, que advém, de forma secundária, da própria dogmática constitucional brasileira (art. 93, IX, da Constituição), conformando, assim, o terceiro elemento da teoria de Streck. Este dever de fundamentar se desdobra na diferença entre decisão e escolha: “a escolha ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância [...] A escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. [...] Ora, a decisão se dá,

<sup>34</sup>CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo. Leme: J.H. Mizuno, 2016, p.60.

<sup>35</sup> Ibidem, p.68.

<sup>36</sup>TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito);

Em relação à indiferença quanto ao gostar ou não de determinada decisão e ainda sim, ter o dever de segui-la (caso seja o exigido pelo Direito), disserta Ronald Dworkin<sup>37</sup>:

[...] Na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, a opinião mais popular insiste em que os juízes devem sempre, a cada decisão, seguir o direito em vez de tentar aperfeiçoá-lo. Eles podem não gostar do direito que encontram – este pode exigir que despejem uma viúva na véspera do Natal, sob uma tempestade de neve -, mas ainda assim devem aplicá-lo. Infelizmente, de acordo com essa opinião popular, alguns juízes não aceitam essa sábia submissão; velada ou abertamente, submetem a lei a seus objetivos ou opiniões políticas. São estes os maus juízes, os usurpadores, os destruidores da democracia.

Ainda, em relação à diferenciação entre judicialização e ativismo judicial, discorre Lenio Luiz Streck<sup>38</sup>:

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do poder judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial). É sempre conveniente lembrar o seguinte: enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão judicante (portanto, comportamental), a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão 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.

Luís Roberto Barroso<sup>39</sup> conceitua o ativismo judicial de forma diferente.

<sup>37</sup>DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>38</sup>STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasiliis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.10, n.10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

<sup>39</sup>BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em: 04 jul. 2020.

Para o mesmo existe uma suposta legitimidade no exercício do ativismo judicial, e o mesmo serviria como mecanismo para potencializar o texto constitucional, auxiliando na construção de regras a partir de enunciados vagos, não esclarecidos, conforme abaixo transcrito:

A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a auto contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.

Lenio Luiz Streck<sup>40</sup> não parece concordar com o professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao discorrer:

O que dever ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, sua transformação em normas) não depende – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade. Isso para dizer o mínimo!

Na verdade, o “drama” da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma juízes em legisladores. E, para além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista (intérprete lato sensu). Consequências disso? Inúmeras.

Por outro lado, Rafael Tomaz de Oliveira, Bruno Costa de Faria, Cristiane Maria de Lima Curtolo, Leandro Teodoro, Michele Seixas Veludo e Joaquim

---

<sup>40</sup>STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Eduardo Pereira<sup>41</sup>, parecem concordar com o jurista Lenio Luiz Streck, ao escreverem:

Podemos então expressar um ativismo brasileiro com contornos bem delimitados e diferentes do que se observa nos Estados Unidos e na Alemanha. Enquanto que nestes dois países o ativismo está ligado, resguardadas as diferenças, à manutenção e efetivação de direitos fundamentais, especialmente os individuais, onde se busca adequação constitucional – apesar dos riscos –, no Brasil o ativismo se mostra como um fenômeno oposto. O nosso ativismo acaba por coibir os direitos fundamentais ao proceder o STF em esferas nas quais não lhe foi atribuída competência constitucional, sendo que não se verifica em seus fundamentos, pelos seus defensores, a manutenção dos direitos fundamentais, mas sim a possibilidade de infringi-los em razão do que a Corte entende por motivos de relevância social. Nossos ministros agem como legisladores, sendo que não possuem legitimidade para tanto e nem há autorização constitucional para tanto. Acabam não observando a Constituição e até mesmo procedendo à alteração de seu texto a pretexto de conformá-la às mudanças sociais. Uma resposta correta é a que se constrói levando em consideração a Constituição, sendo que uma compreensão autêntica do direito nos permite expor que seu vínculo primordial é com a garantia dos direitos fundamentais individuais, por se tratar de um mecanismo de limitação do poder, sendo que limita até mesmo o poder do órgão responsável por sua interpretação.

Para fins de evolução da pesquisa, adotar-se-á os posicionamentos de Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira, Bruno Costa de Faria, Cristiane Maria de Lima Curtolo, Leandro Teodoro, Michele Seixas Veludo e Joaquim Eduardo Pereira, sem abandonar posicionamentos contrapostos, tais como o de Luís Roberto Barroso, acima demonstrado.

### 3.5 LIMITES DO PODER DE DECIDIR: A SEPARAÇÃO DOS PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

No ordenamento jurídico brasileiro, é possível identificar a separação dos poderes no artigo 2º da Constituição Federal que prevê: “Art. 2º São Poderes da

---

<sup>41</sup>OLIVEIRA, Rafael Tomaz de *et. al.* A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. *In: X SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, 10., 201, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: ABDCONST, 2013. p. 266-306.

União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”<sup>42</sup>

Apesar de presente há 30 anos na Carta Maior vigente no país, referido instituto não é criação atual e tampouco novidade.

Ainda, não se pode incorrer no erro de confundir as técnicas de organização do poder Estatal, as quais, embora relacionadas, guardam diferenças entre si.

Para dar início à compreensão desta existente diferenciação, três serão os caminhos percorridos, quais sejam: a separação dos poderes no contexto de a) governo misto, b) evolução na Idade Média e c) sistema de freios e contrapesos.

Destaca-se que este capítulo tem por objetivo contextualizar o tema, para que ao avançar da discussão, ao abordar possíveis interferências do Poder Judiciário, através de atuações ativistas e solipsistas, tenha-se em mente eventuais limites prévios, para a atuação deste Poder, não fazendo parte do objetivo, portanto, o esgotamento do assunto, que por si, gera discussões cada vez mais amplas na comunidade científica.

a) Governo misto:

A preocupação em relação à possibilidade de um comportamento tirânico, egoísta, deturpador e corrupto já estava presente nas obras de Aristóteles, como a intitulada Política.

O mesmo se preocupava em alcançar um regime equilibrado, um modelo de governo ideal, no qual a busca pela felicidade e bem-estar dos cidadãos fosse prioritária e possível.

Uma das maneiras identificadas pelo filósofo, foi a divisão do poder político, colocando cada parcela em autoridade de pessoas diversas, de modo que em não havendo a concentração de poder em uma única autoridade, mão ou pessoa, o mesmo tenderia a um equilíbrio no exercício de governo.

---

<sup>42</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 03 ago.2020.

Isto é, Aristóteles em sua obra já identificava a tendência humana em usar o poder público não em benefício de todos ou em cumprimento do regramento estabelecido por todos, mas sim em benefício próprio, como instrumento para a imposição de ideias e paixões individuais.

Neste sentido escreve Vanessa Aparecida Lenhard<sup>43</sup>:

A teoria de governo misto pode ser considerada como ideia precursora e inspiradora da teoria de separação de poderes, cujas primeiras tentativas de desenvolvimento surgirão somente na Inglaterra medieval. A organização do poder político, enquanto objeto de reflexão, pode ser encontrada pela primeira vez na obra Política, de Aristóteles, onde o filósofo grego apresenta uma separação de funções da polis, que divide o poder político e o coloca em mãos diversas, a fim de alcançar um equilíbrio no exercício do governo.

A busca de Aristóteles pelo governo ideal o levou a identificar que cada tipo de governo apresentava uma forma degenerativa natural, a exemplo: monarquia e tirania, aristocracia/oligarquia e democracia/demagogia.

A partir destas classificações propôs um governo com elementos de vários outros governos, isto é, um governo misto (e daí a nomenclatura utilizada), a partir do qual meios de controle impediriam, ou deveriam impedir, a natural degeneração política, por ele descrita.

Neste contexto, identifica Pedro Vieira Abramovay<sup>44</sup>:

A ideia de uma divisão de Poderes aparece já na Política de Aristóteles, com a defesa de um governo misto, pressupondo funções distintas a atores diferentes no processo político. Mas é importante entender os objetivos de Aristóteles. Sua conhecida classificação de regimes entre monarquia/tirania, aristocracia/oligarquia e democracia/demagogia pressupunha uma natural degeneração dos tipos de governo e, para evitar essa degeneração, Aristóteles propõe um governo com elementos de cada tipo, um governo misto. Os controles colocados à natural tendência de abuso de poder tinham por escopo a manutenção dos regimes virtuosos. A noção de equilíbrio vinda do governo misto está, portanto, muito vinculada à ideia de manutenção de um regime, de evitar a sua degeneração.

---

<sup>43</sup>LENHARD, Vanessa Aparecida. **Judicialização da Política e Divisão de Poderes no Estado Democrático de Direito**: A Jurisdição Constitucional como Quarto Poder. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

<sup>44</sup>ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **A separação de Poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

Como se pode observar do trecho acima transcrito, o objetivo de Aristóteles era a manutenção, a preservação de um regime ideal, evitando, também, sua degeneração.

b) Evolução na Idade Média:

O conceito abordado no item anterior continua presente na Idade Média, evoluindo, resguardando seus contextos históricos devidos.

O governo misto, neste momento, tira o foco do poderio dos reis e concentra-se no poder que era exercido pela igreja. Através do movimento conciliarista, passa-se a discutir a submissão do poder dos Papas à hierarquia da Igreja, o que direciona os holofotes para a maneira pela qual se controlava o poder das autoridades em questão.

O movimento conciliarista em questão tinha por objetivo evitar o excesso de poder nas mãos do Papa, excesso de maneira que o mesmo Papa pudesse vir a colocar a autoridade, existência do clero em risco.

Trata-se, portanto, de um momento em que a divisão de poderes e controle dos mesmos tinha por objetivo a manutenção e a preservação atual do atual modo de governo, ao passo que impede regressos, impediria, também, avanços e outras formas de transformações.

Neste sentido, ainda observa Pedro Vieira Abramovay<sup>45</sup>:

O conceito de governo misto continua a se desenvolver no debate político da Idade Média, tendo seu momento mais rico não exatamente na discussão do poder secular dos reis mas no debate sobre o Poder Eclesiástico. O movimento conciliarista, ao discutir a submissão do poder dos Papas aos concílios da Igreja reconstrói o debate sobre as maneiras de se controlar o poder da autoridade instituída. O historiador Quentin Skinner afirma que conciliaristas como Gerson criam uma imagem da Igreja como monarquia limitada agindo por meio de uma assembleia representativa. Essa ideia fica clara em Guilherme de Ockham que, no Brevilóquio do Poder Papal afirma que o Papa “tem autoridade de Deus apenas para preservar, e não para destruir”. O grande objetivo do movimento conciliarista era evitar que um Papa com poder demais pudesse justamente atentar contra o status quo do clero. A divisão ou equilíbrio de Poderes teria o objetivo, como dito acima, de “preservar” e impedir grandes transformações.

Percebe-se, até o momento, a busca por um método de controle do poder, uma divisão ou a manutenção de um equilíbrio deste, contudo, com base na

---

<sup>45</sup>ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **A separação de Poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

preservação estado de governo em questão, sem o objetivo de transformá-lo tanto para o avanço, quanto para o regresso.

c) Sistema de freios e contrapesos:

Uma das primeiras diferenças que se pode extrair entre “separação de poderes” e o “sistema de freios e contrapesos” é o objetivo inicial.

Na separação dos poderes (pura e simples) se busca alcançar um estado de governo ideal e preservá-lo, impedindo avanços e regressos.

No sistema de freios e contrapesos o que se busca não é apenas a separação dos poderes em si, mas que não haja supremacia de nenhum dos poderes, entre eles e, que este ainda esteja aberto, direcionado para o futuro, para evoluções.

Ainda, nas palavras de Pedro Vieira Abramovay<sup>46</sup>:

As revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII produzem como resultado a própria noção de constituição moderna<sup>15</sup>. É digno de nota que um dos pontos em comum de todas as constituições modernas seja a incorporação da ideia de separação de Poderes. É como se o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (“A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos Poderes não tem Constituição”) soasse como uma profecia. Para Luhmann uma das principais inovações para o direito a partir das revoluções burguesas (e do conceito de constituição) é a criação de um direito aberto para o futuro.

Ainda, continua e conclui o autor<sup>47</sup>:

Marcos Faro chama a atenção para o fato de que “O resultado da Separação de Poderes é, segundo Montesquieu, não a paralisia institucional, mas sim uma peculiar dinâmica do processo político, em que permanece inviável o uso instrumental do poder a serviço de qualquer concepção concreta de ordem, valorizada como um bem exclusivamente por um indivíduo ou grupo social em detrimento de outros. Assim, para Montesquieu, estando distribuídos entre diferentes pessoas ou corpos de magistratura distintos, ‘estes três poderes [de legislar, de executar e de julgar] deveriam formar um repouso ou uma inação’. Porém, observa o autor ‘como pelo movimento necessário das coisas, eles são impulsionados a agir, eles serão forçados a se mover de maneira concertada’”. Com a análise desses textos, e do momento histórico em que o conceito de *checks and balances* surgiu, fica clara a enorme diferença entre a proposição de um governo misto que aparece na Antiguidade e na Idade Média, com o objetivo de limitar o poder, desde que essa

<sup>46</sup> ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **A separação de Poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

<sup>47</sup>Ibidem.

limitação tendesse à preservação do status quo e impedisse transformações sociais relevantes, e o conceito de freios e contrapesos. Este último é fruto de um processo que só poderia ter aparecido no contexto histórico dos séculos XVI e XVII, a partir da influência da física newtoniana, apresentando como grande novidade a crença na possibilidade da invenção de mecanismos institucionais que pudessem limitar o poder (como não poderia deixar de ser no contexto de oposição ao absolutismo), ao mesmo tempo que propiciasse a abertura para o futuro de que fala Luhmann, ou a própria ideia de mudança social, tão cara aos filósofos da época.

Por sua vez, a autora Vanessa Aparecida Lenhard<sup>48</sup> ao traçar diferenças entre as teorias de Locke e Montesquieu, identifica que os dois autores trabalharam a ideia de separação de poderes, contudo, Montesquieu preocupou-se, com maior intensidade, nos métodos de controle entre referidos poderes.

Não era mais suficiente apenas a separação, era necessário, também, uma espécie de controle mútuo, vejamos:

A primeira delas é que Locke apresenta uma separação entre os poderes legislativo e executivo, descrevendo a forma como a constituição inglesa havia sido estabelecida em sua época. Por outro lado, Montesquieu não considera nenhum Estado em particular e cria um Estado ideal, pois segundo Carré de Malberg (1948, p. 743), sua pretensão era criar uma teoria de separação de poderes que pudesse ser aplicada em qualquer tipo de Estado.

Outro aspecto que os diferencia é que Locke não concebia poderes rigidamente separados e independentes, nem mecanismos de controle recíproco, já que seu objetivo era enfatizar a supremacia do poder legislativo, como representante da soberania popular. Montesquieu, ao contrário, imaginou poderes independentes, colocou-os em mãos diversas e criou mecanismos de controle recíproco entre os mesmos, de modo que nenhum dos poderes se tornasse superior ou mais forte que os demais.

Em sua pesquisa, a autora ainda identifica a contribuição norte americana para o aperfeiçoamento da teoria de Montesquieu.

Em sua análise, após expor as condições em que as colônias norte americanas viviam, sob o comando da Coroa Inglesa, aponta os conflitos internos sofridos pela mesma após a independência destas colônias, que se tornaram o que hoje se conhece por Estados Unidos da América.

Observa que no conflito entre federalistas (aqueles que defendiam uma Constituição) e antifederalistas (aqueles que defendiam a manutenção do

---

<sup>48</sup>LENHARD, Vanessa Aparecida. **Judicialização da Política e Divisão de Poderes no Estado Democrático de Direito: A Jurisdição Constitucional como Quarto Poder**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

sistema confederativo), lograram-se vencedores os federalistas, resultando na Ratificação de uma Constituição.

Entre as importâncias históricas desta vitória no contexto norte americano, a Constituição da Virginia (1776) merece destaque ao ser a primeira a prever a separação entre os poderes legislativo, executivo e o judiciário, conforme transcrição que abaixo segue:

A Constituição da Virginia de 1776 foi a primeira constituição a declarar que o governo deveria ser dividido em poderes legislativo, executivo e judiciário, separados e distintos uns dos outros. Segundo Vile (1998, p. 148), o objetivo das novas Constituições dos Estados era impedir que a mesma pessoa participasse simultaneamente do poder executivo e do poder legislativo, o que seria alcançado através da extinção dos Conselhos de Estado e de uma redefinição do cargo de Governador, considerado a partir de então como um “poder executivo” no estrito senso da palavra, responsável pela aplicação das normas feitas pelo legislador.<sup>49</sup>

Complementa, ainda, a autora<sup>50</sup>:

A primeira preocupação desse federalista era controlar a violência e as facções, formadas por certo número de cidadãos que, unidos e movidos por algum impulso ou paixão comum, agiriam contra os direitos dos demais cidadãos e interesses da comunidade. Para evitar o risco da tirania da maioria, manifestado nos anos anteriores à constituição, fixou-se uma nova repartição de poder, baseada em um legislativo bicameral, um executivo nacional exercido por um presidente, e um judiciário nacional através de uma Corte Suprema.

Em relação à diferenciação mencionada no início deste capítulo, a autora aponta que a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos não são a mesma coisa.

O faz ao considerar que os federalistas, não obstante aplicarem a teoria de Montesquieu, contribuiram também para seu aperfeiçoamento, à medida que introduziram em seu sistema de governo, um método de controle recíproco entre os órgãos estatais que, no território recebeu o nome *checks and balances*.

Pode-se dizer que os federalistas não somente aplicaram a teoria de separação de poderes de Montesquieu, adaptando-a ao seu contexto

---

<sup>49</sup>LENHARD, Vanessa Aparecida. **Judicialização da Política e Divisão de Poderes no Estado Democrático de Direito**: A Jurisdição Constitucional como Quarto Poder. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

<sup>50</sup> Ibidem.

histórico, mas também contribuíram para o aperfeiçoamento da mesma, pois, ao perceberem que dividir os poderes não era suficiente para controlar o legislativo, introduziram em seu sistema de governo um mecanismo de controle mútuo entre os órgãos estatais, que ficou conhecido como checks and balances.<sup>51</sup>

Neste sentido, como mecanismos de controle entre os Poderes, ao executivo foi outorgado o poder de veto em relação à legislação, com o objetivo de defender o próprio poder e também reduzir a aprovação de leis precárias, seja por pressa ou desatenção.

Em relação ao poder Legislativo, o mesmo fora dividido em duas câmaras, de modo que as mesmas exercessem controle entre si, além de receber a competência para julgamento dos casos de *impeachment* contra o presidente (Poder executivo).

No tocante ao Poder Judiciário, seria de competência dos tribunais realizar o controle de constitucionalidade das decisões do poder Legislativo e do poder Executivo, isto é, recebeu o poder de declarar atos dos dois Poderes classificados como inconstitucionais.

Ainda, caberia ao Poder Executivo a função de nomear membros da Justiça e, identificando casos de condutas inadequadas, a Câmara dos Representantes teria o poder de iniciar processo de *impeachment* contra os juízes, que seria julgados pelo (Senado) Poder Legislativo.

Neste sentido, escreve, ainda Vanessa Aparecida Lenhard<sup>52</sup>:

Ao executivo foi concedido o poder de veto sobre a legislação, que serviria não apenas como uma defesa do executivo, mas, segundo Hamilton (et al., 1993, p. 459), também reduziria a possibilidade de aprovação de leis más, por pressa ou inadvertência.

O legislativo seria dividido em duas câmaras, de modo que houvesse um controle mútuo entre as mesmas, além de que a aprovação de qualquer norma dependeria de aprovação nas duas Casas, de modo a impedir atitudes opressivas de uma em relação à outra. Em relação ao controle parlamentar sobre o executivo, o legislativo seria responsável por julgar os casos de impeachment contra o presidente.

No que tange ao controle judicial sobre os demais poderes, caberia aos tribunais a função de controlar e fiscalizar a constitucionalidade das decisões do legislativo e do executivo, ou seja, o poder de declarar nulos todos os atos contrários à Constituição. Tal competência jamais poderia ser imaginada dentro do sistema de repartição do poder estatal que Montesquieu preconizou, pois, em sua teoria, apenas legislativo e

---

<sup>51</sup> LENHARD, Vanessa Aparecida. Judicialização da Política e Divisão de Poderes no Estado Democrático de Direito: A Jurisdição Constitucional como Quarto Poder. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

<sup>52</sup>Ibidem.

executivo teriam meios de controlar-se mutuamente, e, ainda assim, o jurista francês deu mais ênfase à divisão de poderes do que à necessidade de controle entre os mesmos.

Em relação ao controle sobre o judiciário, caberia ao executivo a função de nomear os funcionários da Justiça, e, em casos de má conduta, a Câmara de Representantes deveria iniciar impeachment contra os juízes, que seriam julgados pelo Senado. Para Hamilton *et al.* (1993, p. 486), este seria o único dispositivo compatível para punir atos irresponsáveis dos juízes, sem interferir na independência de sua função.

Nota-se, portanto, a evidente diferença entre separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos, no qual a primeira, “apenas” separa as funções Estatais e as outorgas/investe diferentes setores/pessoas, ao passo que no segundo caso, há medidas de controles entre referidos setores/pessoas, com o objetivo de evitar que um Poder se sobreponha aos demais.

Em sua pesquisa, Vanessa Aparecida Lenhard identifica momentos em que o Poder Judiciário não é considerado o mais poderoso, pelo contrário, é apontado como o mais fraco entre eles, conforme o trecho que abaixo segue:

A Suprema Corte representa o tribunal mais importante dentro da hierarquia do judiciário americano e Hamilton (*et. al.*, 1993, p. 198) justificam sua superioridade sobre os tribunais estaduais, afirmando que: “As opiniões dos homens comportam intermináveis diversidades. Muitas vezes vemos não só diferentes tribunais, mas juízes de um mesmo tribunal divergindo entre si. Para evitar a confusão, que resulta inevitavelmente das decisões contraditórias de diversas judicaturas independentes, todas as nações consideraram necessário estabelecer um tribunal superior aos demais, possuidor de uma superintendência geral e autorizado a decidir e pronunciar em última instância uma norma uniforme de justiça civil”.

Uma das principais funções concedidas ao judiciário é declarar a nulidade de atos legislativos contrários à Constituição, cabendo à Suprema Corte analisar em última instância a constitucionalidade dos atos do legislativo e executivo. 30 Hamilton (*et. al.*, 1993, p. 479-481) afirmam que “nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido” e confiar tal função ao judiciário não lhe confere superioridade em relação aos demais poderes, pelo contrário, Hamilton (*et. al.*, 1993, p. 479) consideram o judiciário o mais fraco de todos os poderes, ao afirmar que:

“Todo aquele que considerar atentamente os diferentes poderes perceberá que, num governo em que eles estão separados, o judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição, por ser menos capaz de transgredir ou violá-los. O executivo não só dispensa as honras como segura a espada da comunidade. O legislativo não só controla a bolsa como prescreve as regras pelas quais os deveres e direitos de todos os cidadãos serão regulados. O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão somente julgamento, estando em

última instância na dependência do auxílio do braço executivo para a eficácia de seus julgamentos”.<sup>53</sup>

Esta afirmação (de que o Poder Judiciário seria o mais fraco entre os Poderes) identificada pela pesquisadora Vanessa Aparecida Lenhard, chama e deve chamar muito à atenção da comunidade jurídica.

No contexto desta pesquisa, quando se acrescenta o fator “ativismo judicial” junto à atuação do Poder Judiciário, parece, em um primeiro momento, que este se torna o protagonista de um governo (sentido amplo), o destaque, e quiçá, o mais forte entre os três Poderes da República e é, neste contexto, que é bem vinda a leitura do que se propôs neste capítulo: demonstrar que nenhum dos Poderes deveria se sobrepor ao outro.

Em análise, (vide capítulo 4.4), é possível afirmar que ao adotar uma postura “ativista” o Poder Judiciário, em uma conduta inconstitucional<sup>54</sup> (vide capítulo 5.1), a separação dos Poderes, delineada nas linhas anteriores deste capítulo.

### 3.6 A LITERALIDADE DO TEXTO LEGAL: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VERSUS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Ao abordar o tema texto e norma, a princípio, é discutir fontes de aplicação do direito.

No ordenamento jurídico brasileiro, como fonte de direito, identifica-se a norma, quando esta for omissa, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Referida previsão legal está no artigo 4 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro<sup>55</sup>, que prevê: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

---

<sup>53</sup>LENHARD, Vanessa Aparecida. **Judicialização da Política e Divisão de Poderes no Estado Democrático de Direito**: A Jurisdição Constitucional como Quarto Poder. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

<sup>54</sup>Entende-se por conduta inconstitucional vez que ao interferir em no âmbito dos outros Poderes (através do ativismo judicial) o Poder Judiciário viola o artigo 2º da Constituição Federal, daí se dizer conduta inconstitucional.

<sup>55</sup>BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República. 2010. Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

Inicialmente, na redação do texto, acima transcrito, já é possível identificar um grave problema, qual seja, a presença de “princípios gerais do direito” como fonte de direito, isto é, como fonte para a solução de conflitos.

Embora não seja o centro da discussão, é viável provocar o leitor a refletir sobre o assunto.

Neste caso, já se adianta, o ideal seria que a redação houvesse sido feita da seguinte forma:

“Quando a lei for omissa, o decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios constitucionais”.

Isto não é meramente escolha de palavras ou signos linguísticos. Ao determinar os princípios gerais do direito como fonte de direito aplicável no ordenamento atual, o legislador, basicamente, retrocedeu séculos de evolução da hermenêutica jurídica, desconsiderando conceitos construídos e considerando conceitos já superados.

O conceito de “princípios gerais do direito” é símbolo de uma época (já superada) em que o positivismo exegético imperava.

Isto é, um positivismo pautado na subsunção, a mera (e quase que apenas e tão somente) adequação do fato à norma, a aplicação da norma ao fato.

Significa dizer, nesta época, que o que realmente importava era a norma escrita, acreditava-se, de alguma ou outra maneira, que seria possível que textos legais comportassem todas as possibilidades de normas para toda sorte de fatos possíveis.

Essa crença se deu após o início da codificação do direito (criação de códigos, propriamente ditos), e cita-se como exemplo os criados na França (1804) e Alemanha (1900), sobre o tema, Lenio Luiz Streck<sup>56</sup> escreve:

A ideia era simples, aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum, seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804 e Alemanha, 1900).

A partir de então, a função de complementariedade do direito romano desaparece completamente. Toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos códigos, que passam a possuir, a partir de então, a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Isso porque eles são o dado

---

<sup>56</sup>STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 15, n. 1, p.158-173, jan./abr. 2010.

positivo com o qual deverá lidar a Ciência do Direito. É claro que, já nesse período, apareceram problemas relativos à interpretação desse “texto sagrado”.

Como descrito, princípios gerais do direito eram considerados como fonte do direito (excepcionais, ordinariamente bastaria e deveria bastar os códigos) durante um momento histórico em que a subsunção era o fator prevaiente na resolução de conflitos jurídicos.

Neste contexto, pouca abertura se encontrava quando da interpretação de normas, inclusive esta era preferencialmente evitada. Problema é que não demorou até que este modelo de positivismo demonstrasse sinais de fraqueza ou oscilações pelo fato de que se percebeu que seria impossível que um texto legal comportasse todos os tipos de normas para todos os tipos de fatos possíveis (neste momento de um positivismo mais primitivo, confundiam-se, por exemplo, texto e norma, direito e lei).

Verificando-se que a proibição (ou quase proibição total) de interpretação não era suficiente para impedir decisões judiciais discricionárias e é aí que se encontra volta os holofotes para o problema: “princípios gerais do direito”.

Estes princípios gerais do direito, ao fim e ao cabo, nada mais eram do que a oportunidade do julgador decidir conforme lhe parecesse correto, afinal, em uma época de quase e pura simples subsunção, quando não há lei, restava, ao critério do julgador, a criação da solução.

Provando-se ineficiente e que hora ou outra o juiz lançaria mão da discricionariedade para decidir (ou escolher, melhor dizendo), novas correntes foram surgindo com o objetivo de enfrentar esta problemática, tal como o nascimento daquela que Streck<sup>57</sup> identifica como positivismo normativista, com destaque ao jurista Hans Kelsen.

Neste contexto evolutivo histórico é que pós-Segunda Guerra Mundial, as Constituições ganham mais força, ganham poder normativo e entrega autonomia ao Direito, antes refém de questões morais, políticas e econômicas.

É neste novo corpo em que os princípios constitucionais recebem maior destaque, não são princípios quaisquer, criados ao critério do julgador, mas princípios já presentes na Constituição Federal, criada por órgão democraticamente

---

<sup>57</sup>STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 15, n. 1, p.158-173, jan./abr. 2010.

eleito, e alterada, à medida em que possa ser alterada, também democraticamente.

Portanto, não há mais lugar, como fonte de direito, para princípios discricionários, totalmente abertos, agora como fonte, é ou deveria ser, a própria constituição, com força normativa, e os limites? Os princípios Constitucionais.

Ainda, o professor Lenio Luiz Streck<sup>58</sup> demonstra espanto, ao escrever:

É espantoso vermos colocados lado a lado os princípios constitucionais e os velhos princípios gerais do direito. É como se não tivéssemos aprendido nada nesses duzentos anos de teoria do direito. Ora, há um sério equívoco neste tipo de incorporação legislativa, visto que, como demonstrei em meu Verdade e Consenso – não há como afirmar, simultaneamente, a existência de princípios constitucionais (cujo conteúdo deontico é fortíssimo) com os princípios gerais do direito, que nada mais são do que instrumentos matematizantes de composição das falhas do sistema. Vale dizer, os princípios gerais do direito não possuem força deontica, mas são acionados apenas em casos de “lacunas” ou de obscuridade da previsão legislativa (esses dois fatores – lacuna e obscuridade – decorrem muito mais da situação hermenêutica do intérprete do que exatamente da legislação propriamente dita). São axiomas criados para resolver os problemas decorrentes das insuficiências ônticas dos textos jurídicos.

Portanto, daí se convida o leitor a refletir se estes tipos de termos deveriam constar no ordenamento jurídico atual.

Bem, pode-se dizer que seria uma discussão vazia, ou basta “interpretar” os termos antigos, contidos na legislação, como se atuais o fossem, para solucionar o problema.

Aceitar o tema como discussão vazia, seria autorizar que julgadores lançassem mão deste dispositivo para decidirem como quisessem, quando pudessem. Autorizar uma interpretação tapa-buracos, é outorgar ao julgador dar o sentido que quiser às palavras, inclusive, invalidando toda a evolução histórica pela qual a hermenêutica jurídica passou, durante anos, ao fim, seria autorizar, de uma maneira ou outra, a discricionariedade no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, pode parecer que está a se condenar a literalidade do texto, negando sua efetividade, importância e aplicação, mas não é o caso, mas isto ficará claro conforme a discussão avança, neste capítulo.

---

<sup>58</sup>STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 15, n. 1, p.158-173, jan./abr. 2010.

### 3.7 A INSUFICIÊNCIA DA LITERALIDADE COMO MECANISMO DECISÓRIO

Como se pôde extrair do capítulo anterior, apostar na literalidade do texto como instrumento principal no enfrentamento da discricionariedade, arbitrariedade judicial, bem como o próprio fenômeno do ativismo judicial, seria fracassar com o tempo.

Diz-se fracassar com o tempo tendo em vista que países como a França já adotaram a ideia e sucumbiram a um eventual grau de discricionariedade.

Juristas como Hans Kelsen<sup>59</sup> (positivista normativista) terminaram por reconhecer a possibilidade de interpretação quando de uma decisão judicial, veja:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como o bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações desta que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.

Limitar a interpretação do ordenamento jurídico à lei, é acreditar que nela se esvazia todas as soluções possíveis de todos os casos possíveis.

É confiar, de forma inocente, que todos os casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*) que exigem a tutela jurisdicional poderão ser solucionados da mesma forma: Subsunção, adequação do fato à norma, que já se provou, historicamente, insuficiente.

Um bom exemplo seria o próprio caso da legítima defesa (exceção à vedação da autotutela prevista no ordenamento jurídico brasileiro, vide capítulo 1 desta pesquisa).

Analisar-se-á sua redação, nos artigos 23, II, parágrafo único e 25, ambos do Código Penal Brasileiro<sup>60</sup>:

---

<sup>59</sup>KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2006.

<sup>60</sup>BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato:

II – em legítima defesa;

Parágrafo único – O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.

Art. 25 – Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Nota-se que a legislação tenta conceituar o que se deve entender por legítima defesa, contudo não conceitua o que se deveria entender por injusta agressão (ora, não seria um absurdo considerar a agressão justa, sob a ótica do agressor, ainda, determina que havendo excesso (doloso ou culposo) o agente será responsabilizado.

Novamente a legislação não determina o que seria os excessos, dolosos ou culposos e, resguardados os devidos procedimentos específicos do processo penal, termina por desaguar, novamente, na discricionariedade.

Quanto ao tema disserta Lenio Luiz Streck<sup>61</sup>:

Isso quer dizer que a interpretação da lei não pode se limitar à lei (à súmula ou ao “verbetes”). Mas atenção: ao ir “além” da lei, cresce o grau de complexidade. É neste ponto que muitos juristas pensam que, pelo simples fato de superarem o positivismo exegético (lato sensu, as posturas formalistas do direito), já se encontram em território pós-positivista. Ledo engano, uma vez que o positivismo tem várias faces.

Portanto, não basta interpretar o ordenamento jurídico com base apenas e tão somente na lei, eventualmente as lacunas aparecerão que podem ser solucionadas por princípios gerais do direito e não por princípios constitucionais (vide item 5.3), e toda a problemática recomeça. Tem-se discricionariedade, não se tem previsibilidade, aumenta-se a insegurança jurídica, há margem para arbitrariedades e há, também aí, um impulso para o fenômeno do ativismo judicial.

Quanto ao tema relativo à discricionariedade, continua, ainda, o jurista:

Nesses casos, por razões de baixa densidade hermenêutica, os intérpretes (tribunais, etc.) lançam mão de ampla discricionariedade, do livre convencimento e de outros adágios do senso comum teórico. Como os tribunais não estão acostumados a julgar por princípios e, sim, por política(s), acaba predominando um “jogo interpretativo ad hoc”, que pode ser assim resumido: quando lhes interessa, vale a palavra da lei,

---

<sup>61</sup>STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 19, n. 01, p. 01-19, jan./abr. 2014.

a sua sintaxe, o verbo nuclear, etc.; e quando não lhes interessa, as palavras são fugidias, líquidas, amorfas... Aí então buscamos a vontade da norma,<sup>12</sup> a vontade do legislador, a ponderação de valores, enfim, os mais diversos álibis teóricos que visam confortar a decisão. Nada mais positivista do que isso: o positivismo discricionarista constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Por isso é possível ver abordagens – sincréticas – nas quais o intérprete (operacionalidade do direito lato sensu) por vezes é subjetivista ou adepto de alguma corrente realista e, em segundo momento, transforma-se em um objetivista, para defender o conceito que ele mesmo produziu (ou que a doutrina produziu).<sup>62</sup>

Portanto, daí se concluir que confiar na literalidade da lei pode causar prejuízos ao Estado Democrático de Direito e fomentar o ativismo judicial, e não evitá-lo.

Contudo, abandonar a literalidade também causa graves problemas hermenêuticos e jurídicos, como se verá a seguir.

### 3.8 A IMPRESCINDIBILIDADE DA LITERALIDADE EM DECISÕES JUDICIAIS

Nota-se que até o momento da discussão, tornou-se evidente que não se pode depender apenas da literalidade da lei como mecanismo contra discricionariedades.

Isto se dá pelo fato de que, não obstante a lei não comportar todas as opções possíveis de fatos e condutas, eventualmente se recairá em campos onde a discricionariedade terá maior abertura.

No entanto, eis a ironia: ao passo que não se pode confiar apenas na literalidade da lei, desta não se pode abrir mão, sob pena de abrir, de uma vez por todas, as portas dos decisionismos.

Significa dizer que em não havendo respeito algum aos limites semânticos do texto, tudo se torna possível, tudo se torna mutável-interpretável, isto é, pode-se chamar de legítima defesa, o que seria homicídio, pode se chamar de mandado de segurança o que seria contestação.

Torna-se possível, em um ambiente no qual tudo é interpretável, ilimitadamente, criação e extinção de dispositivos legais fora do âmbito democrático, pelas vias constitucionalmente previstas e o que seria um Estado Democrático de Direito, passa a ser um Estado de decisões judiciais.

---

<sup>62</sup> STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do Direito. *Novos Estudos Jurídicos*, [s.l.], v. 19, n. 01, p. 01-19, jan./abr. 2014.

O que se quer dizer é que apesar de não ser tudo, a literalidade está longe de significar nada, há que se respeitar os significados das coisas.

Onde se lê trânsito em julgado, não se deve ler condenação em segunda instância, onde se lê convencimento motivado, não se deve ler livre e ilimitado convencimento.

É neste sentido que insiste o jurista Lenio Luiz Streck<sup>63</sup> ao escrever:

É possível perceber uma certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira). Trata-se, pois, de um problema paradigmático. Alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o locus da atribuição de sentido (solipsista). Nesse contexto, “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda. Há ainda juristas filiados às antigas teses formalistas, propalando que a interpretação deve buscar a vontade da lei, desconsiderando de quem a fez – sic – e que a lei “terminada” independe de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos (o texto teria um sentido “em si”). De todo modo, mesmo hoje, em plena era da tão festejada invasão da filosofia pela linguagem, de um modo ou de outro, continua-se a reproduzir o velho debate “formalismo-realismo”. Mais ainda, e na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma mixagem entre posturas “formalistas” e “realistas”, isto é, por vezes, a “vontade da lei” e a “essência da lei” devem ser buscadas com todo vigor; em outras, há uma ferrenha procura pela solipsista “vontade do legislador”; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é “suficiente”, põe-se no topo a “vontade do intérprete”, colocando-se em segundo plano os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com (um)a subjetividade “criadora” de sentidos (afinal, quem pode controlar a “vontade do intérprete”?, perguntariam os juristas), acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbstsüchtiger*.

Como se pode analisar acima, torna-se um misto de jogo de poder e conveniência.

A lei em questão vai de encontro com os pensamentos, paixões, ideológicas e convicções do julgador, utiliza-se a literalidade.

Caso vá de encontro a todas essas questões, o julgador utiliza de uma discricionariedade (entenda excesso de liberdade na atribuição de sentidos) e dá ao texto o significado que bem entenda, para transformá-lo naquilo que será subsídio de sua decisão (escolha) judicial, sob o pretexto de uma interpretação genuína.

---

<sup>63</sup>STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 15, n. 1, p.158-173, jan./abr. 2010.

Tão logo o problema se torna claro, aplica-se a lei quando concorda, interpreta-se quando se discorda. Eis que o desrespeito aos limites semânticos se apresenta grave.

Não obstante, há ainda a questão democrática, considerando que a população, através de eleições, elege seus representantes democraticamente.

Portanto, neste cenário é papel do Congresso Nacional legislar, inclusive, detém competência para, em certa medida, alterar a Constituição Federal. Não compete ao Poder Judiciário usurpar esta competência, criar/extinguir direitos, alterar a Constituição Federal e toda sorte de absurdos legais sob o mando de uma interpretação legítima.

Casos podem ser exemplificados tais como o ocorrido no AgReg em ERESP n° 279.889-AL<sup>64</sup>, ocasião em que o Ministro Humberto Gomes de Barros se posicionou:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

---

<sup>64</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial: EREsp 279889 AL 2001/0154059-3**. TRIBUTÁRIO REPETIÇÃO DO INDÉBITO IMPORTO DE RENDA RETIDO NA FONTE PARCELAS INDENIZATÓRIAS PRAZO PRESCRICIONAL TERMO INICIAL CTN, ART. 150 PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO. – Consoante recente entendimento esposado pela 1ª Seção, o prazo prescricional quinquenal para haver a restituição do IR sobre verbas indenizatórias começa a fluir da extinção do crédito tributário, que no caso ocorre com a homologação da declaração de rendimentos apresentada pelo contribuinte ao final de cada exercício financeiro, que deverá ser efetuada pela autoridade fiscal no prazo de cinco anos, sob pena de ocorrer a homologação tácita. – Embargos de divergência rejeitados. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, 27 ago. 2003. Brasília, STJ, 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7413706/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-279889-al-2001-0154059-3/inteiro-teor-13066628?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08 ago. 2020.

E, ainda, no contexto de julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43,44 e 54<sup>65</sup>, no Supremo Tribunal Federal, em que se discutia a relativização da presunção de inocência, ocasião em que por placar (ironicamente, membros da comunidade jurídica assumiram papéis de torcedores) apertadíssimo, quase se autorizou o cumprimento da pena antes de sentença penal condenatória transitada em julgado.

E neste sentido, continua Lenio Luiz Streck<sup>66</sup>:

Examinando o (novo) artigo 212 do CPP, chega-se à conclusão de que se está diante simplesmente do dever – inerente ao Estado Democrático de Direito – de cumprir a lei (constitucional), pois este, como se sabe, é um dos preços impostos pelo direito e, sobretudo, pela democracia! E, permito-me insistir: por vezes, cumprir a “letra da lei” é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever. Levemos o texto jurídico a sério, pois! Por isso, não é possível concordar com as considerações de Nucci e Gomes sobre a “desconsideração” da alteração introduzida pelo legislador democrático no art. 212 do CPP. Causa espanto que Gomes faça uma ode à tradição (ultrapassada) que coloca a produção da prova à cargo do presidencialismo judicial.

Por fim, ainda o jurista e professor, ao concluir que: “Em suma: o que não podemos fazer é cumprir a lei só quando nos interessa”,<sup>67</sup> demonstra que o respeito aos limites semânticos do texto é fundamental em um Estado Democrático de Direito.

Isto é, não se pode adotar apenas e tão somente a literalidade do texto, tampouco se pode abandonar esta literalidade, é possível interpretar normas jurídicas com respeito aos seus limites semânticos, o que não significa nunca deixar de aplicar a própria legislação, como se pode observar abaixo:

<sup>65</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Declaratória de Constitucionalidade ATC 43**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 jan. 2020. Brasília, STJ, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Declaratória de Constitucionalidade ATC 44**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 17 dez. 2019. Brasília, STJ, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Declaratória de Constitucionalidade ATC 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 17 dez. 2019. Brasília, STJ, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 08 ago. 2020.

<sup>66</sup>STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 15, n. 1, p.158-173, jan./abr. 2010.

<sup>67</sup>Ibidem.

a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aceita-la (controle difuso de constitucionalidade stricto sensu) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;

b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;

c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição;

d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido;

e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo.

f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Conforme deixo claro em *Verdade e Consenso* (posfácio da terceira edição), é através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão, graças à integridade e a coerência, aplicação similar. Um exemplo basilar que ajuda a explicar essa problemática “regra-princípio” é o da aplicação da insignificância. Em que circunstância um furto não deverá ser punido? A resposta parece ser simples: quando, mesmo estando provada a ocorrência da conduta, a regra deve ceder em face da aplicação do princípio da insignificância. Entretanto, isso implicará a superação do seguinte desafio hermenêutico: construir um sentido para esse princípio, para que este não se transforme em “álibi para aplicação ad hoc”. Lamentavelmente, a dogmática jurídica fragmentou ao infinito as hipóteses, não havendo a preocupação com a formatação de um mínimo grau de generalização. No mais das vezes, uma ação penal que envolve esse tipo de matéria é resolvido com a mera citação do princípio ou de um verbete, na maioria das vezes, absolutamente descontextualizado. Trata-se de uma aplicação equivocada da exceção, embora se possa dizer, em um país com tantas desigualdades sociais, que, na maior parte das vezes (no atacado), as decisões acabam sendo acertadas. A aplicação da insignificância – como de qualquer outro princípio jurídico – deve vir acompanhado de uma detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas judiciais).<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup>STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 15, n. 1, p.158-173, jan./abr. 2010.

Nota-se, não obstante existirem hipóteses em que pode não se aplicar a lei, as mesmas hipóteses exigem que a lei não seja aplicada.

Portanto, além da preocupação em relação aos limites semânticos do texto, deve-se atentar, também, à fundamentação quanto da não aplicação do ordenamento jurídico, este que fora discutido se era bom ou ruim pelos representantes do povo, eleitos democraticamente, no âmbito previsto na Constituição Federal.

### 3.9 O (LIVRE) CONVENCIMENTO MOTIVADO

Todo o conteúdo trazido até o momento permite agora analisar mudanças na estrutura do ordenamento jurídico, as quais apontam para uma progressão no sentido contrário à expansão da interpretação normativista-discrionarista<sup>69</sup>, isto é, aquela interpretação livre e ilimitada que cria produtos, objeto desta interpretação a ser defendido de forma fechada e literal pelo intérprete que a criou. O que se tem? Matéria-prima para o fenômeno do ativismo judicial.

Uma das mudanças (vitórias) presentes no ordenamento jurídico que aponta esta preocupação em barrar decisões (escolhas) discricionárias está no Código de Processo Civil Brasileiro atual<sup>70</sup>.

Havia no Código de Processo Civil de 1973<sup>71</sup> o qual não está mais em vigor, a seguinte redação no artigo 131: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Percebe-se a existência da palavra “livremente” nesta redação, existência que levava muitos juízes (e juristas) a defenderem uma apreciação ilimitada das

---

<sup>69</sup>Trabalha-se aqui com o conceito normativista-discrionarista identificado por Lenio Luiz Streck que assim o descreve: “Nada mais positivista do que isso: o positivismo discricionarista constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Por isso é possível ver abordagens – sincréticas – nas quais o intérprete (operacionalidade do direito lato sensu) por vezes é subjetivista ou adepto de alguma corrente realista e, em segundo momento, transforma-se em um objetivista, para defender o conceito que ele mesmo produziu (ou que a doutrina produziu)” (STRECK, 2020, p. 11-12).

<sup>70</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 09 ago. 2020.

<sup>71</sup>Ibidem.

provas do processo, inclusive fatos e circunstâncias que nem se quer haviam sido invocados pelas partes.

A redação anterior caminhava muito próximo de possíveis vícios na sentença, tais como as sentenças *extra petita*<sup>72</sup>, *ultra petita*<sup>73</sup> ou *citra petita*<sup>74</sup>.

Esta liberdade na formação do convencimento do julgador não fora recepcionado com o advento do Código de Processo Civil de 2015<sup>75</sup> nota-se, inicialmente, na exposição de motivos para a elaboração deste Código vigente, uma preocupação maior ao respeito à separação dos Poderes (vide item 5.1), como se pode observar no trecho abaixo:

A harmonia entre os poderes, princípio pétreo de nossa Constituição, em sua melhor acepção, significa uma estreita colaboração entre Legislativo, Judiciário e Executivo. O Senado Federal tem tido a sensibilidade de atuar em estreita colaboração com o Judiciário, seja no âmbito do Pacto Republicano – iniciativa entre os três poderes para tomar medidas que agilizem a ação da Justiça-, seja propondo um conjunto de leis que tornam mais efetivos vários aspectos pontuais da aplicação da justiça.<sup>76</sup>

Ainda, na exposição de motivos para a elaboração do novo Código, é possível apontar destaque à inafastabilidade da tutela jurisdicional (vide item 2.3) e a proteção ao acesso à justiça pelos indivíduos, veja:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que

<sup>72</sup>Por sentença *extra petita* entende-se a sentença que determina obrigações diferentes das que constam na causa de pedir e do pedido requeridos no processo, conforme conceitua Paulo Rubens Salomão Caputo: “Julga desviadamente (*extra petita*) o juiz que foge da causa de pedir remota, não apreciando os fatos exatos da demanda, ou o pedido imediato (de prestação jurisdicional)” (CAPUTO, 2016, p.492).

<sup>73</sup>Por *ultra petita* entende-se a sentença que condena em obrigação superior ao quantum requerido no processo ou em objeto mais oneroso para a parte passiva desta condenação, ainda o autor: “Julga excessivamente (*ultra petita*) o juiz que, relativamente ao *quantum* da obrigação, condena em quantia superior à demandada, ou até em objeto diferente e mais oneroso par o réu do que o demandado” (CAPUTO, 2016, p.492).

<sup>74</sup>Quanto à sentença *citra petita*, trata-se da sentença que não aprecia todo os pedidos da demanda, ou aprecia um dos pedidos de forma incompleta, conforme conclui, ainda, Paulo Rubens Salomão Caputo: “Aparentemente o art. 492 não contempla a figura do julgamento *citra petita*, mas como visto, quando o juiz não aprecia todos os pedidos, ou relativamente a um pedido não aprecia corretamente o *quantum* pedido, também estará quebrando a regra do julgamento completo e exato” (CAPUTO, 2016, p.492).

<sup>75</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 09 ago. 2020.

<sup>76</sup>BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.<sup>77</sup>

Prosseguindo a análise do texto, percebe-se a busca pela proteção da segurança jurídica (leia-se certeza do direito e previsibilidade) e preocupação em relação ao desvirtuamento da liberdade em que teria o julgador ao decidir uma demanda.

Desvirtuamento que ocorre à medida em que se utiliza incorretamente dos meios interpretativos e da própria hermenêutica para produzir decisões (escolhas) discricionárias, não respeitando limites semânticos e tampouco o próprio ordenamento jurídico, para tanto, nota-se o seguinte trecho:

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e da própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.<sup>78</sup>

Toda a experiência brasileira com o Código de Processo Civil de 1973<sup>79</sup> bem como estudos a respeito do tema resultaram em uma nova redação no Código de Processo Civil de 2015, que pode ser identificada abaixo como: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

---

<sup>77</sup> BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm). Acesso em: 09 ago. 2020.

Nota-se que na nova redação, não se pode identificar a palavra “livremente” e nem mesmo a autorização à apreciação de fatos e circunstâncias “ainda que não alegados pelas partes”.

Quer-se com esta alteração combater decisões discricionárias, pautadas em convicções pessoais do julgador, reduzir, através de limites semânticos, a manipulação de sentidos, sob o pretexto de uma interpretação genuína.

Pode o juiz apreciar a prova e analisar o caso concreto para sua aplicação, não se invoca com o dispositivo transcrito uma aplicação automática de suas decisões, fato-prova, o que se depreende é a contrariedade a um poder de apreciação ilimitado, não condizente com o Estado Democrático de Direito.

E que não se venha declarar que o Estado está a tolher a liberdade de sentenciar do julgador, com interferência do Poder Legislativo no Poder Judiciário. (violação à separação dos Poderes, vide item 5.1)

Trata-se aqui de limitar a liberdade de (in)gerência processual por parte do juiz para que este não faça do processo uma extensão do campo de sua vida privada, onde suas escolhas não importam em consequências ou responsabilidade política.

A liberdade de julgar sem a interferência de outros Poderes na competência do Poder Judiciário, esta permanece, conforme salientam os professores Rafael Tomaz de Oliveira e Lenio Luiz Streck<sup>80</sup>, inclusive, esta liberdade é bem-vinda e necessária, para proteger o próprio Poder Judiciário de atitudes inconstitucionais que terminam por violar a separação de Poderes já demonstrada no item 5.1.

Limitar a liberdade de atuação do Poder Judiciário, dentro de um processo judicial, não significa proibição de interpretar, como se verá a seguir.

### 3.10 IMPOR LIMITES AO MODO DE SE DECIDIR NÃO É PROIBIÇÃO DE INTERPRETAÇÃO

Já nesta etapa da discussão, fica nítido que não se quer proibir de interpretar. Ora, interpretar é expor aquilo que se compreendeu, é buscar sentido,

---

<sup>80</sup> TOMAZ, Rafael; STRECK, Lenio Luiz. **O poder da vontade: os (des)caminhos tortuosos do realismo à brasileira – o descaminho do crime epistêmico**. [s.l.], 27 jul. 2020. Instagram. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CDJfyPUHLxv/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

clarear ideias e isto, em hipótese alguma, deve ser impedido, ao contrário, deve-se estimular a prática da interpretação em todos campos, mas aqui limita-se a (todos) os operadores do direito.

Ao passo que, conforme visto no item anterior, a legislação muitas vezes evolui no sentido correto, como quando da superação do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973<sup>81</sup> e a nova redação do artigo 371 do Código de Processo Civil atual<sup>82</sup>, por outro lado, é possível identificar, no mesmo diploma legal, aberturas àquilo que se queria combater, a discricionariedade e arbitrariedades do juiz.

É possível identificar, no parágrafo único do artigo 140 (do referido diploma legal) abertura ao senso de justiça (consciência) do próprio julgador, ao inserir o termo equidade, veja: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”<sup>83</sup>

É isso que se quer combater, coibir, a sujeição do processo, das partes e do próprio direito aos conceitos, paixões, pensamentos individuais de cada julgador.

Neste sentido não há aplicação do direito, tampouco interpretação, o que se tem a imposição de vontade do julgador no caso concreto que sujeitará as partes (sujeitas do e ao processo) à toda sorte de caprichos.

Perde-se coerência, integridade e previsibilidade do direito e se ganha uma verdadeira loteria jurídica, na qual a participação das partes se limita em provocar a jurisdição (a petição inicial torna-se verdadeiro bilhete para participação do sorteio) e se torce para que o processo seja distribuído na vara X, Y ou Z para que receba o provimento que se busca.

---

<sup>81</sup>Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (BRASIL, 1973).

<sup>82</sup>Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL, 2015).

<sup>83</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 09 ago. 2020.

Parece absurdo em um primeiro momento, mas basta lembrar o contexto do julgamento que autorizou (temporariamente) a prisão de condenados em segunda instância (antes do trânsito em julgado).

Neste caso específico, haviam Ministros do Supremo Tribunal Federal que autorizavam a prisão, ao passo que outros Ministros suspendiam o cumprimento da pena, apesar do decidido em plenário, analise-se trecho de decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, que exemplifica o caso:

2. Não se pode potencializar o decidido, pelo Pleno, no habeas corpus nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da sanção importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior. Descabe inverter a ordem natural do processo-crime – apurar para, selada a culpa, prender, em verdadeira execução da pena.<sup>84</sup>

Ora, se a ordem de *habeas corpus* houvesse sido distribuída a um Ministro que votou a favor da execução provisória da pena, qual seria o resultado? Respeito ao julgamento colegiado e início do cumprimento imediato da condenação.

Apesar de estar correto o conteúdo da decisão acima transcrita, a maneira pela qual foi tomada, desrespeitando julgamento realizado pelo tribunal colegiado, é de se chamar a atenção dos juristas. Não se deve aprovar um sistema jurídico-processual onde as partes tornam-se verdadeiros torcedores, não havendo a menor previsibilidade ou certeza do direito (segurança jurídica).

É isto que se quer impedir, que o julgador decida conforme entenda correto, desrespeitando limites técnicos e semânticos.

Ainda, o Ministro Marco Aurélio Mello<sup>85</sup>:

A Justiça em si é obra do homem. Costumo dizer que o conhecimento técnico se presume, que todo aquele, investido do ofício judicante, que atue como Estado-juiz tenha; o importante é ter a formação

<sup>84</sup>BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 15.036 Rondônia**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. 10 set. 2019. Brasília, STF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341115332&ext=.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2020.

<sup>85</sup>ENTREVISTA À RÁDIO JOVEM PAN (SP) – MINISTRO MARCO AURÉLIO. Locução de: Fernando Zamith e Anchieta Filho. São Paulo: Joven Pan, 17 dez. 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100143&sigServico=noticiaEntrevista&caixaBusca=N>. Acesso em: 09 ago 2020.

humanística. Eu mesmo, como juiz, não parto da lei para o caso concreto; parto do caso concreto para a lei. Quando me defronto com o conflito, primeiro, idealizo a solução que entendo mais justa para esse conflito; depois vou à legislação buscar o apoio. E, quase sempre, porque a interpretação da lei é um ato de vontade, eu encontro esse apoio. Assim devem proceder todos os magistrados.

Percebe-se que aqui em nada se diz sobre interpretação, pelo contrário, o suposto intérprete cria um conceito e depois passa a 63ceita63-lo, utilizando argumentos que deveriam ter sido analisados antes da tomada da decisão ou criação do conceito (vide item 5.6).

Nota-se que nesta conduta acima transcrita, há, inclusive, violação ao artigo 489 do Código de Processo Civil<sup>86</sup> que prevê:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:  
I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;  
II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;  
III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Percebe-se que o momento em que o julgador deve buscar fundamentação para a sua decisão é anterior (obviamente) à decisão em si, o que exposto pelo Ministro é exatamente o contrário, deixando explícita uma conduta discricionária.

Quanto ao tema escreve Paulo Rubens Salomão Caputo<sup>87</sup>:

O relatório conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo.  
Os fundamentos encerrarão a análise das questões de fato e de direito feita pelo juiz.  
O dispositivo terá a resolução pelo juiz das questões principais que as partes lhe submeteram.

Ora, fosse verdade, e possível inverter a ordem do dispositivo e da fundamentação, (inciso III pelo II, acima transcrito), poderia o julgador decidir

<sup>86</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 09 ago. 2020.

<sup>87</sup>CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo. Leme: J.H. Mizuno, 2016.

(escolher) conforme suas paixões e conceitos próprios, ignorando o direito, desde que consiga adequar os preceitos jurídicos à sua escolha.

Isto não é interpretar normas, é imposição de ato de vontade, sob o pretexto de uma interpretação genuína.

Sobre o tema disserta Lenio Luiz Streck<sup>88</sup>:

O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende – não pode depender- de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete. Ora, fosse isso verdadeiro, teríamos que dar razão a Kelsen, para quem a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade. Isso para dizer o mínimo!

Sobre o tema, ainda discorre o autor<sup>89</sup>:

Por tudo isso – e permito-me insistir nesse ponto – discutir as condições de possibilidade de decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia. Consequentemente, deveria ser despiciendo acen-tuar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”. Ora, interpretar é dar sentido (Sinngebung). É fundir hori-zontes.

Neste sentido, é isto que se quer, barrar decisões arbitrárias, discricioná-rias, descoladas do ordenamento jurídico, quer-se frear o decisionismo e ao con-trário do que se possa pensar, é estimular a correta interpretação, o correto uso da hermenêutica.

Quanto ao tema também discorrem os autores Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira e André Karam Trindade<sup>90</sup>:

Explicando melhor isso: o paradigma da linguagem (S-S) veio exata-mente para superar a figura do sujeito solipsista (criada pela moderni-dade). Na verdade, o livre convencimento não deixa de ser a mesma coisa que “livre apreciação da prova” ou qualquer outro nome que se dê; ele implica um sujeito atribuindo sentidos a partir de sua subjetivi-dade assujeitadora, isto é, a partir da sua subjetividade afirmada como a certeza mais elementar que ele tem do mundo. Certeza essa que ele

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O “Cartesia-nismo Processual” em Terrae Brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 8, n. 1, p. 05-22, jan-abr. 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4480/2473>. Acesso em 12 ago. 2020.

encontra sozinho, a partir do método. Não se resolve o problema desse solipsismo com a simples exigência de que se fundamente a decisão “já tomada no âmbito do *Selbstsüchtiger*”. Pensar assim é dar azo a que uma decisão possa ser tomada independentemente de qualquer coisa, a posteriori, a justificação para aquilo que já está decidido. Ora, isso é reprimatizar a “vontade do poder”; isso é justificar raciocínios teleológicos. Gadamer elaborou sua teoria justamente para superar o modo de pensar da hermenêutica clássica, em que, primeiro, se conhecia; depois, se interpretava, para, só então, se aplicar.

Portanto, estabelecer limites às decisões judiciais não é proibição de interpretação, ao contrário, é seu estímulo (desde que corretamente realizada), em prol da própria democracia.

### 3.11 NÃO SÓ FUNDAMENTAR A PRINCÍPIO, MAS TAMBÉM, POR PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Como se pôde observar no decorrer desta pesquisa, busca-se, como um dos mecanismos contra o ativismo judicial, exigir que todas as decisões judiciais sejam não só fundamentadas, mas fundamentadas em princípios jurídicos, conforme escreve Rafael Tomaz de Oliveira<sup>91</sup>:

Princípio: um conceito tão elementar e tão auto-evidente que chega a tornar duvidosa a necessidade de se perguntar por ele. Mas sua elementaridade e auto-evidência, olhadas mais de perto não passam de uma espécie de aparência encobridora que se torna problemática no momento em que tentamos dar uma resposta à questão: o que é princípio? Mas não se trata de uma pergunta pelo conceito de princípios em geral, mas do uso que dele fazem aqueles que lidam com o Direito. Portanto, a questão pode ser melhor colocada da seguinte forma: o que são princípios jurídicos?

Significa dizer que não é suficiente para que uma decisão judicial seja considerada íntegra, coerente e estável, que esta meramente receba respaldo do corpo legislativo e (ou) demais fontes do Direito.

É necessário que, em todas as decisões judiciais, esteja presente um princípio jurídico. Isto é, não um princípio qualquer, mas aqueles utilizados dentro do contexto de Direito, em um contexto jurídico, portanto, um princípio jurídico.

---

<sup>91</sup>OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

O termo “princípio” diariamente é invocado por aqueles que lidam com o direito para justificar toda a sorte de pontos de vista ou posicionamentos, sejam estes sustentados em um ambiente acadêmico ou operacional do próprio direito.

No entanto, ao se questionar os operadores ou cientistas do direito sobre o significado dos princípios, os quais estes invocam para fundamentar suas afirmações, as respostas são as mais diversas possíveis, todos parecem falar da mesma coisa, mas com conceitos diferentes, sob óticas diferentes, sob pressupostos distintos.

Eis o problema, se invoca princípios para defender toda sorte de ideias, no entanto, no debate, ninguém sabe ao certo do que se trata ou do que se entende por princípio.

A consequência é um debate vazio, inútil, uma banalização do termo, um esvaziamento daquilo que se quer proteger. Um claro exemplo é de como se tornou trivial o princípio da dignidade da pessoa humana, com elevado nível de importância, fundamento, núcleo de vários mecanismos contra o ativismo judicial e, hoje, utilizado para fundamentar toda sorte de alegações aleatórias.

Quando a questão principiológica é invocada em um debate jurídico, no qual os participantes não sabem ao certo do que estão falando, a tendência é que a discussão não chegue a lugar algum, haverá divergência infinita, vez que um participante está discutindo objeto diverso do outro, e os resultados, regra geral, serão dois: a) o assunto não será resolvido; b) criar-se-á uma máscara, uma falsa solução, apenas com o objetivo de pôr fim à discussão.

Ronald Dworkin<sup>92</sup>, em sua obra “O império do direito” identifica o problema de se discutir um determinado tema, seguindo conceitos diferentes, quando discorre sobre a divergência no conceito do que se entende por Direito, conforme trecho abaixo transcrito:

Observem o argumento seguinte. Se dois advogados estão de fato seguindo regras diferentes ao empregar a palavra "direito", usando critérios factuais diferentes para decidir quando uma proposição jurídica é verdadeira ou falsa, então cada qual deve ter em mente algo diferente quando afirma o que é o direito. Earl e Gray devem pensar em coisas diferentes quando afirmam ou negam que o direito permite que os Assassinos possam herdar: Earl quer dizer que seus fundamentos para o direito são ou não são respeitados, e Gray tem em mente seus próprios fundamentos, e não os de Earl. Portanto, os dois juízes não estão

---

<sup>92</sup>DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

realmente divergindo sobre coisa alguma quando um nega e o outro afirma essa proposição. Ocorre, apenas, que estão falando sem entender um ao outro. Seus argumentos são inúteis no sentido mais trivial e vexatório do termo, como em uma discussão sobre bancos na qual uma pessoa tem em mente os bancos de investimento e a outra, os bancos de uma praça. Pior ainda, mesmo quando os advogados parecem estar de acordo sobre a natureza do direito, seu acordo se mostra igualmente falso, como se as duas pessoas que acabei de imaginar chegassem a um acordo quanto ao fato de haver muitos bancos nos Estados Unidos.

Ainda, sobre o tema, escreve Rafael Tomaz de Oliveira<sup>93</sup>:

É evidente que todos aqueles que se ocupam do Direito – seja no âmbito acadêmico, seja no âmbito da operacionalidade – possuem uma compreensão vaga do que significa um princípio jurídico. Mas, no momento em que se veem diante da tarefa de explicitar tal compreensão, o sentido compreendido parece se esvaír, desaparecer e a pergunta, o que são princípios jurídicos? permanece sem uma resposta adequada.

Daí a necessidade de se delimitar o que se quer discutir ao envolver a temática princípios jurídicos. Isto é dar a devida importância e evitar a banalização de instrumentos eficazes no tocante à limitação (e vetoração) do poder de decidir.

Para contextualizar o que se entende por princípios (os quais devem balizar uma decisão judicial), adotar-se-á a metodologia identificada pelo autor Rafael Tomaz de Oliveira<sup>94</sup> o qual identifica três significados para o conceito de princípios jurídicos, quais sejam: a) princípios gerais do direito; b) princípios jurídico-epistemológicos; c) princípios pragmáticos-problemáticos.

A partir desta estruturação, deixando claro que não se trata de uma evolução linear da conceituação e da utilização dos princípios, fundamentar-se-á o conceito adotado e sugerido por esta pesquisa.

### 3.11.1 Princípios gerais do Direito

Para se compreender adequadamente os aqui denominados “princípios gerais do direito” é necessário, ainda que transitoriamente, correlacionar o jus-naturalismo racionalista e sua busca por um direito capaz de ser entendido e solidificado pela razão.

---

<sup>93</sup>OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>94</sup> Ibidem.

Isto coloca em dúvida a contraposição que se possa fazer entre jusnaturalismo e juspositivismo.

Esta contraposição, erroneamente, se dá em relação à codificação do Direito, isto é, um direito codificado estaria na contramão de um direito de ideal jusnaturalista racionalista.

No entanto, a correta compreensão se encontra ao contrário do afirmado acima, o ápice do jusnaturalismo moderno se dá com a própria codificação.

Neste sentido leciona Rafael Tomaz de Oliveira<sup>95</sup> que:

Ao contrário daquilo que pode ser sugerido a partir da velha oposição manualesca entre jusnaturalismo v.s. juspositivismo, o movimento codificador que tem lugar no século 18 – que coincide, de alguma maneira, com a consolidação do positivismo como método privilegiado de se conhecer o Direito – não representa uma oposição ao ideal jusnaturalista moderno, mas sim, o apogeu do projeto de um Direito colocado e conhecido racionalmente [...].

[...] Também Castanheira Neves afirma que “o jusnaturalismo moderno-iluminista preparou desde meados do séc. XVIII, e consumou-se, a partir de 1804 (a data do código prussiano) na codificação. Os códigos iluministas, e mesmo o pós-revolucionário *Code civil* Francês de 1804 outra coisa não foram, fundamentadamente, do que a consagração dos sistemas racionalmente construídos pelo jusnaturalismo moderno-iluminista em positivo-codificados sistemas legislativos. Desse modo, fica claro que o jusnaturalismo moderno não apenas preparou o caminho para a codificação, como se consumou nela.

Neste sentido, derivados do jusnaturalismo racionalista e com o objetivo de preservar a estrutura racional e lógico-sistêmica do Direito é que surgem os princípios gerais do Direito, os quais teriam como objetivo corrigir eventuais lacunas existentes no sistema jurídico codificado, preservando sua essência.

Além deste objetivo de preencher eventuais lacunas no sistema jurídico, os princípios gerais do Direito também eram invocados como ideais de justiça, um modelo de realidade ideal a ser alcançado, através do qual possíveis contradições que viessem a ser identificadas nas disposições normativas pudessem ser solucionadas, conforme escreve o professor Rafael Tomaz de Oliveira<sup>96</sup>:

---

<sup>95</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

Nesta medida, os princípios gerais do Direito aparecem como reminiscências do projeto jusnaturalista em pleno seio da cultura positivista emergente, como figuras capazes de suprimir as eventuais lacunas existentes no sistema positivo do direito codificado para lhe preservar a completude lógico-sistemática conquistada racionalmente.

Além deste aspecto conteudístico, do projeto direito natural racionalista retira-se também o método de aplicação de tais princípios. Os princípios aparecem, neste caso, como axiomas de justiça necessários a partir dos quais se realiza a dedução. Desse modo, é possível dizer que eles funcionavam de maneira teórica e metodológica para reunir pelo menos duas das exigências para a concretização da completude axiomático-dedutiva do sistema: em primeiro lugar, a plenitude normativa, sendo articulados para colmatar os espaços vazios do sistema em casos de lacunas; em segundo lugar, reduzindo eventuais contradições que pudessem surgir da interpretação abstrata das disposições normativas do sistema jurídico codificado.

### 3.11.2 Princípios jurídico-epistemológicos

Os princípios epistemológicos podem ser identificados em dois níveis, o primeiro nível, da epistemologia de um ramo específico do Direito, a qual irá auxiliar no estudo e compreensão de um tema específico da ciência jurídica.

Significa dizer que está a se utilizar de um princípio epistemológico como vetor, direcionador para o estudo de determinado tema, tratam-se de princípios de identificação e utilização específicas, regra geral, a uma ramificação do Direito, como por exemplo, os princípios da defesa ampla e do direito de ação, que apesar das essências constitucionais, têm seus estudos aprofundados quando da análise mais aprofundada de um ramo específico do Direito, no caso, o Direito Processual.

Em contraponto aos princípios gerais do direito, os princípios epistemológicos não visam suprir lacunas no sistema jurídico, mas sim viabilizar um melhor estudo e conhecimento de um determinado ramo da ciência jurídica.

Em relação ao tema escreve Rafael Tomaz de Oliveira<sup>97</sup>:

Começamos pelos princípios informadores do estudo científico de um ramo determinado da ciência jurídica. Afirmamos que são eles princípios epistemológicos porque pretendem ser os elementos organizadores do estudo lógico-sistemático de uma disciplina jurídica especializada.

---

<sup>97</sup>OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Em um segundo nível, os princípios epistemológicos se apresentam de forma mais refinada, apresentada no âmbito da Teoria do Direito, na qual os princípios são desenvolvidos de maneira a modificar, de alguma maneira, a ciência jurídica, seja no seu modo de desenvolvimento, percepção ou operação.

Isto é, estes princípios são desenvolvidos e utilizados voltados para impactar a ciência do Direito, seja criando novos conceitos, alterando ou extinguindo conceitos já existentes.

Neste sentido, Rafael Tomaz de Oliveira<sup>98</sup> identifica na Teoria Pura do Direito de Kelsen, o princípio da imputação como um princípio epistemológico, conforme o seguinte trecho transcrito:

Mas há princípios epistemológicos mais sofisticados no âmbito da Teoria do Direito. Neste caso, nos valem do exemplo da Teoria Pura do Direito de Kelsen. Nela, o autor desenvolveu seu projeto epistemológico e determina o direito como uma ciência positiva. O faz a partir da construção de uma metalinguagem capaz de resolver os paradoxos lógicos da linguagem jurídica ordinária, sem o recurso a argumentos políticos, sociológicos ou ideológicos. Com estes pressupostos, Kelsen passa para a descrição da ordem normativa a partir de um elemento organizador do “mundo jurídico”: o princípio da imputação.

Neste sentido, identificados os dois níveis em que se encontram os princípios epistemológicos, analisar-se-á os chamados princípios pragmáticos ou problemáticos.

### 3.11.3 Princípios pragmáticos ou problemáticos

Abordar os princípios em seu sentido pragmático ou problemático, significa romper com a prioridade que se dava ao momento abstrato do direito, seu modo de criação, para priorizar o momento de sua aplicação prática, real. Para tanto é necessária, ainda que de forma passageira, a contextualização em que referida prioridade passa do momento abstrato do direito para a sua aplicação fática.

---

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha, arrasada pela derrota na guerra, encontrava-se com inúmeras dívidas oriundas de indenizações de guerra, bem como empréstimos para a reconstrução do país, necessitando da criação de uma nova reputação que deixasse claro, internacionalmente, não só o rompimento com o modelo nazista, vigente quando da Segunda Guerra Mundial, mas também com seu total repúdio.

É neste contexto que o Tribunal Alemão se viu em uma encruzilhada, toda sorte de conflitos, ocorridos ainda sob o regime nazista, foram levados à corte, buscando uma resposta jurisdicional.

Seria um caso simples de aplicação da legislação vigente à época, no entanto, aplicar regras do regime nazista seria incorrer na contramão da ruptura pretendida pela Alemanha.

Referido dilema provocava o Tribunal em decidir conforme o regime anterior ou deixar de aplicar determinada lei, ou até mesmo proferir decisões contrárias à própria legislação, veja:

Em inúmeras ocasiões o Tribunal Constitucional teve que se pronunciar sobre conflitos envolvendo casos concretos ocorridos ainda sob a égide do direito nazista. Pela tradição, este é um típico caso resolvido pela aplicação do adágio *tempus regit actum*. Contudo, isso significaria dar vigência às leis nazistas em pleno restabelecimento da democracia e fundação de um novo Estado. De se ressaltar também que a boa imagem internacional da Alemanha – recém saída de uma guerra e extremamente endividada pelas indenizações de guerra e empréstimo para a reconstrução do país – passava pela afirmação de uma ruptura total com o regime anterior. Mas isso implicava em uma tomada de decisão *extra legem* e, em última análise, até *contra legem*<sup>99</sup>.

É neste contexto que o Tribunal alemão, para fundamentar e dar validade às suas decisões, sem a necessidade de aplicar as leis nazistas utilizou-se de argumentos baseados em fatores distintos da lei.

No entanto, apenas decidir de forma contrária às leis nazistas não era suficiente. Era fundamental que o Tribunal utilizasse de argumentos técnicos, de instrumentos, que sustentassem tais decisões, sob pena de um não vinculação das decisões judiciais ruir o regime democrático que até então se estabelecia.

---

<sup>99</sup>OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

É neste solo fértil que começa a se verificar nas decisões do Tribunal alemão fundamentações que remetiam à “clausulas gerais”, “enunciados abertos” e “princípios”<sup>100</sup>.

A partir da jurisprudência dos valores surgem mecanismos com o objetivo de justificar as decisões judiciais, a partir do procedimento, um não relativismo dos valores e uma certa discricionariedade nas decisões judiciais, tal como a Teoria da Ponderação, cujo procedimento fora trabalhado pelo autor Robert Alexy, veja:

Um segundo momento da chamada jurisprudência dos valores pode ser determinado a partir da construção de mecanismos que pretendem justificar, a partir de procedimentos, o não relativismo dos valores e, conseqüentemente, o caráter minimamente discricional da atividade judicativa do Tribunal. Neste momento começa a tomar forma um elemento decisivo para o significado do conceito de princípio no âmbito da teoria do direito: a ponderação.

Apesar de declarado partidário da valoração, Alexy critica em alguns aspectos o modo como a ponderação foi utilizada pelo Tribunal Constitucional, e passa a criar uma estrutura procedimental (baseado no discurso racional prático) para a ponderação com o intuito de coibir os erros cometidos pela jurisprudência dos valores<sup>101</sup>.

Para Alexy, os princípios são mandados de otimização, consideração que autoriza ao julgador, no ato de decidir, maior discricionariedade, o que também, para o autor era algo inevitável.

Já na teoria de Ronald Dworkin, os princípios não apresentam uma abertura, uma discricionariedade ao julgador, mas sim um fechamento, que, por sua vez, viabiliza o alcance a chamada resposta correta, com viés anti-discricional.

Em relação ao tema, ainda leciona Rafael Tomaz de Oliveira<sup>102</sup> que:

Alexy deixa claro que o elemento discricional no ato de julgar é inevitável. Isso fica evidente em seu conceito de princípios como mandados de otimização. Ou sejam os princípios funcionam como cláusulas de abertura para o julgador no momento da decisão.

Na teoria dworkiana, os princípios assumem exatamente um caráter anti-discricional e estão na base de sua concepção de resposta correta.

---

<sup>100</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>101</sup> Ibidem.

<sup>102</sup> Ibidem.

A partir destas observações é possível perceber que diferentemente de outrora, cujo destaque estava no modo pelo qual o Direito era criado, outorgado, de um espectro abstrato, agora este destaque passa a recair sobre o momento de aplicação deste mesmo Direito, que deixa de ser uma aplicação baseada na mera subsunção (fato-norma) e passa a exigir uma fundamentação mais elaborada, aprofundada e, no caso da jurisprudência dos valores (contexto) critérios supra-legais de valoração, como descreve, ainda, Rafael Tomaz de Oliveira<sup>103</sup>:

Aqui cabe perceber uma coisa: a atenção se desloca – tal qual diz Es-ser – do elemento abstrato-sistemático para atividade concreta do juiz que, no contexto da jurisprudência dos valores, deixa de ter o caráter de uma simples atividade de dedução de conceitos – parte da estrutura sistemática da ordem jurídica – e passa a ser colocada na necessidade de justificação judicial diante da providência e comprobabilidade dos critérios supra-legais de valoração que surgem como elementos constitutivos da normatividade jurídica.

E é neste sentido, princípios jurídicos pragmáticos ou problemáticos, é que o tema do ativismo judicial é problematizado nesta pesquisa.

Isto é, havendo princípios que fundamentam e justificam as decisões judiciais há integridade, coerência e integridade. Uma decisão legítima, adequada constitucionalmente.

Não havendo fundamentação em princípios, trata-se de uma decisão judicial ativista, arbitrária, antidemocrática e discricionária, as quais não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Contudo, muitas decisões ativistas, recebem fundamentações em princípios criados ad-hoc, buscando afastar o rótulo da arbitrariedade, contudo, decisões como estas, ainda que baseadas em “supostos princípios”, criados em um contexto de “pamprincipiologismo, devem, também, ser combatidas, como será analisado a seguir.

#### 3.11.4 O pamprincipiologismo

---

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Continuando o raciocínio iniciado no item anterior, a falta de compreensão ao redor do que se entende (ou deveria se entender) por princípio torna fértil o solo para a criação de toda sorte de argumentos.

É neste sentido que argumentos antidemocráticos, ilegais, inconstitucionais surgem, camuflados em algum tipo de princípio criado apenas para fundamentar as opiniões pessoais daquele que o cria e o invoca.

Esse tipo de “invenção jurídico-oportunista” é facilitada pela própria confusão em que se faz ao tratar princípios como valores.

Ao se confundir (intencionalmente ou não) princípios como valores, se retira daquele o poder de fechamento interpretativo que lhe torna tão caro, tornando-o instrumento à disposição da discricionariedade daquele que o utiliza. Neste sentido, veja-se os ensinamentos de Lenio Luiz Streck<sup>104</sup>:

Nestes termos, os princípios jurídicos devem ser compreendidos a partir da tese da descontinuidade como normas que possuem imperatividade e que instituem o mundo prático ao Direito no atravessamento da porosidade das regras (é nisso que ocorre a transcendência). Assim, servem como um “fechamento” interpretativo, sendo, portanto, um entrave à discricionariedade judicial.

Por outro lado, valores são ideias, conceitos, que se colocam sobre coisas (abstratas ou físicas) para aumentar ou diminuir sua importância.

Trata-se de uma valoração subjetiva, o que tem mais valor para um indivíduo, pode, para outro, valer muito menos ou nada.

É neste sentido que os princípios jurídicos introduzem o mundo prático no Direito, de maneira a atuarem como filtros, retirando do intérprete o poder de valorar os argumentos de acordo com sua íntima convicção ou íntima valoração.

Vejamos, como descreve, ainda, Lenio Luiz Streck<sup>105</sup>:

Sem os princípios, a escolha dos valores, a solução de um eventual conflito, e o próprio significado desses valores fica a cargo do sujeito-intérprete. Os princípios resolvem o problema.  
Sem os princípios, os valores são exatamente aquilo que sustentam os que dizem que princípios são valores. Isto é, equiparar valores e princípios é apostar na barbárie interior do sujeito que, e volto ao paradigma do positivismo, põe o sentido desses valores.

---

<sup>104</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

<sup>105</sup> Ibidem.

Princípios são o filtro institucional que, ou faz valer a jurídica e normativamente, do ponto de vista institucional, a unidade do valor, ou elenca os valores que pertencem à tradição do Direito e oferece os padrões por intermédio dos quais eventuais conflitos são resolvidos.

Desta forma, não há como aceitar a fusão semântica entre princípios e valores, sob pena de outorgar todo o sistema jurídico, a tradição do Direito, à subjetividade do julgador, como, ainda, leciona Lenio Luiz Streck<sup>106</sup> ao escrever que:

Os valores são conceitos substitutivos que pretendem completar “coisas” com um sentido que “perderam” ao se colocarem no contexto do subjetivismo. Um valor é algo que se coloca sobre os objetos do mundo. (2006, p.149 et seq). Isso se encaixa muito bem para as teorias jurídicas que pretendem sustentar valores para além do Direito ou “[...] procurar por debaixo ou detrás dos textos jurídicos [...]” os tais valores. Princípios, definitivamente, não são valores. Dizer o contrário é, na melhor das hipóteses, um erro conceitual e, na pior, uma aposta consciente na subjetividade do intérprete. Seja qual for, o resultado é o mesmo: déficit institucional sem epistemologia.

A partir desta confusão semântica, culposa ou dolosamente, realizada por quem opera conceitos jurídicos, é que se viabiliza a criação, livre e indiscriminada, de princípios para justificar o que convém ao criador.

Princípios não são mecanismos à disposição do julgador para fundamentar sua decisão discricionária. Princípios não são propriedade do intérprete, não lhe é autorizado atribuir qualquer sentido, a qualquer coisa e nomear o resultado de princípio.

Não há um cardápio, um dicionário de princípios, em branco, à espera e disposição do intérprete que irá conceituar, à vontade, de acordo com sua própria consciência, para resolver casos ou corrigir o Direito posto, do qual discorda. Ainda, seguindo o raciocínio da Crítica Hermenêutica do Direito, escreve Lenio Luiz Streck<sup>107</sup>:

Positivaram-se os valores”: assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a “criação”, em um segundo momento, de todo tipo de “princípio”, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual se pudessem ser retirados tantos princípios quantos

<sup>106</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

<sup>107</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

necessários para solvermos os casos difíceis ou “corrigir” as incertezas da linguagem.

Após estas considerações, abaixo seguem três exemplos de princípios criados sob a égide do pamprincipiologismo:

a) “Princípio” da afetividade:

Trata-se de um “princípio” criado a partir da afetividade que um indivíduo possa sentir pelo outro, sendo presumido em alguns casos, como a relação entre pais e filhos.

Em casos hipotéticos, a título de exemplo, teriam o objetivo de justificar decisões tais como aquelas que obrigam pais a indenizar seus filhos em razão de suposto abandono afetivo. Sobre o tema escreve Lenio Luiz Streck<sup>108</sup> que:

Princípio da afetividade: o princípio da afetividade decorre da afetividade que uma pessoa sente pela outra, podendo ser presumido na relação entre pais e filhos. Essa é a definição utilizada pela doutrina (na jurisprudência, é possível localizar um número considerável de decisões que colocam a “afetividade” na fundamentação, como no Tribunal de Justiça do RS<sup>66</sup> e Tribunais Regionais Federais<sup>67</sup>). Ocorre que a afetividade, elevada a um princípio, escancara a compreensão do direito como subsidiário a juízos morais (sem levar em conta os problemas relacionados pelo “conceito” de afetividade no âmbito da psicanálise, para falar apenas desse campo do conhecimento). Isso para dizer o mínimo. Daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da “afetividade” essa dimensão normativa? Trata-se, na verdade, de mais um álbi para sustentar/ justificar decisões pragmatistas.

Evidente que se trata de uma criação valorativa para justificar decisões judiciais e fundamentar afirmações jurídicas.

b) “Princípio” da instrumentalidade processual:

A partir desta criação principiológica, se quer autorizar ao juiz, desde que não cause (mais) prejuízos aos envolvidos no processo, criar caminhos para alcançar determinada finalidade.

---

<sup>108</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Isto é, se determinado procedimento, caso ignorado, não acarrete (mais) prejuízos às partes, este poderá ser deixado de lado em nome da celeridade, produtividade ou bem maior.

Diz-se “mais” prejuízos, tendo em vista que uma vez ignorada a legislação, em seu sentido amplo, por parte do julgador, o próprio Estado Democrático de Direito já está em risco e neste caso, prejuízos já foram causados às partes.

Neste sentido, leciona Lenio Luiz Streck<sup>109</sup> que:

Princípio da instrumentalidade processual: por intermédio desse princípio, que trata do desprezo das formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais, autoriza-se o juiz estabelecer os caminhos necessários para chegar a determinado lugar, desde que não cause prejuízo às partes. Um exemplo é a fixação de multa com caráter inibitório por arbitramento do juiz<sup>71</sup>. No fundo, é uma aposta na tradicional delegação processual em favor da prudência do juiz. O processo deixa de ser considerado um direito (“material”) para ser um mero instrumento para alcançar um fim maior.

Como se pode observar, quer se corrigir, inovar ou até mesmo ignorar o Direito, sob o fundamento de um princípio criado *ad-hoc*, o que de forma alguma deve ser considerado admissível.

#### d) “Princípio” da colegialidade

Referido “princípio” por vezes é utilizado quando se quer seguir a maioria de votos para alcançar determinado resultado, embora quem esteja a votar discorde tanto do resultado ou dos fundamentos que levaram a maioria dos votantes ao determinado fim.

Isto é, em um colegiado, no qual seis magistrados seriam maioria e votaram pelo deferimento do pedido, um sétimo, magistrado, já vencido, o qual votaria pelo indeferimento do mesmo pedido, decide acompanhar a maioria, apesar de não concordar com os fundamentos ou com o próprio dispositivo da decisão, para não constar como vencido.

O fundamento desta conduta, por vezes, se resume em: “apesar de discordar de tudo, pelo princípio da colegialidade, segue-se a maioria”.

---

<sup>109</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Por mais absurdo que possa parecer, casos como esses já ocorreram nas terras brasileiras.

Por outro lado, o professor Lenio Luiz Streck, destaca a questão da incompatibilidade deste “princípio” inventado, quando se trata de decisões monocráticas, veja:

Princípio da colegialidade: esse standard retórico defende a exigência de decisão pelo coletivo. Ora, como pode ser um princípio se, por vezes, a decisão pode ser monocrática? Em regra, decidir por colegiado é melhor. Mas há exceções. Se a lei (ou o regimento interno) diz que a decisão, por vezes, pode ser monocrática, das duas uma: ou a colegialidade não é um princípio. E é apenas um standard retórico ou a lei ou o regimento não valem.

Outros exemplos poderiam ser citados, mas o que se quer deixar claro é que para uma decisão judicial ser legítima, coerente, íntegra, esta deve se fundamentar em princípios, do contrário estar-se-á diante a uma decisão ativista, antidemocrática.

No entanto, não basta que se fundamente em um princípio inventado, criado para justificar uma decisão discricionária, é necessário que o fundamento da decisão seja um princípio jurídico.

Neste sentido quer se afastar tanto os raciocínios oriundos do pragmatismo, os quais consideram válidos quaisquer métodos que venham a culminar em efeitos práticos considerados “bons” para a sociedade.

Neste sentido, a leitura realizada pelos professores Juvêncio Borges Silva e Ricardo dos Reis Silveira<sup>110</sup>, se mostra pertinente ao tema, veja:

Dworkin se afigura como crítico do pragmatismo, afirmando que este “é uma concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas” (DWORKIN, 2007, p. 195). Outrossim, considera ainda que, para atingir seu desiderato, os juízes pragmáticos “devem seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura...” (DWORKIN, 2007, p. 195). Dworkin é contundente ao afirmar que o pragmatismo “não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas” (DWORKIN, 2007, p. 195). Para Dworkin o pragmatismo “rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem

---

<sup>110</sup>SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVA, Juvêncio Borges. A hermenêutica jurisdicional no Brasil: voluntarismo dos tribunais versus integridade do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v.17, n.26, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37478>. Acesso em: 10 mar. 2021.

claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade.

Também quer se afastar raciocínios de origem convencionalistas, os quais consideram que as decisões judiciais devem ser fundadas em convenções do passado, convenções estas emanadas de instituições, as quais, por sua vez, determinaram o que é o Direito e como este deveria ser aplicado.

Em casos em que as instituições do passado não tenham realizado nenhum tipo de convenção em relação ao problema enfrentado, estaria autorizado, o julgador, a decidir de forma a inovar o sistema jurídico, isto é, recebendo elevado poder discricionário (arbitrário) para dizer o que é ou não o próprio Direito, o que resulta em uma decisão ativista e antidemocrática.

Ainda, sob os ensinamentos dos professores Juvêncio Borges Silva e Ricardo dos Reis Silveira<sup>111</sup>:

De outro lado, Dworkin se opõe também ao convencionalismo, ou seja, à concepção do direito como sendo o resultado das convenções estabelecidas no passado. Afirma, pois, que “o convencionalismo sustenta que a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito” (DWORKIN, 2007, p. 142). Nesse sentido, a interpretação judicial contemporânea deveria ser, necessariamente, laudatória de uma convenção passada. Não obstante, observa que o convencionalismo admite que, em face de casos novos, para os quais não haja uma convenção estabelecida no passado, o juiz poderia ter uma atitude discricionária, e criar uma nova regra que, a posteriori, seria também considerada uma convenção pretérita.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup>SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVA, Juvêncio Borges. A hermenêutica jurisdicional no Brasil: voluntarismo dos tribunais versus integridade do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v.17, n.26, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37478>. Acesso em: 10 mar. 2021.

<sup>112</sup>Importante ressaltar a existência de profundos estudos e debates em relação ao pragmatismo e o convencionalismo, com destaque para as posições contrárias aos dois modelos, desenvolvidas e fundamentadas por Ronald Dworkin. No entanto, para o pretendido neste capítulo, não se pretende esgotar o tema, remetendo o leitor para as obras: *O Império do Direito* e *Levando os Direitos a Sério*, ambas do referido autor, Ronald Dworkin, bem como para o citado material científico produzido pelos professores Juvêncio Borges Silva e Ricardo dos Reis Silveira, as quais buscam maior aprofundamento no tema, sem, evidentemente, deixar de lado outras obras existentes. Portanto, torna-se claro que não basta que a decisão seja fundamentada em boas intenções ou em convenções passadas. É fundamental que esta tenha raízes em princípios, contudo, não em quaisquer princípios, mas em princípios jurídicos.

#### 4 A INCIDÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988<sup>113</sup> traz em seu corpo o que o “título II” conceitua por “direitos e garantias fundamentais”, o qual possui dois capítulos, denominados pela Carta Maior como “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” e “Dos direitos sociais” (artigos 5º ao 11º).

Encontra-se, na doutrina, pesquisa e na própria jurisprudência, há tempos, dificuldades em se conceituar o que se deveria entender por “direitos fundamentais”, limitando-se, por muitas vezes, descrever características (histórica ou/e material) comuns a estes direitos.

Contudo, certo consenso é encontrado ao se tratar do seu núcleo de concretização, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Significa dizer que ao se buscar cumprir os preceitos derivados deste princípio (dignidade da pessoa humana) está a se tratar e concretizar direitos fundamentais.

Neste sentido escrevem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>114</sup>:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmula de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça. Nessa medida, há de se convir em que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.

Partindo do conceito, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, propulsor do entendimento acerca dos direitos fundamentais, é possível

---

<sup>113</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

<sup>114</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

estender esta qualificação à direitos não elencados, taxativamente, no título II da Constituição Federal, isto é, embora tenha-se como objetivos (inclusive cláusulas pétreas, defesas de modificação) o rol dos artigos 5º ao 11º da Constituição não deve ser compreendido como taxativo, exaurido em si mesmo.

Neste sentido, ainda os autores<sup>115</sup>:

De acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal colhem-se precedentes em que a conceituação de material de direito fundamental mostrava-se relevante para a solução de ação direta de inconstitucionalidade. Na ADI-MC 939, o Supremo entendeu que o princípio da anterioridade, ligado ao poder de tributar, embora constando em lugar outro que o catálogo do art. 5º da Constituição, consubstancia um direito fundamental (uma garantia individual), sendo, por isso, cláusula pétrea – conclusão decisiva para a declaração de inconstitucionalidade de emenda à Constituição que excepcionava esse princípio no caso do Imposto Provisório sobre movimentação financeira.

Portanto, é possível afirmar que embora o título II da Constituição Federal apresente um rígido rol (cláusulas pétreas) de direitos e garantias fundamentais (inclusive com esta literalidade), o mesmo rol não é exauriente, sendo possível identificar estes direitos e garantias fora deste específico espaço constitucional, para auxiliar a identificação destes direitos e garantias não previsto em questão, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>116</sup>, identificam características comuns aos direitos fundamentais, tais como: direitos universais e absolutos, historicidade, inalienabilidade/indisponibilidade, constitucionalização, vinculação dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e aplicabilidade imediata, como vetores de identificação destes direitos e garantias.

Além de prever direitos e garantias, a Constituição Federal<sup>117</sup> trás, ainda, a previsão de normas programáticas, que definem objetivos a serem alcançados pelo próprio Estado, como é o caso do artigo 3º da Carta Maior<sup>118</sup>.

<sup>115</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>116</sup> Ibidem.

<sup>117</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

<sup>118</sup>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

Daí se dizer, portanto, que a Constituição brasileira é uma Constituição dirigente, que, além de prever a estruturação do Estado, apresenta direitos e garantias aos indivíduos, ao passo que também estabelece programas a serem seguidos, objetivos a serem alcançados, pelo próprio Poder Público.

Problema maior parece à medida em que estes direitos e garantias não são efetivados na prática, bem como a ausência ou precariedade nas implementações de programas, também previstos na Constituição Federal.

Não importa em objeto desta pesquisa aponta quais as causas do descumprimento destes direitos, garantias e programas Estatais, mas sim analisar algumas de suas consequências e influências, principalmente no tocante aos temas de “judicialização” e “ativismo judicial”.

Como visto no item 4.2, o dirigismo constitucional é um fator que influencia diretamente no aumento dos índices de judicialização (vide item 4.1). Isto se dá vez que ao estabelecer maior rol de direitos e garantias, a Constituição Federal cria este poder/dever em face do próprio cidadão.

Neste sentido, o descumprimento de preceitos constitucionais terminar por causar uma procura, no Poder Judiciário, pela efetivação destes direitos previstos e descumpridos.

Eis o dilema, ao passo que a Carta Maior prevê inúmeras garantias, direitos e programas a serem efetivados pelo Estado, cria, junto ao indivíduo, uma obrigação positiva (por vezes negativa, como nos casos de dever de abstenção, como o caso do direito à liberdade), em relação ao Estado, em concretizar tais preceitos constitucionais. Quando não o faz (independentemente das justificativas), o cidadão torna-se legitimado em pleitear junto ao Poder Judiciário a devida efetivação daquilo em que no contexto lhe parece um direito violado (vide item 2.3).

A primeira consequência a se observar é um aumento no protagonismo do Poder Judiciário, que passa ser símbolo de concretização de direitos, à medida em que deixa de ser um órgão de mera subsunção e recebe o título de

---

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

“guardião da Constituição”, conforme identificam Angela Araujoda Silveira Espindola e Amanda de Moraes Weidlich<sup>119</sup>.

Esta presença mais evidente, por parte do Poder Judiciário, não é um problema por si só. Ao contrário, faz parte daquilo que se compreendeu por separação de Poderes e sistema de freios e contrapesos (vide item 5.1), este último, o qual, assegura ao Poder Judiciário este papel de guardião da Carta Maior, bem como o de dizer se há ou não violação há direito nos casos a este apresentado.

Neste sentido dissertam Silveira Espindola e Amanda de Moraes Weidlich<sup>120</sup>:

O conteúdo material da Constituição expõe seu caráter compromissório e dirigente, reclamando um redimensionamento das relações estabelecidas entre os Poderes, passando o Judiciário a integrar o âmbito político, justamente para assegurar a concretização dos objetivos e direitos previstos na Constituição. Isso porque não raramente são detectados pontos de conflito entre o princípio democrático, representado pela vontade da maioria, e os direitos fundamentais insculpidos na Constituição, forçando a intervenção do Poder Judiciário para restabelecer esse equilíbrio e, principalmente, para assegurar a preservação da dignidade da pessoa humana e os direitos que lhe são corolários.

A terceira consequência, já se mostra mais preocupante. A judicialização de temas que são por natureza temas políticos, afetos, ordinariamente aos Poderes Executivo e Legislativo, passa a compor os conteúdos decisórios do Poder Judiciário, o que em um primeiro momento é algo comum, conforme as autoras<sup>121</sup> descrevem:

A judicialização de questões políticas e sociais é fenômeno político recorrente nas democracias contemporâneas e não deve depender do ato volitivo do Poder Judiciário, na medida em que decorre naturalmente da expansão da sociedade, do dirigismo constitucional<sup>7</sup>, da inflação legislativa e da crise da democracia<sup>8</sup>, cujos problemas exigem, para sua resolução, atos de jurisdição constitucional (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 76-77).

Justamente por se tratar de um fenômeno político, a intensidade da judicialização da política tende a variar conforme aumenta ou diminui a

---

<sup>119</sup>Ou seja, o Supremo Tribunal Federal, assim como os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, migraram, “silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, [...] para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana. (ESPINDOLA; WEIDLICH, 2015).

<sup>120</sup>ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; WEIDLICH, Amanda de Moraes. Judicialização e Ativismo: as distorções decorrentes da excessiva concretização judicial da assistência terapêutica. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 24, n. 1, p. 121-150, jan-jun. 2015.

<sup>121</sup>Ibidem.

conflituosidade da sociedade, o cumprimento dos direitos fundamentais ou ainda o número de regulamentações existentes (Leis, Decretos, Medidas Provisórias, etc.) existentes (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 76). Isso certamente explica o elevado grau de judicialização da política no Brasil, especialmente das políticas públicas de saúde, pois, conforme asseverado alhures, trata-se de sociedade marcada pelos conflitos decorrentes da implementação insatisfatória das promessas da modernidade e onde, portanto, o Estado Social não passou de um simulacro.

O que em um primeiro momento parece algo comum em um Estado Democrático de Direito, como o caso brasileiro, torna-se uma ameaça ao próprio sistema democrático quando este Poder (Judiciário), sob o pretexto de concretização de preceitos constitucionais e através de um uso incorreto e inadequado dos critérios hermenêuticos, passa a invadir as esferas de outros Poderes da República (Executivo e Legislativo), usurpando competências que constitucionalmente não lhe pertencem, agindo de forma, evidentemente, inconstitucional (vide conclusão do item 5.1).

É a isto que se deve ater. O fato de que o Poder Judiciário possua legitimidade para decidir se há ou não violação à preceitos constitucionais, tais como direitos e garantias fundamentais, isto não significa dizer autorização para atuar como Poder Legislativo ou Executivo, criando, extinguindo ou modificando direitos e o ordenamento jurídico, bem como não é lícito aos juízes, ainda que a pretexto de cumprimento de sentença/execução de títulos, atuarem como administradores da máquina pública, definindo, por exemplo, destino de recursos públicos.

Neste sentido, dissertam Silveira Espindola e Amanda de Moraes Weidlich<sup>122</sup>:

Ou seja, o problema surge quando, ao assumir essa postura proativa, o Judiciário extrapola sua atividade criativa e invade potencialmente as demais funções estatais, em contraste com o princípio democrático e com a separação dos poderes, preconizados, respectivamente, nos arts. 1º e 2º da Constituição Federal, consubstanciando verdadeiros “juízes-legisladores” e “juízes-gestores” públicos.

Isto é, o que em um primeiro momento parecia uma atuação legítima e constitucional por parte do Poder Judiciário, termina por se mostrar condutas

---

<sup>122</sup>ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; WEIDLICH, Amanda de Moraes. Judicialização e Ativismo: as distorções decorrentes da excessiva concretização judicial da assistência terapêutica. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 24, n. 1, p. 121-150, jan-jun. 2015.

verdadeiramente ativistas e antidemocráticas, razão pela qual há que se observar nestes casos os limites do poder de decidir.

É neste contexto que opiniões se dividem, algumas apoiam o ativismo judicial quando este ocorre para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, a questão é que nem sempre o ativismo concretiza direitos, por vezes, vem, para impor restrições, e este é o próximo objeto de análise, na discussão.

#### 4.1 ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como introduzido no item anterior, por muitas vezes a sociedade se divide, em opinião, em relação à utilidade prática do ativismo judicial.

Isto se dá porquê, inegavelmente, várias decisões ativistas, por assim dizer, trazem por consequências conteúdos que agradam à população.

Significa dizer que, neste contexto, o que chama a atenção é a consequência prática da decisão, os efeitos que ela produzirá na sociedade. Neste momento não mais importa a formação teórica-estrutural da decisão, mas sim, o seu conteúdo final.

Algumas decisões que parecem merecer o rótulo de “ativistas” mas que, no entanto, concretizam direitos fundamentais, foram selecionadas para análise e prosseguimento do debate.

##### 4.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.971 e Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção 4733

A presente ação em questão fora proposta com o objetivo de se alcançar igual tratamento, por parte do Estado, em relação às uniões estáveis de fato que já ocorriam entre pessoas do mesmo sexo.

Tratamento igualitário que não se era alcançado, alega o autor, quando da interpretação conferida, até então, aos incisos “II” e “V” do artigo 19<sup>123</sup> e aos

---

<sup>123</sup>Art.19 Conceder-se-á licença:

II - por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo;

incisos I a X do artigo 33<sup>124</sup>, todos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro (Decreto-lei 220/1975)<sup>125</sup>, à medida em que ao se interpretar estes dispositivos, entendia-se como entidade familiar apenas e tão somente a união entre homem e mulher, o que não acomodava famílias compostas por pessoas do mesmo sexo, restringindo, portanto, seus direitos.

A presente tinha por pedidos a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar (uma vez cumpridos os requisitos constitucionais para o mesmo reconhecimento, entre homens e mulheres), bem como que todos os direitos e deveres entre companheiros nas uniões estáveis (entre homens e mulheres) fossem também estendidos aos companheiros que compusessem uniões estáveis, compostas por pessoas do mesmo sexo, veja:

Fazendo-o, anoto que a presente ação de natureza abstrata ou concentrada foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o objetivo de que esta Casa de Justiça declare: “a) que é obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; e b) que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.” Isto sob as alegações de que a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar é extraída dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas, da

---

V - sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular.

<sup>124</sup>RIO DE JANEIRO. **Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975**. Institui o regime jurídico dos funcionários públicos civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Governo do Estado do Rio de Janeiro, 1975. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>125</sup>Art. 33 - O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo:

- I - salário-família;
  - II - auxílio-doença;
  - III - assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar;
  - IV - financiamento imobiliário;
  - V - auxílio-moradia;
  - VI - auxílio para a educação dos dependentes;
  - VII - tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico;
  - VIII - auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento;
  - IX - pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional;
  - X - plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões.
- Parágrafo único - A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.

liberdade e da proteção à segurança jurídica. Mesmos fundamentos e pedidos, em última análise, da ADPF 132.<sup>126</sup>

A presente ação fora recebida como ação direta de inconstitucionalidade e julgada em conjunto da ADI 4277.

Por unanimidade acordaram em julgar procedentes as ações, com eficácia geral (contra tudo e todos) e efeito vinculante, estendendo às relações entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e consequências das uniões entre casais heteroafetivos, conforme se pode extrair do trecho do acórdão, abaixo transcrito:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 como ação direta de inconstitucionalidade, e julgá-la em conjunto com a ADI 4277, por votação unânime. Prejudicado o primeiro pedido originariamente formulado na ADPF, por votação unânime. Rejeitadas todas as preliminares, por votação unânime. Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva, autorizados os Ministros a decidirem monocraticamente sobre a mesma questão, independentemente da publicação do acórdão. Tudo em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Votou o Presidente. Brasília, 05 de maio de 2011.<sup>127</sup>

A questão que aqui se precisa ater é que, apesar da decisão (da qual não se discorda do conteúdo), o texto do artigo 226, §3 da Constituição Federal<sup>128</sup> não fora alterado, continuando com a seguinte redação:

<sup>126</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda Parcial de Objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União Homoafetiva e seu reconhecimento como Instituto Jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento Conjunto [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 mai. 2011. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>127</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda Parcial de Objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União Homoafetiva e seu reconhecimento como Instituto Jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento Conjunto [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 mai. 2011. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>128</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Também não fora alterado o texto do artigo 1.723 do Código Civil<sup>129</sup> (no capítulo em que se trata da união estável), que até a presente data continua com a seguinte redação: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O que se pode extrair deste contexto é que, apesar de contemplar os princípios da isonomia, igualdade da pessoa humana, igualdade e liberdade, todos contemplados no artigo 5º da Constituição Federal<sup>130</sup>, a mesma decisão não respeitou os limites semânticos do próprio texto constitucional (vide item 6 desta pesquisa).

Nota-se que a literalidade do texto não fora respeitada, e, sob o pretexto de interpretação, se alterou o mesmo texto que compõe a própria Constituição Federal (a qual diz-se que o Supremo Tribunal Federal é guardião) e o Código Civil brasileiro, que compõe o direito infraconstitucional.

Ora, quer parecer que a competência para a alteração destes textos é do Poder constituinte originário e derivado, do Poder Legislativo e, em situações excepcionais, pode o Poder Executivo lançar mão de decretos e medidas provisórias.

Não compete ao Supremo Tribunal Federal, sob qualquer pretexto, ignorar o ordenamento jurídico, tampouco a própria Constituição Federal, sob o argumento de que desta é guardião. Vale ressaltar que a posição de guardião não se confunde com a de proprietário, a primeira protege, zela, cuida, ao passo que a segunda detém autonomia para fazer o que se bem entende, em relação à sua propriedade.

---

<sup>129</sup>BRASIL. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 14 ago. 2020.

<sup>130</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

Neste sentido, é possível afirmar que, apesar de “boas intenções” e do conteúdo acertado do acórdão, a decisão em questão configura “ativismo judicial” ao, principalmente, usurpar competências de outros Poderes (com representação popular) para alterar, na prática, os sentidos do texto constitucional e infraconstitucional, sob pretexto de uma interpretação legítima e em concretização de direitos fundamentais.

Observa-se que não se discorda do conteúdo da decisão, mas se afirma aqui, que estas alterações legais devem ser propostas pelos Poderes respectivos e a estes deve-se pressionar e exigir tais iniciativas.

Situação semelhante se pôde vislumbrar quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.971/Distrito Federal.

No julgamento em questão, impugnava-se a validade do conteúdo da Lei Distrital 6.160/2018<sup>131</sup>, especificamente seus artigos do 1º ao 10<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.971**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 6.160/2018 do Distrito Federal. Reconhecimento como entidade familiar de união estável entre pessoas do mesmo sexo para implantação de políticas públicas de valorização da família no Distrito Federal. Interpretação conforme à Constituição. Parcial procedência da ação. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 13 set. 2019. Brasília: STF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15341261667&ext=.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>132</sup> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as diretrizes para elaboração e execução de políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar no Distrito Federal.

Art. 2º Entende-se por entidade familiar:

I – o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável;

II – a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Art. 3º O Distrito Federal deve garantir à entidade familiar, por meio de seus órgãos, as condições mínimas para sua sobrevivência, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam a convivência saudável entre os seus membros e em condições de dignidade, obedecendo às seguintes diretrizes:

I – integração com as demais políticas voltadas à família;

II – prevenção e enfrentamento da violência doméstica;

III – promoção de estudos e pesquisas e obtenção de estatísticas e informações relevantes para subsidiar as ações de segurança pública e permitir a avaliação periódica dos impactos das políticas públicas quanto às causas, às consequências e à frequência da violência entre membros das entidades familiares;

IV – promoção da segurança alimentar para todos os membros da entidade familiar;

V – acesso à educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, cidadania e convivência comunitária.

Art. 4º Os agentes públicos ou privados envolvidos com as políticas públicas voltadas à valorização da família devem observar as seguintes diretrizes e princípios:

I – desenvolver a intersectorialidade das políticas estruturais, programas e ações;

II – incentivar a participação dos representantes da família na sua formulação, implementação e avaliação;

III – ampliar as alternativas de inserção da família, priorizando o seu desenvolvimento integral e participação ativa nos espaços decisórios;

Novamente, em conteúdo acertado, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, deram provimento parcial à Ação Direta de Inconstitucionalidade, para que não se exclua do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação de políticas públicas, o reconhecimento de união estável (desde que

---

IV – proporcionar atendimento de acordo com suas especificidades perante os órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população, visando ao gozo de direitos simultaneamente nos campos de saúde e educação, social, cultural e ambiental;

V – garantir meios que asseguram o acesso ao atendimento psicossocial da entidade familiar;

VI – fortalecer as relações institucionais com os órgãos do Distrito Federal que promovam a proteção da entidade familiar;

VII – estabelecer mecanismos que ampliem a gestão de informação e produção de conhecimento sobre a família;

VIII – garantir mecanismos de integração das políticas da família com os órgãos do Distrito Federal, com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e com a Defensoria Pública do Distrito Federal;

IX – zelar pelos direitos da entidade familiar.

Art. 5º É assegurada a atenção integral à saúde dos membros da entidade familiar, por intermédio do sistema público de saúde do Distrito Federal e o Programa de Saúde da Família, garantindo-lhes o acesso em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial ao atendimento psicossocial da unidade familiar.

Art. 6º A prevenção e a manutenção da saúde dos membros da entidade familiar são efetivadas por meio de:

I – cadastramento da entidade familiar;

II – núcleos de referência, com pessoal especializado na área de psicologia e assistência social;

III – atendimento domiciliar e em instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos no Distrito Federal;

IV – reabilitação do convívio familiar orientada por profissionais especializados;

V – assistência prioritária à gravidez na adolescência.

§ 1º Incumbe ao Poder Público assegurar, com absoluta prioridade no atendimento e com a disponibilização de profissionais especializados, o acesso dos membros da entidade familiar a assistentes sociais e psicólogos, sempre que a unidade da entidade familiar estiver sob ameaça.

§ 2º Quando a ameaça a que se refere o § 1º estiver associada ao envolvimento dos membros da entidade familiar com as drogas e o álcool, a atenção a ser prestada pelo sistema público de saúde deve ser conduzida por equipe multidisciplinar e tem preferência no atendimento.

Art. 7º Devem ser priorizadas as ações voltadas para proteção das famílias em situação de risco, vulnerabilidade social e que tenham em seu núcleo membros considerados dependentes químicos.

Art. 8º Os currículos do ensino fundamental e médio devem ter como componente curricular a disciplina Educação para família, obedecendo aos princípios estabelecidos pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Parágrafo único. As escolas devem formular e implantar medidas de valorização da família no ambiente escolar, com o objetivo de fortalecer os laços familiares.

Art. 9º A execução de políticas públicas no Distrito Federal deve priorizar efetivar o direito de todas as unidades familiares de viver em um ambiente seguro, sem violência, com garantia da sua incolumidade física e mental, sendo-lhes asseguradas a igualdade de oportunidades e facilidades para seu aperfeiçoamento intelectual, cultural e social enquanto núcleo societário.

Art. 10. O Dia Nacional de Valorização da Família, que ocorre no dia 21 de outubro de cada ano, nos termos da Lei federal nº 12.647, de 16 de maio de 2012, deve ser celebrado nas escolas públicas e privadas do Distrito Federal como forma de promoção das discussões contemporâneas sobre a importância da valorização da família no meio social. Parágrafo único. Na data a que se refere o caput, o Poder Executivo e a Defensoria Pública do Distrito Federal promoverão ações voltadas ao que fortaleça a entidade familiar, com prestação de serviços e orientação à comunidade.

cumpridos os requisitos constitucionais) a união entre pessoas do mesmo sexo, conforme acórdão abaixo<sup>133</sup>:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em julgar parcialmente procedente o pedido para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, I, da lei 6.160/2018, no sentido de que não seja excluído do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação de políticas públicas, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, nos termos do voto do Relator. Brasília, 13 de setembro de 2019. Ministro ALEXANDRE DE MORAES Relator.

Nota-se que novamente não houve alteração na legislação impugnada, apenas passou a constar no dispositivo, menção à declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se pode confirmar abaixo:

Art. 2º Entende-se por entidade familiar:

I – o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável;  
(Inciso declarado parcialmente inconstitucional pela ADI 5971 – STF, de 29/06/2018)

Nota: O Tribunal, por unanimidade, julgou parcialmente procedente o pedido para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º, I, da Lei nº 6.160/2018, no sentido de que não seja excluído do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação de políticas públicas, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 6.9.2019 a 12.9.2019.<sup>134</sup>

<sup>133</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.971**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 6.160/2018 do Distrito Federal. Reconhecimento como entidade familiar de união estável entre pessoas do mesmo sexo para implantação de políticas públicas de valorização da família no Distrito Federal. Interpretação conforme à Constituição. Parcial procedência da ação. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 13 set. 2019. Brasília: STF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15341261667&ext=.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>134</sup>DISTRITO FEDERAL. Lei nº 6.160, de 25 de junho de 2018. Dispõe sobre as diretrizes para elaboração e execução de políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar no Distrito Federal. **Sistema Integrado de Normas Jurídicas do DF**: Brasília, 27 jun. 2018. Disponível em: [http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/afea75838e864d798dc14b237c8dbabc/Lei\\_6160\\_25\\_06\\_2018.hhtm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.160%2C%20DE%2025%20DE%20JU-NHO%20DE%202018&ttex=Institui%20as%20diretrizes%20para%20implanta%C3%A7%C3%A3o,da%20Fam%C3%ADlia%20no%20Distrito%20Federal.&text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,entidaen%20familiar%20no%20Distrito%20Federal](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/afea75838e864d798dc14b237c8dbabc/Lei_6160_25_06_2018.hhtm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.160%2C%20DE%2025%20DE%20JU-NHO%20DE%202018&ttex=Institui%20as%20diretrizes%20para%20implanta%C3%A7%C3%A3o,da%20Fam%C3%ADlia%20no%20Distrito%20Federal.&text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,entidaen%20familiar%20no%20Distrito%20Federal). Acesso em 14 ago. 2020.

Curioso que A Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao defender seu produto legislativo, afirmou que adotou o conceito de entidade familiar previsto na própria Constituição Federal, razão pela qual, não há que se falar em inconstitucionalidade. Veja:

A Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal (Peça 30) prestou informações no sentido da constitucionalidade da norma, aduzindo não ser o caso de legislação sobre Direito Civil, mas sim de proposição de diretrizes para a implantação de uma política pública de valorização da família. No tocante à alegação de inconstitucionalidade material, afirma que a lei tomou como conceito de entidade familiar o texto previsto pelo art. 266, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, não podendo se falar em inconstitucionalidade.<sup>135</sup>

Como visto anteriormente, caso as alterações legislativas tivessem sido feitas pelos Poderes que detém competência para tanto, jamais o texto constitucional poderia ter sido invocado para a defesa da tese utilizada pela Mesa Diretora da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

No entanto, como a alteração não fora textual, mas sim de sentido e alcance da norma, prevaleceu a insegurança jurídica, onde se cumprir à risca o texto constitucional torna-se conduta “inconstitucional”. Eis a importância dos limites semânticos e de respeito ao significado das palavras.

Onde se tem escrito “paraquedas”, não se deve ler “pedra”, sob pena de se causar uma tragédia ao se saltar de aviões, por esporte.

Isto, é, apesar da metáfora, as palavras detém significado, e não compete ao Supremo Tribunal Federal, sob pena de se encontrar em clara conduta ativa, alterar o sentido das coisas mundanas e do próprio ordenamento jurídico, devendo, ao fim e ao cabo, tais alterações (no ordenamento jurídico) serem realizadas pelos Poderes devidamente competentes.

Ressalva-se, novamente, que não se quer aqui dizer que uniões entre pessoas do mesmo sexo não devam receber tratamento idêntico aos que

---

<sup>135</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.971**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 6.160/2018 do Distrito Federal. Reconhecimento como entidade familiar de união estável entre pessoas do mesmo sexo para implantação de políticas públicas de valorização da família no Distrito Federal. Interpretação conforme à Constituição. Parcial procedência da ação. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 13 set. 2019. Brasília: STF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15341261667&ext=.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

recebem casais heteroafetivos, discorda-se, aqui, do modo pelo qual as alterações foram realizadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro e último exemplo a ser citado é o ocorrido quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 26 (ADO 26) e do Mandado de Injunção 4733, ambos ocorridos no Supremo Tribunal Federal.

No julgamento conjunto citado, buscava-se obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, incluindo homicídios, agressões, discriminações motivadas pela orientação/identidade de gênero real ou suposta da vítima.

Para tanto, pleiteou-se (principalmente, núcleo da pretensão judicial) o reconhecimento de que a homofobia e transfobia enquadrava-se no conceito dado pela Constituição ao racismo, ainda, pleiteou-se também que fosse reconhecida mora do Congresso Nacional em obrigação de editar legislação criminal que venha a punir os atos acima citados.

No contexto do julgamento, como votos paradigmas, tem-se os proferidos pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes<sup>136</sup>. Em relação a estes votos, destacam-se, os seguintes trechos:

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.

Ante o exposto, voto no sentido de que, parcialmente conhecida, seja parcialmente provida esta ação, de maneira a reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.

Nota-se aqui que apesar de conhecer das ações, o Ministro Ricardo Lewandowski votou por não enquadrar as condutas de homofobia e transfobia como crimes equiparados ao racismo, tendo em vista que ao adotar esta postura terminaria por violar o princípio da reserva legal, usurpando competência legislativa e terminaria por criar tipos penais, no âmbito do próprio Poder Judiciário.

---

<sup>136</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília: STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

No entanto, o Ministro Alexandre de Moraes diverge deste entendimento, ao proferir o seguinte voto<sup>137</sup>:

EM CONCLUSÃO, acompanho o eminente Ministro relator, CELSO DE MELLO, no sentido de CONHECER PARCIALMENTE A PRESENTE AÇÃO, julgando-a PARCIALMENTE PROCEDENTE para:

1) DECLARAR, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, 94ceita94rizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional.

2) VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Com um placar<sup>138</sup> de oito (Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes) a dois (Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli), O Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Congresso Nacional e decidiu por incriminar condutas que atentem contra os direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, com a ressalva de que o Ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora do Congresso Nacional.

Percebe-se aqui que apesar de reconhecer e outorgar maior proteção aos direitos fundamentais dos membros da comunidade LGBT, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeira conduta ativista, usurpou a competência legislativa do Congresso Nacional e criou novos tipos penais, inclusive, violando o próprio artigo 1º do Código Penal<sup>139</sup> que prevê: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Isto é, o Supremo Tribunal Federal transformou sua decisão em uma espécie de lei incriminadora, extrapolando os limites de sua própria atuação.

<sup>137</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília: STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>138</sup>É no mínimo curioso dizer “placar de oito a três” em se tratando da Suprema Corte brasileira, mas é nisto que o ativismo judicial tende a transformar a sociedade, isto é, em verdadeiros concededores, onde a segurança jurídica (certeza do direito) dá lugar à loteria e aleatoriedade do que pensa cada julgador que compõe o Tribunal, à época dos julgamentos em questão.

<sup>139</sup>BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF: Planalto, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 14 ago. 2020.

Neste sentido, é possível afirmar que apesar de ativistas, tais decisões podem, ao final, efetivar direitos fundamentais.

## 4.2 ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 4.2.1 Habeas Corpus 126292, Ação Declaratória de Constitucionalidade 29 e 30 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578 e o Mandado de Segurança 32326

Como visto no item 7 desta pesquisa, é possível identificar o direito à liberdade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

Este era o direito a ser discutido quando do julgamento do HC 126292/SP no Supremo Tribunal Federal, caso em que o acusado, após interposição de recurso de apelação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não obstante ter recebido o indeferimento, recebeu também uma ordem de execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado de sentença que o condenou, veja o relatório, quando da discussão no Supremo Tribunal Federal:

No caso específico do paciente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao negar provimento ao recurso de apelação, determinou a imediata execução provisória da condenação, com a ordem: "Expeça-se mandado de prisão contra o acusado Márcio". Não se tratando de prisão cautelar, mas de execução provisória da pena, a decisão está em claro confronto com o entendimento deste Supremo Tribunal, consagrado no julgamento do HC 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, Dje de 26/2/2010), segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença. Essa circunstância autoriza o excepcional conhecimento da impetração, não obstante a referida Súmula 691/STF.<sup>140</sup>

No julgamento em tela, se discutia os limites semânticos e técnicos dos artigos 283 do Código de Processo Penal<sup>141</sup> e artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que preveem: "Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente,

---

<sup>140</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, ART. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016. Brasília: STF, 2016.

em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.<sup>142</sup>

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;<sup>143</sup>

Como se pode observar, nos trechos acima transcritos, a literalidade (observar item 6 desta pesquisa) dos textos se mostra clara ao impor que não há que se falar em cumprimento de pena, há menos que se tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

E neste sentido, assentou, o Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto, na ocasião:

Presidente, o acesso aos Tribunais de Brasília ainda está pendente. Por que, em passado recente, o Tribunal assentou a impossibilidade, levando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a rever jurisprudência pacificada, de ter-se a execução provisória da pena? Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.  
O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.<sup>144</sup>

Ao tratar da literalidade dos textos, como se pode observar, o próprio Ministro destaca que “onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação”<sup>145</sup>,

<sup>141</sup>BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 15 ago. 2020.

<sup>142</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

<sup>143</sup>Ibidem.

<sup>144</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, ART. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>145</sup>Ibidem.

apesar de algumas críticas (quanto a cessar a interpretação) fato é que o que busca o Ministro é traçar aquilo que se poderia entender por limite semântico, onde se tem “trânsito em julgado” não se deve ler “segunda instância”.

No entanto, diferentemente entendeu, na ocasião o Ministro Luiz Roberto Barroso, que de seu voto se pode extrair:

Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei nº 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário.<sup>146</sup>

Ainda neste voto:

50. Por todo o exposto, voto no sentido de denegar a ordem de habeas corpus, com revogação da liminar concedida, bem como para fixar a seguinte tese de julgamento: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.”<sup>147</sup>

Como se pode observar, dois votos extremamente opostos, no qual o primeiro busca respeito aos limites semânticos do texto, ao passo que o segundo, sob pretextos hermenêuticos, se busca alterar os sentidos das palavras, bem como conceitos técnicos jurídicos, tais como “trânsito em julgado”.

Nesta ocasião, a tese que autorizava o cumprimento de pena após condenação em segunda instância logrou-se vencedora<sup>148</sup>, conforme acórdão:

<sup>146</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, ART. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>147</sup>Ibidem.

<sup>148</sup>Este entendimento fora derrubado quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, 43,44 e 54, prevalecendo o entendimento de que o cumprimento da pena deve

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016.<sup>149</sup>

Conforme se pode ver, em uma conduta ativista, o Poder Judiciário extrapola seu limite de atuação, ignora a literalidade de textos normativos como o da própria Constituição Federal e Código de Processo Penal, ignora, também seus limites semânticos e rescreve, ao atribuir novos sentidos às palavras, um novo texto e uma nova norma penal.

Diferentemente do que se viu no capítulo anterior, tem-se que, neste caso, o Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal, ao utilizar de postura ativista, restringiu direitos fundamentais, no caso, o direito à liberdade.

Em se tratando do tema “presunção de inocência” vale analisar, também, o ocorrido quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578.

Dentre várias as discussões no caso, a que será destacada, aqui, é a possibilidade de afastabilidade de expectativa de concorrer a cargo público, indivíduo que fora condenado em segunda instância ou por colegiado.

Conforme visto na análise anterior, o que se está em jogo é o princípio da presunção de inocência, que para o relator, à época, Ministro Luiz Fux, deveria ser entendida como regra, veja:

Idênticas conclusões podem ser atingidas sob perspectiva metodológica diversa. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de

---

começar após esgotamento das vias recursais (trânsito em julgado da decisão). No entanto, a decisão acima analisada vigorou por muito tempo (mesmo que fosse por apenas um dia, as consequências são imensas, no âmbito criminal), o que configurou, da mesma forma, restrição ao direito fundamental da liberdade.

<sup>149</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, ART. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 15 ago. 2020.

HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos Princípios. 4. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. Concessa 99ceit, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo.<sup>150</sup>

De forma diversa, entendeu o Ministro Dias Toffoli ao discorrer que:

Aqui residem, no meu sentir, situações de afronta ao princípio da presunção de inocência. Tratam-se de hipóteses proibitivas diversas em que se veda a participação no pleito eleitoral daqueles que foram condenados pela suposta prática de ilícitos criminais, eleitorais ou administrativos, por órgãos judicantes colegiados, mesmo antes da atestação da definitividade do julgado. Como a apuração da ocorrência do crime, do abuso do poder econômico ou político, da improbidade administrativa, e das outras ilegalidades eleitorais depende de regular processo em trânsito na Justiça Eleitoral ou em outras esferas jurisdicionais, parece-me questionável o impedimento à candidatura antes do julgamento definitivo da questão obstativa.<sup>151</sup>

Ainda em seu voto:

Resta, ainda, configurada a inconstitucionalidade, na íntegra, do art. 26-C, seja por arrastamento, diante da inocuidade surgida com a invalidação da inelegibilidade por julgamento colegiado sem trânsito, seja diretamente por igual ofensa ao princípio da presunção de inocência e aos demais postulados antes citados.<sup>152</sup>

---

<sup>150</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF**. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, §9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de Inocência (art. 5º, LVVI, da Constituição Federal): Exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal [...]. Relator: Ministro Luiz Fux, 16 fev. 2012. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>151</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF**. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, §9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de Inocência (art. 5º, LVVI, da Constituição Federal): Exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal [...]. Relator: Ministro Luiz Fux, 16 fev. 2012. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>152</sup>Ibidem.

Ainda sobre o tema, e em relação ao voto do Ministro Luiz Fux, acima transcrito, escrevem Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira que:

Não se viuislumbra no enunciado normativo (presunção da inocência) um conteúdo principiológico? *Concessa vênia* a posição exarada no referido voto sugere claramente uma passagem ao largo de toda a discussão a travar-se no âmbito teórico para saber o que é, efetivamente, um princípio, Aliás, a vingar a tese do ilustre jurista citado pelo Ministro, a igualdade – virtude soberana de qualquer democracia, como aparece em Dworkin e, numa perspectiva mais clássica, no testemunho de Alexis de Tocqueville sobre a democracia americana – não seria um princípio, mas sim, um simples postulado!<sup>153</sup>

Após análise do assunto, ainda os autores, concluem:

Em suma, por todo o exposto, fica claro que, a despeito da orientação projetada pelo corte no início dos debates referentes à constitucionalidade da LC 135/2010, o princípio da presunção de inocência, impede sua adequação à nossa ordem constitucional. Fica claro, portanto, que, no caso, há uma gravíssima ofensa à presunção de inocência.<sup>154</sup>

A despeito da divergência nos debates, bem como os ensinamentos dos juristas acima, entendeu o Supremo, por maioria de votos, em julgar procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade 29, conforme se extrai do acórdão abaixo:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar procedente a ação. Brasília, 16 de fevereiro de 2012.<sup>155</sup>

Constando na ementa de julgamento, nos itens “2” e “3”, ainda, a seguinte conclusão:

<sup>153</sup>STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

<sup>154</sup>Ibidem.

<sup>155</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF.** Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, §9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de Inocência (art. 5º, LVVI, da Constituição Federal): Exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal [...]. Relator: Ministro Luiz Fux, 16 fev. 2012. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doCTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 15 ago. 2020.

2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.”

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.<sup>156</sup>

Portanto, ao novamente deturpar o que se tem por princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal, em atitude ativista (alterando o sentido do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal) atuando, praticamente, como legislador positivo, restringiu os direitos políticos dos indivíduos, cujas condenações ainda não transitaram em julgado.

O terceiro e último caso a ser abordado aqui se dá no contexto da decisão proferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no Mandado de Segurança 32326.

Analisando o caso, verifica-se que quando do julgamento da Ação Penal 470, determinou-se que havendo a condenação criminal transitada em julgado de indivíduo que detenha mandato de cargo eletivo, a cassação do mandato ocorre de forma automática.

Contudo, com o ocorrido na Ação Penal 565, houve alteração no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, e a perda do cargo deixou de ser automática e passou a depender de deliberação das Casas Legislativas, conforme impõe a Constituição Federal em seu artigo 55, VI, § 2º, que prevê:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

---

<sup>156</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, §9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de Inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal): Exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal [...]. Relator: Ministro Luiz Fux, 16 fev. 2012. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 15 ago. 2020.

VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.<sup>157</sup>

Noções históricas pode se extrair de artigo escrito pelos autores Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper que discorrem no seguinte sentido:

A Ação Penal 470 consagrou a jurisprudência do STF de que, quando há condenação criminal transitada em julgado de mandatário de cargo eletivo, a cassação do mandato constitui consequência automática da pena, independentemente de manifestação da Casa Legislativa. Já com o “caso Cassol” (AP 565), houve reviravolta na jurisprudência do Supremo, da qual participou o ministro Luís Roberto Barroso: a perda do mandato passou a depender de decisão das Casas Legislativas, na forma como dispõe a Constituição brasileira (artigo 55, VI, §2º).<sup>158</sup>

E o mesmo se pode extrair, também, do próprio Mandado de Segurança em análise, conforme trecho abaixo:

9. No julgamento da Ação Penal 470, formaram-se duas linhas opostas de opinião, com algumas sutilezas dentro de cada uma delas. De um lado, a posição do relator, Min. Joaquim Barbosa, pela qual a perda do mandato seria uma decorrência natural da condenação criminal transitada em julgado. Tal posição prevaleceu na ocasião e foi acompanhada, entre outros, pelo Min. Gilmar Mendes, que, em seu voto, propôs que a perda do mandato se desse por mera declaração da Mesa da Casa Legislativa nas seguintes situações:

- a) nos casos de condenação por crimes nos quais esteja ínsita a improbidade administrativa;
- b) nos casos de condenação por outros crimes aos quais seja aplicada pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, nos termos do art. 92, I, do Código Penal, com a redação da Lei nº 9.268/96.

11. Pouco à frente, no julgamento da Ação Penal 565, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o Plenário do Supremo entendeu, por 6 votos a 4, que a perda do mandato dependeria de decisão da Casa Legislativa respectiva. Tratava-se da condenação do Senador Ivo Cassol por violação do art. 90 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993 (fraude em licitação), a uma pena de 4 anos, 8 meses e 26 dias, em regime inicial semiaberto. Alinho-me à posição que ficou vencida na Ação Penal 470 – e que veio a prevalecer na Ação Penal 565 –, com uma única exceção,

<sup>157</sup>BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

<sup>158</sup>STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 52-61, 2015.

que se impõe como imperativo jurídico e fático, a ser apreciada mais à frente.<sup>159</sup>

Como se pode extrair dos transcritos acima, apesar do ocorrido na Ação Penal 470, o texto constitucional voltou a ter valor (e validade) quando do julgamento da Ação Penal 565, a partir da qual, a perda de mandato de Deputado ou Senador passou a depender de deliberação das Casas Legislativas.

Parecia pacífico o entendimento até que no caso da Ação Penal 396, após condenação do Deputado Donadon, após deliberação na Câmara dos Deputados, decidiu-se pela não cassação do mandato deste Deputado condenado.

Nota-se que apesar de parecer (e de sobremodo ser) imoral a decisão da Câmara dos Deputados, fato é que a mesma está subsidiada pela Constituição Federal, que lhe autoriza decidir sobre o assunto.

Após causar insatisfação popular em vários setores da sociedade, o Deputado Carlos Sampaio, impetrou o Mandado de Segurança 32326, com o objetivo de suspender os efeitos da decisão tomada pela Câmara dos Deputados, a qual impedia a cassação do Deputado Donadon veja:

Recentemente, diante do “caso Donadon” (AP 396), a Câmara dos Deputados, cumprindo a prerrogativa que lhe foi concedida constitucionalmente e reconhecida pelo Supremo graças ao percutiente voto do ministro Barroso, optou por não cassar o mandato do deputado. A opinião pública não gostou. Parte do Congresso também não aprovou. A imprensa, de direita e de esquerda, não gostou. Jornalistas e jornalheiros não gostaram.

O porta-voz do repúdio a tanto desgosto foi o deputado Carlos Sampaio (PSDB-SP), que, contra tal decisão do Parlamento, impetrou o MS 32326, com pedido liminar para suspender os efeitos da deliberação da Câmara dos Deputados pela não cassação do deputado Donadon, distribuído para a relatoria do ministro Barroso.<sup>160</sup>

A relatoria do Mandado de Segurança coube ao Ministro Luís Roberto Barroso.

---

<sup>159</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.326/DF**. Mandado de Segurança. Condenação criminal definitiva de parlamentar. Reclusão em regime inicial fechado por tempo superior ao que resta de mandato. Hipótese de declaração de perda do mandato pela mesa (CF, ART. 55, §3º). Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília: STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32326.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>160</sup>STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 52-61, 2015.

O que parecia (e deveria ser) uma decisão óbvia, isto é, respeito ao texto constitucional e à decisão da Câmara dos Deputados (por mais imoral que pareça ser, não é inconstitucional), surpreendeu a comunidade jurídica, ao decidir, o Ministro, pela suspensão do deliberado na Câmara dos Deputados, veja:

Como consequência, suspendo os efeitos da deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados acerca da Representação nº 20, de 21 de agosto de 2013, até o julgamento definitivo do presente mandado de segurança pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Esclareço que a presente decisão não produz a perda automática do mandato, cuja declaração – ainda quando constitua ato vinculado – é de atribuição da Mesa da Câmara.<sup>161</sup>

Esta suspensão se deu por fundamentos de moral, cuja sociedade deveria cobrar do Congresso Nacional, e no fato de que por ter sido condenado à perda de liberdade, o Deputado não teria condições de participar das sessões de sua Casa, razão pela qual, eventualmente perderia o mandato. Observe:

Nada obstante isso, e para que não haja qualquer dúvida, penso que o Congresso Nacional, por suas duas Casas, deveria, como regra geral, decidir pela perda do mandato de parlamentares condenados definitivamente por crimes graves. Inclusive e especialmente quando se tratar de crimes contra a Administração Pública. Trata-se de um dever moral e a sociedade deveria cobrar seu cumprimento. A Constituição, no entanto, não transformou esse dever moral em obrigação jurídica. Ao contrário, abriu espaço para um juízo político do Congresso. Imaginar o Poder Judiciário como um tutor geral da República, além de comprometer a legitimidade democrática do poder político, significaria decretar a menoridade das demais instituições.

Sem prejuízo dessas considerações, entendo que a regra geral do art. 55, VI e § 2º não se aplica na hipótese aqui analisada. Não é difícil demonstrar o ponto.<sup>162</sup>

Em relação à impossibilidade de estar fisicamente presente às sessões, se extrai, ainda, da decisão:

Disso resulta que o condenado em regime inicial fechado, cujo período remanescente de mandato seja inferior a 1/6 (um sexto) da pena a que foi condenado – isto é, ao tempo mínimo que terá de permanecer necessariamente na penitenciária (LEP, art. 87) –, não pode conservar o

---

<sup>161</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.326/DF**. Mandado de Segurança. Condenação criminal definitiva de parlamentar. Reclusão em regime inicial fechado por tempo superior ao que resta de mandato. Hipótese de declaração de perda do mandato pela mesa (CF, ART. 55, §3º). Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília: STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32326.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>162</sup>Ibidem.

mandato. É que, nessa situação, verifica-se uma impossibilidade jurídica e física para o exercício do mandato. Jurídica, porque uma das condições mínimas exigidas pela Constituição para o exercício do mandato é o comparecimento às sessões da Casa (CF, arts. 55, III, e 56, II). E física, porque ele simplesmente não tem como estar presente ao local onde se realizam os trabalhos e, sobretudo, as sessões deliberativas da Casa Legislativa. Veja-se, então: o mandato do Deputado Natan Donadon terminaria em 31.01.2015, isto é, cerca de 17 (dezesete) meses após a deliberação da Câmara, que se deu em 28.08.2013. Porém, 1/6 da sua pena de 13 anos, 4 meses e 10 dias corresponde a pouco mais de 26 meses. Logo, o prazo de cumprimento de pena em regime fechado ultrapassa o período restante do seu mandato.<sup>163</sup>

Ora, o fato de que o Deputado não poderá (obviamente) estar presente nas sessões da Casa, é fundamento suficiente para que o Poder Judiciário ignore a normatividade da Constituição?

Obviamente que não, conforme demonstra os autores Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper, bastava aguardar as faltas às sessões, por parte do Deputado (que se encontrava com pena restritiva de liberdade) que a sua cassação seria inevitável. Deste modo, não haveria janela para a interferência política do Poder Judiciário no Poder Legislativo (vide item 5.1), bem como não teria ocorrido violação ao artigo 55, VI, § 2º da Constituição Federal. Analisam, os autores, no seguinte sentido:

Do que se viu, tem-se que, primeiro, o STF ratificou a prerrogativa de o Congresso ter a última palavra na sobre a perda de mandatos de parlamentares condenados à pena de prisão. Segundo, quando, dias depois, a Câmara, acreditando que, pudesse, de fato, exercer essa faculdade, deixou de cassar um deputado condenado ao regime fechado, o mesmo STF decidiu que a Câmara estava equivocada. Ora, também achamos que a Câmara errou, mas o STF também não erra? A consequência disso deveria ser bem simples, além do desgaste político do Congresso: o deputado, preso, não comparece às sessões e é cassado.<sup>164</sup>

Ainda, os autores apontam que a decisão de Luís Roberto Barroso não só configurou interferência política no Poder Legislativo (ao tentar corrigir a

<sup>163</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.326/DF**. Mandado de Segurança. Condenação criminal definitiva de parlamentar. Reclusão em regime inicial fechado por tempo superior ao que resta de mandato. Hipótese de declaração de perda do mandato pela mesa (CF, ART. 55, §3º). Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília: STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32326.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

<sup>164</sup>STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 52-61, 2015.

deliberação da Câmara dos Deputados) como também legislou, ao (tentar) inserir no texto constitucional hipótese de perda automática do cargo, veja:

Entretanto, para o ministro Barroso, o Congresso pode até não cassar, mas, quando a pena for daquelas que inviabilizam o mandato, a moral da nação exige que se construa um argumento para evitar isso. Logo, criou, a partir de argumentos metajurídicos, uma hipótese nova no ordenamento. Ou seja: o STF, em nome de argumentos morais, legislou. Como superego (Über-Ich) da nação (utilizamos a expressão de Ingeborg Maus), o ministro relator arvorou-se no direito de corrigir não somente a atitude do Congresso, mas, também, a própria Constituição. Reescreveu a Constituição, dizendo, em outras palavras, que toda a perda do mandato de um parlamentar condenado a prisão não é automática,<sup>22</sup> a não ser nas hipóteses em que ele descreve.<sup>165</sup>

Por fim, de forma crítica, se posicionam, ainda os autores:

Como referimos, não se trata de uma simples discussão acadêmica. Tratou-se de uma decisão da mais alta Corte do país. É preciso encontrar elementos para superar o imaginário que acredita que ativismo judicial é bom para a democracia, porque posicionamentos ativistas geram contradições internas, o que fere a igualdade.<sup>166</sup>

Neste sentido, se posiciona, aqui, a favor da crítica realizada por Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper<sup>167</sup>, e ainda, pelo exposto, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão ativista, restringiu, o direito constitucional ao mandato, obtido pelo Deputado, sob fundamentos diversos do previsto na Constituição.

Com isso, tem-se na conclusão que, embora o ativismo judicial apareça, por vezes, como meio de proteção, concretização e efetivação de direitos fundamentais, por vezes pode o mesmo ativismo pode aparecer como meio de restrição à direitos fundamentais, bem como outros direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

E quanto ao assunto deve-se tomar muito cuidado antes de se “aplaudir”<sup>168</sup> (expressão adotada pelos autores Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e

<sup>165</sup>STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 52-61, 2015.

<sup>166</sup>Ibidem.

<sup>167</sup> Ibidem.

<sup>168</sup>O aplauso de hoje do ativismo jurídico pode ter sua antítese amanhã, quando os que hoje festejam se sentem prejudicados. Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos

Adriano Obach Lepper<sup>169</sup>) decisões ativistas, uma vez que se aceita o ativismo judicial “bom”, deve-se, obrigatoriamente, também aceitar o “ruim”. Assunto que continuará a ser tratado nesta pesquisa.

#### 4.3 ATIVISMO JUDICIAL BOM OU RUIM, PARA QUEM?

Em continuidade ao que se abordou acima, deve-se ter cuidado ao caracterizar o ativismo judicial como algo bom ou ruim.

O raciocínio segue a mesma linha ao se tentar qualificar uma decisão judicial como justa ou injusta.

Isto é, em análise de uma pretensão resistida, levada à apreciação jurisdicional, tem-se, por exemplo, A pleiteando um direito X em face de B.

Aquele que lograr-se vencedor da demanda e verificar sua pretensão deferida, certamente dirá que o processo foi justo e, em contraponto, aquela parte, a qual recebeu o indeferimento de sua pretensão, dirá que o resultado do processo é injusto.

Portanto, não é absurdo pensar que, em uma ação judicial, cuja parte A logrou-se vencedora após um trâmite processual ilegal com direito a provas ilícitas, interceptações telefônicas indevidas, juiz parcial e inimigo capital da parte adversária, ausência de citação válida (e etc...), apesar de todas as ilegalidades possíveis, é extremamente possível que A ainda considere a decisão justa, boa e adequada, apenas pelo motivo de sua pretensão ter sido deferida.

O contrário ainda é possível de se conjecturar.

Caso A receba o indeferimento de sua pretensão, em um processo completamente de acordo com o ordenamento jurídico, ausente toda e qualquer ilegalidade ou vícios na decisão, esta parte ainda dirá, apesar da total licitude do procedimento, que se tratou de decisão injusta, inadequada e ruim, pelo fato de que sua pretensão não fora aceita.

---

metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015).

<sup>169</sup>STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. Op.Cit, p. 52-61.

O que se quer chamar a atenção aqui é que um processo judicial comporta conceitos dualísticos, quando da análise do resultado.

Para quem venceu e recebeu o bem jurídico que pretendia, o processo, independentemente do modo pelo qual foi desenvolvido (ainda que eivado de ilegalidades), sempre será justo, bem recebido e elogiado. Simultaneamente, para a parte perdedora, independentemente do modo pelo qual foi desenvolvido (ainda que ausente toda sorte de ilegalidades) o processo sempre será injusto, mal recebido e criticado.

Neste sentido, todo cuidado é pouco quando se escolhe por adotar decisões ativistas como decisões boas (e não boas decisões), pelo fato de que o seu conteúdo ou consequência foi agradável no momento de sua incorporação ao plano fático.

Significa dizer aqui que ao se autorizar o ativismo judicial bom, necessariamente deve se autorizar o mesmo ativismo quando este apresentar conteúdo e consequências desagradáveis, contrastantes com a própria opinião.

Está a se declarar que não se consegue (e nem se deve) dividir o que se entende por ativismo judicial em bom ou ruim. Ativismo judicial é ativismo judicial e, ora irá entregar consequências de agrado e alinhamento às opiniões, e daí será chamado de ativismo bom, ora irá exatamente na contramão deste alinhamento, momento em que será considerado um mau ativismo judicial.

Percebe-se que da mesma forma que uma decisão para ser considerada justa ou injusta depende do contexto de quem a considera como uma ou outra, isto é, sob a perspectiva de quem saiu vencedor ou perdedor, aquele cuja decisão se alinhou à opinião pessoal ou daquela cuja decisão foi exatamente na contramão, o mesmo acontece quando se resolve adjetivar o ativismo judicial como sendo bom ou ruim.

Eis a pergunta, bom ou ruim? Para quem?

Para quem se beneficiou da decisão ativista, parece lógico deduzir que este considerará o ativismo judicial bom, afinal, mesmo com todo o problema de interpretação e desrespeito às regras do jogo, a decisão mostrou-se conveniente e de acordo com o esperado.

Mas e para aquele que foi prejudicado por uma decisão ativista?

Também parece lógico deduzir que este irá considerar o ativismo judicial ruim, já que em razão do problema interpretativo e desrespeito as regras do jogo, houve prejuízo.

E mais, caso a decisão não tivesse sido produzida de forma ativista, os resultados seriam os mesmos para as partes e para toda a sociedade e a comunidade jurídica?

Eis o ponto, não há ativismo judicial bom ou ruim, porquê esta classificação necessariamente invoca fundamentos de natureza pessoal, particular, subjetividades e escolhas. Existe ativismo judicial, e este trará consequências que ora agradarão à maioria (por exemplo) e ora desagradarão esta mesma maioria<sup>170</sup>.

Daí se afirmar, não há como recepcionar o ativismo apenas quando este apresenta consequências que agrada ao indivíduo e rejeitá-lo quando este apresenta consequências que desagrada o indivíduo, afinal, o que vale para um, deve valer para todos (isonomia), portanto o ativismo judicial constitui um “pacote completo” ao se levar o “bom” necessariamente se adotará, também, o “ruim”.

Isto é, ao se reverenciar o ativismo judicial que, ao ignorar o texto constitucional, reconhece a união homoafetiva como entidade familiar, o que representa consequências boas ao aproximar o tratamento dado à isonomia e dignidade da pessoa humana, não se pode vaiar o mesmo ativismo, que, também, ignorando o texto constitucional, destrói o que se entende por trânsito em julgado e presunção da inocência (vide itens 7.1 e 7.2).

A mesma dificuldade em rotular o ativismo judicial aparece em fundamentos de decisões de cunho ativistas, fundamentos que podem ser exemplificados como: “decido assim porquê é a decisão mais justa” ou “decido assim porquê desta forma atenderei o clamor público” ou “com esta decisão colocarei a sociedade em trilhos melhores”.

Ora, decidir de determinada forma é justa para quem? O que se entende por clamor público? E deve este ser fundamento vez que a própria Constituição

---

<sup>170</sup>Não se trata apenas do que a maioria considera bom ou ruim, importa saber o que também entendem as minorias, afinal, a própria Constituição Federal é, também um remédio contra maiorias, e se mostra dessa forma ao impor, por exemplo, vedação à distinção de toda natureza e, também, e vedação à transformação do governo democrático, em um governo ditatorial. Isto é, ainda que a maioria deseje a discriminação, ainda que a maioria deseje um governo ditatorial, a própria Constituição Federal, com caráter normativo, é escudo e proteção às minorias e ao próprio Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1999).

tem entre vários objetivos, o de proteger as minorias? O que seria colocar a sociedade nos trilhos corretos? Aliás, estava ela nos trilhos errados?

Neste sentido, palestra o professor Lenio Luiz Streck ao dizer que:

Quais são os predadores? Os predadores externos, os exógenos, são: a moral, a política e a economia. O que está por trás deles? Os racionalismos e as teses consequencialistas.

Vou decidir assim porquê atende os reclamos da sociedade. Quais são os reclamos da sociedade? É um enunciado empiricamente não verificável. Como se a Constituição fosse justamente, como se a Constituição não fosse exatamente um remédio contra maiorias.

Vou decidir deste modo porquê é justo. Justo para quem cara pálida? Me conta, existe um justômetro, um “justiçômetro”? E se existisse ainda teria um vindo do Paraguai e um outro feito em Londres.<sup>171</sup>

Buscando contrariar estes fundamentos subjetivistas o jurista ainda busca desenvolver uma teoria com aplicabilidade no Estado Democrático de Direito que recebeu o título de “Resposta adequada à Constituição (resposta correta)”.<sup>172</sup>

Com esta teoria, o jurista e professor busca identificar critério que servem como limites ao decisionismo, à discricionariedade e como barreiras às decisões solipsistas eivadas de subjetividade.

O primeiro critério reside no fato de que o Poder Judiciário é obrigado a aplicar a lei, somente deixando de fazê-lo em seis hipóteses (vide item 6.3), veja:

O conjunto de critérios indagativos a serem feitas pode começar pela verificação, a contrário sensu, de quando o Poder Judiciário é obrigado a aplicar uma lei (ato normativo lato sensu). Assim, um juiz somente pode deixar de aplicar uma lei em seis hipóteses: (i) quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; (ii) quando estiver em face do critérios de antinomias; (iii) quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; (iv) quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; (v) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; (vi) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face um princípio constitucional, entendido este como um padrão, do modo como explicitado em Verdade e Consenso (2014b;2017).

Fora dessas hipóteses, o juiz tem a obrigação de aplicar, passando a ser um dever fundamental.

Em um ecossistema intercambiável, as seis hipóteses acima trazidas, devem ser entendidas de forma harmônica com cinco princípios que devem ser observados quando a prolação uma decisão judicial, vez

<sup>171</sup>X CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL - Um ano de vigência do Novo CPC: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: 24 abr. 2017. 1 vídeo (41 min). Publicado por OAB/MG. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=k7qd2YxEhmY>. Acesso em 18 ago. 2020.

<sup>172</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

que a afasta da discricionariedade, aproximando-a de uma maior legitimidade, em relação ao ordenamento jurídico. São estes princípios: (i) a preservação da autonomia do Direito; (ii) o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade; (iii) o respeito à integridade e à coerência do Direito; (iv) o dever fundamental de justificar as decisões e (v) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.<sup>173</sup>

Com o objetivo de se identificar decisões que se classificam como “ativistas” o jurista aponta três perguntas, em relação ao conteúdo da decisão, em que havendo a resposta negativa para quaisquer delas (não necessariamente se precisa responder negativamente para todas), haverá uma grande chance de se estar a analisar uma decisão ativista, conforme abaixo segue:

Do mesmo modo, em determinadas situações, o juiz deverá responder a três indagações fundamentais: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia.

Com essas três perguntas será possível verificar se o ato judicial é ativista ou está apenas realizando, contingencialmente, a judicialização da política. Sendo uma das três perguntas respondida negativamente, estar-se-á, com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista.<sup>174</sup>

Percebe-se que o instrumento aqui trazido tem por objetivo auxiliar na identificação de decisões ativistas, para tanto, não se pode abandonar a análise de conceitos, tais como o de “judicialização” e “ativismo judicial” (vide itens 4.1 e 4.4).

Ainda, no contexto da resposta adequada à constituição, se identifica um outro critério para se aferir o conteúdo da decisão, isto é, se há o controle hermenêutico da interpretação constitucional, ou se a fundamentação da decisão é, na verdade, um fundamento vazio, camuflagem para a discricionariedade.

Este critério consiste em opor uma negativa em face de um fundamento afirmativo, e uma afirmação em face de um fundamento negativo.

Referido critério está a perquirir se o fundamento se baseia em um enunciado possível de ser verificado, do contrário, é um enunciado vago que serviria

<sup>173</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

<sup>174</sup> Ibidem.

para fundamentar qualquer decisão (conduta vedada pelo artigo 489, § 1º, III do Código de Processo Civil).<sup>175</sup>

Quanto a este critério, conceitua Lenio Luiz Streck:

Isto é, são os elementos objetivos (ônticos) que podem, de plano, afastar incongruências, contradições e falácias linguísticos-discursivas presentes nas decisões judiciais. Portanto, esta ferramenta/critério pode ser útil para afastar as respostas incorretas, inadequadas e/ou falas. Explicando melhor. Se dissermos que “chove lá fora”, esse enunciado pode ser falso ou verdadeiro, bastando colocar a partícula “não” e olhar para fora. Com isso, verifica-se que o enunciado “chove lá fora” é falso. Entretanto, se dissermos – utilizando um exemplo que Luis Alberto Warrat (1995<sup>a</sup>, p.41) trazia frequentemente – que “os duendes se apaixonam em maio”, esse enunciado é impossível de ser verificado. Por vezes, a simples colocação da negação (ou, se for o caso, de uma afirmação) tem o condão de desmontar um discurso com pretensões de verdade e que tão-somente esconde um conjunto de raciocínios subjetivistas e/ou ideológicos.<sup>176</sup>

Aplica-se, o critério, portanto, na prática.

O juízo de direito da primeira vara criminal do foro da comarca de Curitiba/PR, proferiu decisão em que condenava um réu por integrar uma organização criminosa e praticar furtos.

O que chama a atenção na decisão é um de seus fundamentos, que para condenar o réu, faz menção à sua “raça” veja:

Quanto aos antecedentes criminais (mov. 669.1), o réu é primário. Sobre sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente.<sup>177</sup>

Com o objetivo de analisar a aplicação do critério trazido, aplica-se o mesmo nesta decisão.

<sup>175</sup>Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (BRASIL, 2015).

<sup>176</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

<sup>177</sup>PARANA. Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. **Sentença Condenatória**. Processo nº 0017441-07.2018.8.16.0013. Juíza de Direito Nês Marchalek Zarpelon, 19 jun. 2020. Curitiba: Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, 2020. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/96FE7F6AF69865\\_sen-tenca\\_.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/96FE7F6AF69865_sen-tenca_.pdf). Acesso em 18 ago. 2020.

Como se pôde verificar, um dos fundamentos menciona à “raça” do réu, ao afirmar “Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça (...)”.

Ora, além do teor absurdo e preconceituoso da afirmação<sup>178</sup>, há alguma concretude na fundamentação?

Caso, aplicando o critério descrito, fosse incluído a negativa, em relação a esta afirmação, seria possível o discurso ainda se sustentar?

Caso assim fosse redigida a decisão: “Seguramente não é integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça (...)”. Serviria este fundamento para a absolvição do réu?

Ora, quaisquer sejam as características humanas, nenhuma delas é fundamento para absolvição ou condenação em decisões judiciais.

Da mesma forma que a afirmação utilizada para a condenação do réu, não serve a este propósito, também não se sustentaria caso fosse utilizada para a absolvição.

Em regra, caso este tipo de fundamento fosse aceito, bastaria o Estado-juiz escolher se gostaria de condenar ou absolver algum réu e aplicar a afirmação em questão. Seguramente, caso este absurdo fosse aceito, ainda serviria para fundamentar qualquer decisão (vide menção ao artigo 489, § 1º, III do Código de Processo Civil brasileiro<sup>179</sup>).

Não obstante tratar-se de fundamento que serviria, em um contexto absurdo, para fundamentar qualquer decisão, o mesmo é um enunciado impossível de se verificar, vez que características humanas em nada apresentam relação com condutas criminosas.

---

<sup>178</sup>O processo disciplinar que fora instaurado em face da juíza de Direito Inês Marchalek Zarpelon, da 1ª vara Criminal de Curitiba/PR, a qual proferiu sentença contendo os termos acima descritos, fora arquivado sob o seguinte fundamento: "Em nenhum momento a cor foi utilizada - e nem poderia - como fator para concluir, como base da fundamentação da sentença, que o acusado pertence a uma organização criminosa. A avaliação é sempre feita com base em provas." No entanto, a crítica presente nesta pesquisa se mantém e fica a critério do leitor formar seu posicionamento. TJ/PR arquivou processo contra juíza que citou raça ao condenar homem: Inês Marchalek Zarpelon sentenciou réu argumentando que ele era “seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça. Migalhas. [s.l.], 29 set. 2020. Migalhas Quentes. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/334042/tj-pr-arquiva-processo-contrajuiza-que-citou-raca-ao-condenar-homem>. Acesso em: 21 mar. 2021.

<sup>179</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Planalto, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

São estes tipos de decisões e fundamentações que se quer evitar, ao utilizar o critério acima trazido.

Ao aplicar o critério em uma decisão na qual uma juíza indeferiu pedido da Defensoria Pública para que o sistema prisional cessasse com a prática de raspar os cabelos dos detentos quando de seu ingresso no sistema prisional, se deparou com o seguinte fundamento e resultado:

Ao negar o pedido, a juíza fez uma ponderação entre “a suposta violação do direito a identidade e o direito individual e coletivo de manter as condições de higiene e saúde da população carcerária, não resta dúvida que deve ser prestigiado este”. Mas não explicou o porquê dessa “ponderação”. Por que, por exemplo, essa ordem de raspar a cabeça somente tem validade para a população masculina? Mulheres não precisam cortar cabelo. Sobre isso, disse a juíza: “Ora, é sabido que o corte de cabelo e barba previne determinadas pragas transmissoras de doenças, assim, como não se pode negar a realidade de que as mulheres são mais asseadas que os homens, além de representar efetivo carcerário infinitamente menor que o efetivo masculino, pelo que não se pode pretender comparar situações tão díspares para fundamentar a pretensão.”<sup>180</sup>

Critica, ainda, o autor:

Aqui, se colocarmos a partícula “não”, igualmente nada se altera, uma vez que a afirmação de que mulheres são mais higiênicas do que os homens está prenhe de metafísica ontoteológica (ver verbete METAFÍSICA MODERNA), isto é, é um “conceito sem coisa”, com a ausência da diferença ontológica (ver verbete correspondente). No caso da juíza do Rio de Janeiro, na especificidade, não há qualquer estudo ou comprovação minimamente acreditável que aponte o acerto do enunciado feito pela juíza. Portanto, assim como no caso do touro Osborne, também neste julgado, a decisão não é passível de “verificabilidade hermenêutica.”<sup>181</sup>

Como se pode observar, tanto na decisão aqui analisada, quanto na decisão analisada pelo jurista, além dos absurdos afirmados, há, em ambos julgados, a ausência de uma fundamentação que se sustente, uma resposta adequada à Constituição e o critério abordado mostrou-se efetivo para questionar tais decisões.

Ao concluir, Lenio Luiz Streck disserta que:

---

<sup>180</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

<sup>181</sup>Ibidem.

Mas é preciso levar em conta que, no aspecto retórico da fundamentação da decisão, os enunciados retóricos podem ter sido determinantes. E é por isso que, uma vez desnudados os argumentos que foram utilizados nos julgamentos sem base em qualquer tradição legítima, o constrangimento epistêmico provocado por esse desvelamento pode representar um papel preponderante para uma alteração na decisão em sede recursal.<sup>182</sup>

Portanto, conclui-se que não há ativismo judicial “bom” ou “ruim”, o que existe é ativismo judicial, vez que os resultados que este gera simultaneamente agrada e desagradam grupos da sociedade.

Ainda, ao se aceitar e tolerar o ativismo judicial quando este gera consequências do agrado, deve-se, necessariamente aceitá-lo quando este gera, também resultados que desagradam.

Ademais, é possível afirmar que a utilização de uma teoria da decisão fundada na teoria da Resposta adequada à constituição (resposta correta), pode não só evitar decisões ativistas, mas também identificar e desconstruir referidas decisões (escolhas).

---

<sup>182</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise da jurisdição e de suas características foi possível destacar e entender o direito de ação como mecanismo de acesso ao Poder Judiciário.

Com este subsídio teórico, viabilizou-se a discussão em que se buscava entender os conceitos de judicialização e do ativismo judicial, concluindo-se que os dois fenômenos, embora muito próximos, não se confundem

Entendeu-se, portanto, a judicialização como um fenômeno social, que independe da vontade de julgadores ou do próprio Poder Judiciário, e, ainda, constitui elemento comum e essencial em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil.

No entanto, altos índices de judicialização apontam para um cenário preocupante, que deve chamar a atenção da sociedade e do próprio Estado.

De forma contrária, compreendeu-se o ativismo judicial como um problema, um vício, interpretativo, que este sim, independe de fenômenos sociais e está diretamente ligado à vontade das pessoas investidas do poder jurisdicional.

Trata-se de amplo desrespeito às regras democráticas, vez que ao sujeitar o poder de decidir a um ativismo judicial, têm-se arbitrariedades, decisionismos e discricionariedades que nada contribuem para um direito íntegro, coerente e estável, pelo contrário, fragiliza toda a complexidade que o próprio direito apresenta, por essência.

Após apontar a diferença entre judicialização e ativismo judicial, entendendo este último como uma grave e possível ameaça aos direitos fundamentais, buscou-se amparo em possíveis limites para o poder de decidir, destacando a separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos e contrapesos e os limites literais dos textos legais.

Nesta etapa identificou-se que a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, novamente, apesar de apresentar conceitos muito próximos, não constituem a mesma coisa.

Não obstante os momentos históricos diferentes em que foram tratados com mais ou menos rigor, tem-se que é possível falar em separação de poderes, sem necessariamente falar em sistema de freios e contrapesos.

Neste sentido, após a análise realizada, entendeu-se que o núcleo da separação dos poderes é exatamente o que o título diz que é, isto é, separar os poderes uns dos outros, descentralizar o poder.

Esta descentralização pode ocorrer de diversas formas, pode-se separar em dois poderes, em três, quatro, subdividir poderes já divididos, isto é, pode-se tentar separar os poderes e seus objetivos de formas diversas, e a utilidade, conveniência e consequências práticas vão depender da teoria adotada.

Por outro lado, o sistema de freios e contrapesos é um instrumento Estatal, um instrumento, um critério, para que os Poderes já descentralizados possam se controlar e evitar abusos por parte de qualquer um destes Poderes. Esta é sua finalidade, evitar que um Poder detenha toda a força Estatal e termine por configurar verdadeiro autoritarismo, uma espécie de ditadura de um Poder específico.

Em relação aos limites impostos pela literalidade dos textos legais, concluiu-se que apenas e tão somente o respeito aos limites literais do texto é instrumento insuficiente para conter o ativismo judicial.

Dentre vários fatores, o que se destacou é a impossibilidade de uma norma comportar todas as possibilidades fáticas-sociais, que culmina em, eventualmente, uma lacuna legal.

De todo modo, apesar de insuficiente por si só, o respeito aos limites literais do texto tem importância na contenção do ativismo judicial, vez que os limites semânticos do texto podem ser utilizados como mecanismos a travar ou limitar a discricionariedade, característica do ativismo judicial, das pessoas investidas do poder jurisdicional.

Neste contexto, também se concluiu que não há liberdade aos julgadores em formar seu convencimento da maneira que bem entendem, liberdade não significa necessariamente ausência de limites.

A liberdade em que os julgadores detêm como prerrogativa é exatamente a proteção contra a intromissão dos outros Poderes da República (Legislativo e Executivo), quando do seu exercício da jurisdição.

Este é o ponto, a liberdade que detém o Poder Judiciário, é a liberdade nascente da separação dos Poderes, controlada pelo sistema de freios e contrapesos, não é ausência de limites e tampouco autorização para se decidir (escolher) o que bem entender.

Ainda, diferenciou-se o que se deve entender por decisão judicial e escolha, no sentido de que a decisão se dá no âmbito público, com responsabilidade política e consequências sociais, tanto para as partes no processo como para toda a sociedade, inclusive, também para o Estado, prescindindo, obrigatoriamente uma fundamentação consistente, coerente com os elementos históricos, doutrinários e o ordenamento jurídico como um todo.

Já a escolha ocorre no âmbito privado, não institui responsabilidade política e não há consequências para outras pessoas que não a do próprio indivíduo que escolhe e, ainda, dispensa fundamentações e justificativas.

Significa dizer que, no âmbito privado é lícito ao indivíduo escolher entre sucos ou refrigerantes, sem maiores problemas, contudo, no contexto da decisão judicial, deve o julgador fundamentar o motivo pelo qual um direito prevalece sobre o outro, as razões de não se aplicar uma lei, por exemplo.

Para responder à pergunta-problema, o objetivo específico da pesquisa, qual seja a (im)prescindibilidade do ativismo judicial para a concretização de direitos fundamentais, buscou-se analisar a incidência deste ativismo nos debates acerca dos próprios direitos fundamentais.

Neste momento, foi possível identificar que o ativismo judicial colaborou e inclusive auxiliou na concretização de direitos fundamentais, ocasião, por exemplo, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.971.

No entanto, o ativismo judicial não se prestou apenas e tão somente a auxiliar na concretização dos direitos fundamentais, pelo contrário, mostrou sua outra face, menos acolhedora, ao também se prestar a restringir referidos direitos fundamentais, como foi o caso do Habeas Corpus 126292.

Em sequência, a consequência desta análise foi entender se o ativismo judicial é ou ruim, vez que em alguns momentos auxilia na concretização de direitos fundamentais e em outros termina por restringir tais direitos.

Concluiu-se que não existe ativismo judicial bom ou ruim, o que existe é o ativismo judicial. Sua adjetivação depende do posicionamento de quem o faz.

Caso tenha concordado com o resultado, este terá sido bom, em caso de discordância, será este um ativismo ruim.

Em razão de tudo o que foi abordado e discutido nesta pesquisa é possível responder à pergunta-problema da seguinte forma:

O ativismo judicial não é imprescindível na concretização de direitos fundamentais. Pelo contrário, é totalmente dispensável.

O ideal é que o Poder Judiciário, respeitando seus próprios limites constitucionais de atuação, consiga concretizar estes direitos, nos casos práticos que venham a causar a sua provocação.

A concretização de direitos fundamentais é política do Estado como um todo, portanto de competência de Poder Executivo e Legislativo também, não é prerrogativa e competência exclusiva do Poder Judiciário.

Adotar a ideia de necessidade do ativismo judicial para a concretização de direitos fundamentais é tornar dispensável a existência de outros Poderes da República, centralizar o poder estatal nas mãos do Poder Judiciário e criar, ao fim e ao cabo, uma aristocracia de juízes, na contramão da própria democracia (e ideia de Estado Democrático de Direito).

Neste sentido, concluindo a pesquisa, o ativismo judicial não é essencial para concretizar ou efetivar direitos fundamentais, embora por vezes possa se mostrar útil, deve-se resistir ao canto das sereias e se posicionar contrário a este fenômeno que desconsidera anos de luta e pesquisas em prol de um Estado Democrático de Direito.

Além de desnecessário, o ideal é que não se tenha ativismo judicial em nível algum (grau zero) e que o Estado consiga concretizar, efetivar, os direitos fundamentais exercendo seu papel como um todo, cada Poder atuando, legitimamente, democraticamente, dentro de seus próprios limites, sem depender de um protagonismo de um ou outro Poder, para tanto. Afinal, é este um dos motivos pelos quais a existência do Estado se fundamenta.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **A separação de Poderes e as medidas provisórias em um Estado Democrático de Direito**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015. *E-book*. Disponível em: [https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/teoria\\_geral\\_do\\_processo\\_2015-2.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/teoria_geral_do_processo_2015-2.pdf). Acesso em: 03 jul. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em: 04 jul. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Tecnoprint Gráfica S.A., [19--?].

BEDAQUE, José Roberto Dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Planalto, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 14 ago. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm). Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Planalto, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em 15 ago. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF: Planalto, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 14 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República. 2010. Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Declaratória de Constitucionalidade ATC 43**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 09 jan. 2020. Brasília, STJ, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Declaratória de Constitucionalidade ATC 44**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 17 dez. 2019. Brasília, STJ, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Declaratória de Constitucionalidade ATC 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 17 dez. 2019. Brasília, STJ, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência no Recurso Especial: EREsp 279889 AL 2001/0154059-3**. TRIBUTÁRIO REPETIÇÃO DO INDÉBITO IMPORTO DE RENDA RETIDO NA FONTE PARCELAS INDENIZATÓRIAS PRAZO PRESCRICIONAL TERMO INICIAL CTN, ART. 150 PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO. – Consoante recente entendimento esposado pela 1ª Seção, o prazo prescricional quinquenal para haver a restituição do IR sobre verbas indenizatórias começa a fluir da extinção do crédito tributário, que no caso ocorre com a homologação da declaração de rendimentos apresentada pelo contribuinte ao final de cada exercício financeiro, que deverá ser efetuada pela autoridade fiscal no prazo de cinco anos, sob pena de ocorrer a homologação tácita. – Embargos de divergência rejeitados. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins, 27 ago. 2003. Brasília, STJ, 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7413706/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-279889-al-2001-0154059-3/inteiro-teor-13066628?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF**. Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, §9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de Inocência (art. 5º, LVVI, da Constituição Federal): Exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal [...]. Relator: Ministro Luiz Fux, 16 fev. 2012. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda Parcial de Objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União Homoafetiva e seu reconhecimento como Instituto Jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento Conjunto [...]. Relator: Ministro Ayres Britto, 05 mai. 2011. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.971**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 6.160/2018 do Distrito Federal. Reconhecimento como entidade familiar de união estável entre pessoas do mesmo sexo para implantação de políticas públicas de valorização da família no Distrito Federal. Interpretação conforme à Constituição. Parcial procedência da ação. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 13 set. 2019. Brasília: STF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15341261667&ext=.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília: STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/SP**. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (CF, ART. 5º, LVII). Sentença Penal Condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução Provisória. Possibilidade. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 fev. 2016. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 15.036 Rondônia**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 10 set. 2019. Brasília, STF, 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15341115332&ext=.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32.326/DF**. Mandado de Segurança. Condenação criminal definitiva de parlamentar. Reclusão em regime inicial fechado por tempo superior ao que resta de mandato. Hipótese de declaração de perda do mandato pela mesa (CF, ART. 55, §3º). Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília: STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32326.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo Código de Processo Civil Articulado**: remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo. Leme: J.H. Mizuno, 2016.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Os direitos sociais no Brasil: abordagem sobre sua violação e proposições para concretização. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, [s.l.], v.7, n. 01, 10. ed., p.1-6, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 6.160, de 25 de junho de 2018. Dispõe sobre as diretrizes para elaboração e execução de políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar no Distrito Federal. **Sistema Integrado de**

**Normas Jurídicas do DF:** Brasília, 27 jun. 2018. Disponível em: [http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/afea75838e864d798dc14b237c8dbabc/Lei\\_6160\\_25\\_06\\_2018.hhtm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.160%2C%20DE%2025%20DE%20JUNHO%20DE%202018&ttex=Institui%20as%20diretrizes%20para%20im-plantar%20a%20da%20Fam%C3%ADlia%20no%20Distrito%20Federal.&text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,entendaen%20familiar%20no%20Distrito%20Federal](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/afea75838e864d798dc14b237c8dbabc/Lei_6160_25_06_2018.hhtm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.160%2C%20DE%2025%20DE%20JUNHO%20DE%202018&ttex=Institui%20as%20diretrizes%20para%20im-plantar%20a%20da%20Fam%C3%ADlia%20no%20Distrito%20Federal.&text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20disp%C3%B5e%20sobre,entendaen%20familiar%20no%20Distrito%20Federal). Acesso em 14 ago. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENTREVISTA À RÁDIO JOVEM PAN (SP) – MINISTRO MARCO AURÉLIO. Locução de: Fernando Zamith e Anchieta Filho. São Paulo: Jovem Pan, 17 dez. 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100143&sigServico=noticiaEntrevista&caixaBusca=N>. Acesso em: 09 ago 2020.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; WEIDLICH, Amanda de Moraes. Judicialização e Ativismo: as distorções decorrentes da excessiva concretização judicial da assistência terapêutica. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 24, n. 1, p. 121-150, jan-jun. 2015.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5081776/mod\\_resource/content/1/Barbi%20-%20p.%2011-110.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5081776/mod_resource/content/1/Barbi%20-%20p.%2011-110.pdf). Acesso em: 03 jul. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/course/view.php?id=67350>. Acesso em: 03 jul. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2006.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.270, p. 171-205, set./dez. 2015.

LEHFELD, Lucas de Souza; LÉPORE, Paulo Eduardo; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Monografia Jurídica**: guia prático para a elaboração do trabalho científico e orientação metodológica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

LENHARD, Vanessa Aparecida. **Judicialização da Política e Divisão de Poderes no Estado Democrático de Direito**: A Jurisdição Constitucional como Quarto Poder. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Uma proposta de caracterização e de taxionomia dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Zaiden Geraige. Apenas coerência: Ninguém discorda que os três Poderes) ou três funções do Poder) estejam vinculados e subordinados à Constituição Federal. **Migalhas**. [s.l.], 13 mai. 2020. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/326734/apenas-coerencia>. Acesso em: 04 fev. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno da Costa de; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: X SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 201, Curitiba. **Anais** [...]. Curitiba: AB-DCONST, 2013. p. 266-306.

PARANA. Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. **Sentença Condenatória**. Processo nº 0017441-07.2018.8.16.0013. Juíza de Direito Nês Marchalek Zarpelon, 19 jun. 2020. Curitiba: Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, 2020. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/96FE7F6AF69865\\_sentenca\\_.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/96FE7F6AF69865_sentenca_.pdf). Acesso em 18 ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. **Decreto-lei nº 220, de 18 de julho de 1975**. Institui o regime jurídico dos funcionários públicos civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Governo do Estado do Rio de Janeiro, 1975. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>. Acesso em: 14 ago. 2020.

SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVA, Juvêncio Borges. A hermenêutica jurisdicional no Brasil: voluntarismo dos tribunais versus integridade do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica** [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v.17, n.26, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37478>. Acesso em: 10 mar. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 15, n. 1, p.158-173, jan./abr. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, [s.l.], v. 19, n. 01, p. 01-19, jan./abr. 2014.

STRECK, Lenio 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.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O “Cartesianismo Processual” em Terrae Brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 8, n. 1, p. 05-22, jan-abr. 2013. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4480/2473>. Acesso em 12 ago. 2020.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 52-61, 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

TJ/PR arquiva processo contra juíza que citou raça ao condenar homem: Inês Marchalek Zarpelon sentenciou réu argumentando que ele era “seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça. **Migalhas**. [s.l.], 29 set. 2020. Migalhas Quentes. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/334042/tj-pr-arquiva-processo-contra-juiza-que-citou-raca-ao-condenar-homem>. Acesso em: 21 mar. 2021.

TOMAZ, Rafael; STRECK, Lenio Luiz. **O poder da vontade: os (des)caminhos tortuosos do realismo à brasileira – o descaminho do crime epistêmico**. [s.l.], 27 jul. 2020. Instagram. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/CDJfyPUHLxv/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

TOMÉ, Bruno Ricardo Rizzo. ADC 17 E ADPF 292 – As duas faces do Supremo Tribunal Federal: entre o ativismo e a autocontenção na judicialização do direito à educação. *In*: VI CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 6., 2018, Ribeirão Preto. **Anais** [...]. Ribeirão Preto: UNAERP, 2018. p. 1017-1041.

TUCCI, Rogério Lauria. **Jurisdição, ação e processo civil** (subsídios para a teoria geral do processo civil). Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/course/view.php?id=67350>. Acesso em: 03 jul. 2020.

X CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL - Um ano de vigência do Novo CPC: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: 24 abr. 2017. 1 vídeo (41 min). Publicado por OAB/MG. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=k7qd2YxEhmY>. Acesso em: 18 ago. 2020.