



ONETÍCIO BATISTA DOS SANTOS NETO

**ATIVISMO JUDICIAL E TEORIA DO GARANTISMO: uma análise crítica**

MANAUS-AM, 2023

ONETÍCIO BATISTA DOS SANTOS NETO

**ATIVISMO JUDICIAL E TEORIA DO GARANTISMO: uma análise crítica**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade La Salle – UNILASALLE, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Efetividade do Direito na Sociedade.

Orientação: Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro

MANAUS-AM, 2023

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S237a Santos Neto, Onetício Batista dos.  
Ativismo judicial e teoria do garantismo [manuscrito] : uma análise crítica / Onetício Batista dos Santos Neto – 2023.  
122 f.; 30 cm.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2023.

“Orientação: Prof. Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro”.

1. Ativismo. 2. Ativismo judicial. 3. Garantismo constitucional. I. Ribeiro, Diógenes Vicente Hassan. II. Título.

CDU: 34

Bibliotecário responsável: Melissa Rodrigues Martins - CRB 10/1380

ONETÍCIO BATISTA DOS SANTOS NETO

**ATIVISMO JUDICIAL E TEORIA DO GARANTISMO: uma análise crítica**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade La Salle – Salle – Minter/Manaus.

Aprovado pela banca examinadora em 29 de março de 2023.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr.<sup>a</sup> Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori  
Unilasalle

---

Prof. Dr. Adalberto Narciso Hommerding  
Unilasalle

---

Prof. Dr. Sergio Cademartori  
Unilasalle

Dedico esta dissertação de mestrado, especialmente quanto ao meu crescimento intelectual e profissional, ao meu professor orientador, Dr. Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, que me instigou a ser a melhor versão de mim do início ao fim desse processo.

“Uma constituição não é um ato de governo,  
mas de um povo constituindo um governo.  
Governo sem constituição é poder sem direito”  
(Thomas Paine).

## AGRADECIMENTOS

Por mais autossuficiente que o ser humano possa parecer ser, ele, de fato, jamais o será. Nesse sentido, venho reconhecer a minha insuficiência em face das mazelas da vida, pois, sozinho, nem sempre, encontramos as melhores soluções aos percalços que a existência nos apresenta.

Dessa forma, quero agradecer a todos aqueles que, de forma direta ou indireta, contribuíram para a minha trajetória, sejam aqueles que me ajudaram a sair de um estado para outro, e ainda mais, àqueles que me disseram para não levantar imediatamente após a queda, pois entender o que nos fez cair é ainda mais importante do que saber se levantar.

Assim, digo obrigado à minha mãe que sempre insistiu, enquanto estive sob sua guarda, para eu estudasse. A sua costumaz frase “mente vazia é oficina do diabo” me impulsionava sempre a seguir adiante. Se nunca deixei de estudar e trabalhar, devo isso a essa pessoa maravilhosa que irradia sobre mim sua luz orientadora desde que cheguei a este mundo.

Agradeço ao meu irmão, pelo simples fato de ele existir na minha vida, pois, a sua mera presença e a responsabilidade que tinha sobre ele fizeram com que eu sempre buscasse evoluir, visando proporcionar o melhor tanto para mim quanto para ele.

Não poderia esquecer da minha avó, que há anos exerce comigo o papel de mãe. Ela é a pessoa que me auxilia na base, na simplicidade, nos pequenos detalhes no dia a dia, e se o meu dia se torna um tanto mais leve é por causa dela.

Por fim, agradeço a minha companheira e noiva que, talvez, nem saiba explicitamente que, muitas vezes, meu dia se torna melhor porque ela simplesmente se faz presente e, sem muito esforço, arranca um sorriso do meu rosto, e quando me olha com admiração é nesse momento que sinto que estou no caminho certo.

## RESUMO

A presente dissertação, apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade La Salle, examina a relação entre o ativismo judicial e o modelo de constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, dentro da linha de pesquisa Efetividade do Direito na Sociedade. Diferentemente de outros estudos, este não trata propriamente de uma repulsa ao ativismo judicial, nem tão pouco se propõe a analisar, de forma concreta, suas consequências positivas ou negativas na sociedade. Pelo contrário, reconhece que o ativismo judicial é necessário, especialmente, em face das anomias legislativas, afinal, o judiciário é obrigado a julgar, pouco importando se existe solução legal ou não, pois lhe é vedado o *non liquet*. Portanto, como, naturalmente, a legislação não consegue acompanhar o progresso da sociedade na mesma velocidade torna-se comum a existência de situações que não foram expressamente previstas em lei, o que, também, não se constitui em problema da pesquisa, posto que os indivíduos possuem, a título de direito fundamental, liberdades. Busca-se, pois, a identificação dos parâmetros que deverão conduzir o judiciário no julgamento, quando estiver diante de um caso que não encontre amparo na legislação, porque um poder sem limites é um superpoder. Nesse sentido, objetiva revelar, com base no modelo garantista, quais limites o judiciário deve observar para que o ativismo judicial não configure violação à separação dos poderes e, conseqüentemente, à própria estrutura de um Estado democrático que adota a forma republicana de governo. Para tanto, parte-se de conceitos fundamentais, perpassando-se então pelo contexto em que o judiciário atua, procedendo-se, ao final, à análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, consideradas ativistas e contrárias à teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli conforme analisado no decorrer deste trabalho.

Palavras-chave: Ativismo. Garantismo Constitucional. Ativismo Judicial.



## **ABSTRACT**

This dissertation presented to the *Stricto Sensu* Graduate Program in Law at La Salle University, examines the relationship between judicial activism and Luigi Ferrajoli's model of guarantee constitutionalism within the research line of Law Effectiveness in Society. Unlike other studies, it does not specifically address a rejection of judicial activism, nor does it aim to analyze its positive or negative consequences in society in a concrete manner. On the contrary, it recognizes that judicial activism is necessary, especially in the face of legislative anomalies, as the judiciary is obliged to judge, regardless of whether a legal solution exists or not, since *non liquet* is prohibited. Therefore, naturally, as legislation cannot keep pace with the progress of society at the same speed, it is common for situations to arise that were not expressly provided for in the law. However, this does not pose a problem for the research, as individuals possess fundamental rights and freedoms. The objective is to identify the parameters that should guide the judiciary in cases where there is no legal support, as unlimited power is a superpower. In this sense, the aim is to reveal, based on the guarantee model, the limits that the judiciary must observe to ensure that judicial activism does not violate the separation of powers and, consequently, the structure of a democratic state that adopts a republican form of government. To do so, it starts with fundamental concepts, proceeds through the context in which the judiciary operates, and finally analyzes some decisions of the Federal Supreme Court that are considered activist and contrary to Luigi Ferrajoli's theory of guarantee, as discussed throughout this work.

**Key words:** Activism. Constitutional Guarantee. Judicial Activism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1. ESCLARECIMENTO CONCEITUAL PRÉVIO E APRESENTAÇÃO DO OBJETO DE PESQUISA</b> .....	15
<b>1.1 Significado de Ativismo</b> .....	15
<b>1.2 Significado de Ativismo Judicial</b> .....	20
<b>1.3. Significado de Garantismo</b> .....	25
<b>2. ATIVISMO COMPARADO À TEORIA DO GARANTISMO</b> .....	41
<b>2.1. Ativismo judicial e políticas públicas</b> .....	41
<b>2.2 Garantismo e o Princípio da Legalidade</b> .....	46
<b>2.3. Dimensões do Modelo Garantista</b> .....	48
<b>2.4. Postulado ou Princípios do Modelo Garantista</b> .....	50
<b>2.5. Constitucionalismo Como um Modelo de Garantias</b> .....	51
<b>2.6. A Rigidez Constitucional e o Garantismo</b> .....	59
<b>2.7. Antinomias e o Garantismo</b> .....	61
2.7.1. <i>Antinomia de primeiro grau</i> .....	64
2.7.2. <i>Antinomia de Segundo Grau</i> .....	66
<b>2.8. Conflito entre Normas Constitucionais e o Garantismo</b> .....	67
2.8.1 <i>Dos princípios, das regras e das antinomias constitucionais e o garantismo</i> .....	71
<b>2.9. A Diferença do Constitucionalismo Garantista</b> .....	76
2.9.1. <i>O garantismo e a separação dos poderes</i> .....	77
<b>3. DA ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS</b> .....	84
<b>3.1 A Judicialização como uma Consequência do Ativismo Judicial</b> .....	84
<b>3.2. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão N° 26</b> .....	87
3.2.1 <i>Do ativismo judicial na ADO n°. 26</i> .....	91
<b>3.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental – adpf n° 54</b> .....	93
3.3.1. <i>Do ativismo judicial na ADPF n° 54</i> .....	95
<b>3.4 O controle jurídico sobre os pressupostos constitucionais das medidas provisórias.</b> 99	
3.4.1 <i>Do ativismo judicial quanto ao reconhecimento de controle jurisdicional dos pressupostos para edição de Medida Provisória</i> .....	104
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	106
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	112

## INTRODUÇÃO

Mais de 70 anos se passaram desde que Arthur Schlesinger introduziu pela primeira vez o termo ativismo judicial, em 1947, para se referir pejorativamente a juízes cuja sentença foi além da autocontenção esperada de um juiz em suas decisões. Isso pode ter contribuído para a tendência da prática jurídica atual de associar o ativismo judicial a juízes que extrapolam suas atribuições ou usurpam funções de outros órgãos. Apesar de sua relevância ser quase universalmente reconhecida, até o momento, não há explicação sobre o conceito de ativismo judicial, o que se deve ao fato de seu conceito ser multifacetado e estar envolto à análises críticas judiciais complexas que variam conforme o sistema jurídico e político a partir do qual os autores escrevem.

Quando o poder judiciário interpreta e aplica a Constituição, a fim de proteger direitos fundamentais, baseando-se a atuação dos juízes em percepções de violação de princípios constitucionais por parte dos demais poderes, tal conduta pode ser vista como ativista e, por conseguinte, dissonante do constitucionalismo característico do Estado Democrático de Direito, afastando-se o judiciário de sua função típica de aplicar o direito existente e aproximando-se da tarefa de criar o direito (BARROSO, 2015).

Este trabalho aborda o ativismo judicial, revisitando o modelo de constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli. Frisa-se que não se trata de uma análise sobre a consequência da atuação do judiciário em concreto à sociedade, ou seja, se algo resulta em um efeito positivo ou negativo, versando, pois, sobre o direito posto e se a maneira como o judiciário vem decidindo tem comprometido ou não a existência do Estado Democrático de Direito. Afinal, a decisão oriunda da interpretação dos juízes torna a norma, não o direito positivado, sendo o direito interpretado por aqueles que, a priori, seriam responsáveis em aplicar a lei.

No cerne da pesquisa e, também, objeto de análise, por meio de decisões judiciais, está o ativismo judicial efetivado em face da anomia legislativa. A seleção das decisões foi direcionada, principalmente, para os casos em que elas interferem diretamente na estrutura administrativa ou financeira de outra função estatal.

É certo que o ativismo judicial cresce em face da anomia legislativa, afinal, não há possibilidade de, antecipadamente, o ordenamento jurídico prevê todas as formas de interação social, criando, desse modo, lacunas jurídicas. Nesse sentido, não pode a lei antever todos os modos de ser, pois, a partir do momento que a lei conseguir prevê todas as formas de interação social, não haverá mais liberdades e isso tornaria os seres humanos frutos de um autômato legislativo, ou seja, os indivíduos seriam frutos da legislação.

Portanto, reconhece-se, com nitidez, a possibilidade e até, talvez, a necessidade do exercício do direito fundamental às liberdades individuais, bem como a inevitável existência de anomias legislativas em face de novas formas de interação social, podendo as lacunas normativas serem causadoras de lesão a bem jurídico.

Ao judiciário compete a função primordial de julgar as causas que lhe sejam submetidas, promovendo a resolução de conflitos, garantindo a seus membros prerrogativas e estabelecendo vedações com o fito de assegurar a independência de sua atuação.

Ocorre que novas demandas conflituosas da sociedade que não estão expressamente previstas em lei são levadas até o Poder Judiciário, e este é o órgão responsável em dizer o direito e, conseqüentemente, solucionar o litígio. Dessa forma, o judiciário, mesmo sem que haja previsão legal, é obrigado, constitucionalmente, a julgar, pois lhe é vedado o *non liquet*. Logo, o juiz deve julgar o caso concreto existindo ou não previsão legal que embase a solução. É, portanto, na anomia legislativa e na obrigatoriedade em julgar que ganha força o ativismo judicial.

Existem princípios instrumentais de interpretação da Constituição como, por exemplo, a supremacia constitucional, a unidade da constituição, a interpretação conforme harmonização ou concordância prática, a máxima efetividade, a razoabilidade ou a proporcionalidade. O grande problema que se constitui em objeto de apuração nesta pesquisa diz respeito a quais parâmetros impostos pelo texto constitucional conduzem o Poder Judiciário à tomada de decisão em face da anomia legislativa.

A partir de decisões tomadas, levando em conta apenas princípios interpretativos, visando à solução do litígio, abre-se uma possibilidade de mudança na interpretação das normas, sejam elas de natureza constitucional ou infraconstitucional. Com isso, é evidente que existe a possibilidade de, além de uma reforma formal do texto constitucional, por exemplo, por meio de emenda à constituição, haver uma reforma informal da constituição, ao se buscar atender às novas situações sociais, que, a priori, não foram previstas pelo ordenamento jurídico.

A Constituição está em constante modificação. Entretanto, são essas modificações informais, pois feitas através do Poder Judiciário e não pelo Congresso Nacional, que, conforme visto no decorrer deste trabalho, dão margem ao chamado ativismo judicial.

Esse tipo de reforma operada pelo Poder Judiciário é, de certo, mais célere. Contudo, a depender da forma com que seja empregada, torna-se perigosa à separação dos poderes e ao Estado Democrático de Direito, sendo extremamente importante que sejam fixados limites para contê-la. O que se quer dizer é que, assim como existem limites à reforma formal do texto constitucional, que é operada pelo Congresso Nacional por meio das emendas constitucionais,

também devem existir limites à atuação do Poder Judiciário, em especial, quando se trata de reformar a constituição.

A existência de limites à atuação dos Poderes da União é uma consequência do próprio Estado Democrático de Direito, já que estas funções estatais foram criadas por um poder originário, o que, portanto, as tornam derivadas do texto constitucional e não um poder de fato, sendo, pois, funções naturalmente limitadas.

Contudo, mesmo que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tenha tratado como poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário e determinado que tais poderes sejam independentes e harmônicos entre si, não é possível se falar em uma absoluta independência, sendo inegável a existência de interferências entre eles. Porém, essas interferências, que foram dispostas no próprio texto constitucional, ocorrem com o intuito de evitar a criação de um superpoder.

Ressalta-se que a previsão de um Poder da União em conter ou limitar a atuação de outro poder não significa dizer que uma determinada função estatal pode exercer, como se suas fossem, competências que foram atribuídas a outra função estatal. É nesse ponto que se destaca o ativismo judicial como uma violação ao modelo de constitucionalismo garantista.

Importa destacar que este estudo não trata de um rechaço à reforma informal do ordenamento jurídico, por meio do ativismo judicial. O progresso implica uma sociedade em constante movimento, resultando em novas formas de interação social e, conseqüentemente, no surgimento de novos direitos e deveres. Nesse contexto, o ordenamento jurídico não pode ser considerado imutável, pois se fosse, as leis perderiam sua força normativa em pouco tempo, levando ao seu desuso. Portanto, é crucial manter as leis atualizadas para garantir a continuidade do ordenamento jurídico.

A mudança formal do sistema normativo, realizada por meio de emendas constitucionais, é um processo demorado, menos prático e, conseqüentemente, menos eficaz em comparação à mudança informal. Assim, surge a chamada Mutação Constitucional, que ocorre quando o Poder Judiciário conduz a reforma.

O progresso social implica uma sociedade em constante movimento, o que resulta em novas formas de interação social e, conseqüentemente, no surgimento de novos direitos e deveres. Nesse contexto, o sistema jurídico não pode ser considerado imutável, pois as leis precisam acompanhar as mudanças e se manterem relevantes. Se as leis não se adaptarem, perderiam sua força normativa e deixariam de ser aplicadas. Porém, a forma tradicional de mudança no sistema normativo, por meio de emendas constitucionais, é descrita como um processo demorado, menos prático e menos eficaz em comparação com a mudança informal

promovida pelo Poder Judiciário, conhecida como Mutação Constitucional. Essa muta o ocorre quando o Judiciário interpreta a Constitui o de maneira a adapt -la às necessidades e   realidade contemporânea, mesmo sem emendas formais.

Apesar da necessidade percebida de uma reforma mais rápida da Constitui o, essa abordagem não está isenta de debates e questionamentos. Alguns questionamentos levantados são os limites do exercício dessa reforma informal, se ela viola princípios democráticos ou os interesses da sociedade como um todo. Essas são questões importantes que merecem ser discutidas e consideradas ao se avaliar a validade e os impactos do ativismo judicial na reforma do ordenamento jurídico.

Dessa forma, em razão da crescente evolu o da sociedade, que não espera pelo ordenamento jurídico, o papel dos juízes e tribunais começou a ser questionado por conta das mudanças geradas em suas fun es e pela maneira como interpretavam e emitiam as suas decisões, posto que, conforme analisado nesta pesquisa, no modelo clássico do constitucionalismo, os juízes interpretavam o texto da legisla o de forma estrita, levando em considera o apenas o que está expressamente escrito, diferentemente do modelo atual em que os juízes constitucionais adquiriram um papel mais amplo, de maior protagonismo no mundo jurídico, baseando suas decisões em interpreta es constitucionais que materializam essa reforma informal do texto constitucional.

Em vista disso, os juízes, como autores principais no desenvolvimento das reformas informais, têm a ampla tarefa de emitir decisões que vão impactar no campo social de forma negativa ou positiva.   com essa situa o que surge a interroga o sobre quais são os limites que o Poder Judiciário deve observar quando profere uma decisão ao atuar de forma at pica.

A presente pesquisa foi desenvolvida em três capítulos, seguidos das considera es finais, sendo explorados temas relevantes ao objeto de estudo, no intuito de propiciar uma análise consistente e detalhada, avançando-se, progressivamente, a partir dos principais conceitos e teorias sobre ativismo judicial, perpassando-se, em especial, pela teoria sobre o constitucionalismo garantista, e, ao final, analisando-se, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, considerando-as ativistas ou garantistas.

Trata-se, pois, de uma abordagem bibliográfica e jurisprudencial, já que foram explorados tanto conceitos e elementos teóricos quanto casos concretos de ativismo judicial, a partir de decisões selecionadas do Supremo Tribunal Federal, que, ao servirem como fonte de interpreta o e aplica o da lei, mostram-se relevantes para uma melhor compreensão e aprimoramento do direito. Quanto ao método empregado, optou-se pelo hipotético-dedutivo, tendo em vista que o estudo foi pautado, conforme já mencionado, em conceitos oriundos da

via doutrinária e em decisões proferidas pela Corte Máxima do poder judiciário brasileiro, a quem compete garantir a proteção dos direitos fundamentais e preservar a ordem democrática do país, buscando-se compreender os fundamentos jurídicos que nortearam a tomada de decisão, bem como afirmar se as mesmas podem ser consideradas garantistas ou não.

Enfatiza-se que, ao ser analisada a teoria garantista de Luigi Ferrajoli no terceiro capítulo, buscando entender se o constitucionalismo garantista é um modelo intermediário entre as concepções tradicionais do constitucionalismo ou se é uma nova via de modelo teórico do constitucionalismo, fez-se necessário elucidar os modelos já conhecidos do constitucionalismo.

Outro ponto que também se fez necessário à análise aqui empreendida foi sobre os postulados do modelo de constitucionalismo garantista, tendo em vista que o termo garantista conduz, a priori, à ideia de rigidez e estabilidade que, conseqüentemente, pode gerar um sentimento de imutabilidade. Entretanto, não é na imutabilidade da constituição que se acredita repousar o fundamento do modelo garantista, posto que, ao que parece, o fato de se ter uma constituição, a princípio, não trata de uma garantia, mas sim de uma característica intrínseca à existência da própria constituição.

Dito de outra forma, conforme analisado neste estudo, o garantismo constitucional deve ser uma característica inerente à existência da própria constituição, pois, do contrário, não se teria, propriamente, uma constituição se esta fosse flexível ou completamente plástica em seu conteúdo. Portanto, sem que a garantia fosse uma característica à existência da constituição, isso a tornaria uma mera lei ordinária, em razão de que as leis podem deixar de existir a critério dos poderes constituídos, o que, por óbvio, é diferente da própria constituição.

Assim sendo, a pesquisa se aprofundou no estudo sobre o modelo teórico do constitucionalismo garantista, analisando-se a distinção entre antinomia normativa e anomia, verificando-se os critérios postos à solução das antinomias aparentes seja de primeiro ou de segundo grau. Além disso, ainda no terceiro capítulo, foi analisada a necessidade de existência da separação dos poderes constituídos, pontuando-se que essa separação vai muito além da clássica separação entre poder legislativo, executivo e judiciário, na teoria garantista, havendo dois pares de separação: poderes públicos e poderes não públicos.

No quarto capítulo, analisaram-se algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, a decisão na ADPF n° 54, que julgou pela procedência da interrupção terapêutica de gestão de feto anencefálico, entendendo que essa conduta não se amolda ao disposto nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal, bem como a decisão na ADO n° 26, que tratou sobre o reconhecimento da homofobia e transfobia como uma espécie de racismo, conseqüentemente, como conduta criminosa.

Espera-se que os resultados desta pesquisa contribuam para o avanço do conhecimento na área do ativismo judicial, estimulando mais estudos sobre esse fenômeno tão controverso e atual na seara acadêmica e jurídica, já que, para alguns, é considerado meio de fortalecimento da democracia e da garantia à proteção dos direitos fundamentais, posto que conduz à interpretação e à aplicação da ordem jurídica posta, enquanto para outros, é visto como uma ameaça à democracia e à estabilidade institucional.



## 1. ESCLARECIMENTO CONCEITUAL PRÉVIO E APRESENTAÇÃO DO OBJETO DE PESQUISA

A importância da clareza dos conceitos não é uma preocupação tão somente da modernidade. Aristóteles<sup>1</sup> já alertava sobre o assunto ao dissertar sobre a anfibologia e ambiguidade no sofismo. Por isso, buscando-se evitar uma eventual confusão terminológica, dedica-se esse capítulo ao estudo do conceito sobre ativismo, garantismo e ativismo judicial.

### 1.1 Significado de Ativismo

O termo “ativismo” pode ter inúmeros significados, dependendo do seu campo de aplicação. Na imprensa, por exemplo, é usado como sinônimo de manifestação ou protesto. Já para as ciências políticas, é sinônimo de militância por uma causa e, na filosofia, é qualquer doutrina argumentativa que privilegie a prática de transformação da realidade em detrimento da atividade especulativa. Normalmente é usado para descrever a ação e o engajamento ativo em causas políticas, sociais e culturais, buscando mudanças e promovendo os interesses de um grupo específico.

Na Declaração dos Direitos Humanos, o seu artigo 19: "Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui o de não ser incomodado por causa de suas opiniões, o de investigar e receber informações e opiniões, e o de difundi-las, sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão."<sup>2</sup>, refere-se ao direito fundamental à liberdade de opinião e expressão, abrangendo o direito de investigar, receber e difundir informações e esforço em promover mudanças estruturais para combater injustiças, maus-tratos, violência e discriminação. Envolve responder a essas questões e tentar corrigi-las. Implica em estar disposto a ajudar e solidarizar-se com as lutas de outros povos, buscando garantir que todas as pessoas sejam tratadas com respeito, dignidade e igualdade. Seu objetivo é promover a transição para uma sociedade mais humana, igualitária e que respeite os direitos humanos.

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. **Dos argumentos sofisticos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. A. Pickard. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

<sup>2</sup> UNESCO. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**, 1948. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em: 20 set. 2022.

Artigo 19: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios independentemente de fronteiras.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa de 1988 dispõe no seu artigo 5º, inciso IV, sobre o direito fundamental à manifestação do pensamento.<sup>3</sup> Esse direito atrela-se, na maioria dos casos, a um outro direito fundamental que é a liberdade de reunião, disposto no artigo 5º, inciso XVI:

todos podem se reunir, pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.<sup>4</sup>

Além desses dispositivos mencionados acima, há também o artigo 220<sup>5</sup> da mesma ordem constitucional onde diz que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão nenhuma restrição, observado o disposto na Constituição.”

O certo é que, dentre os vários campos de incidência da palavra ativismo, nenhum foge da sua essência: militância ou ação continuada com o objetivo de proporcionar uma mudança social ou política. Nesse diapasão, pode-se afirmar que o ativismo esteve presente, ao longo da história, em todo tipo de sistema político. Subjugação, desigualdade, revolução e protesto marcaram a trajetória da humanidade por milhares de anos. E por milhares de anos, os seres humanos lutaram contra o despotismo e a submissão, tanto violenta quanto pacificamente.

Desempenhou um papel importante no fim da escravidão, desafiando ditaduras, protegendo os trabalhadores da exploração, protegendo o meio ambiente, promovendo a igualdade para as mulheres, combatendo o racismo e muitas outras questões importantes. O ativismo também pode ser usado para objetivos como atacar minorias ou promover a guerra.

Historicamente, aliás, o termo “ativismo” está ligado ao movimento Flamingant de 1916, um movimento político-cultural na região da Flandres, na Bélgica, que buscava promover a língua e a identidade flamenga e que ganhou força no final do século XIX e início do século XX. Nesta época, havia uma clara divisão linguística e cultural na Bélgica, com a elite belga predominantemente francófona e as aspirações dos falantes de flamengo sendo negligenciadas. Os ativistas flamengos lutaram por seus direitos políticos, culturais e linguísticos, buscando o

---

<sup>3</sup> Artigo 5º, inciso IV da CRFB/88 - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccv1\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccv1_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022.

<sup>4</sup>Ib. idem.

<sup>5</sup>Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão nenhuma restrição, observado o disposto nesta Constituição (op.cit).

reconhecimento e o uso igualitário do flamengo, assim como o acesso a oportunidades educacionais e econômicas.

A situação era especialmente difícil para os flamengos, já que o francês era a língua oficial do país e era amplamente utilizado nos negócios, na política e na administração. A ausência de educação e oportunidades na língua materna dos flamengos perpetuou uma desigualdade socioeconômica e cultural. O ativismo flamengo desempenhou um papel importante na luta por uma maior igualdade e autonomia para a região da Flandres, incluindo o reconhecimento oficial do flamengo e a criação de instituições educacionais que atendessem às necessidades dos falantes de flamengo.<sup>6</sup>

Os ativistas são tipicamente desafiadores de políticas e práticas, buscando também alcançar um objetivo social, não visando, pois, obter poder para si próprios. É uma ação em prol de uma causa, atitudes além do convencional ou rotineiro. Muito ativismo opera nos bastidores. Um ativista pode inspirar mudanças de atitudes ao defender sua causa, que pode ser das mais variadas. Há exemplos que são mundialmente conhecidos como o do advogado indiano Afroz Shah, que, ao se incomodar com a sujeira em sua praia favorita Versova, que fica em Mumbai, decidiu recolher o lixo todos os fins de semana.

Obviamente, Afroz Shah percebeu que a missão era titânica e não poderia ser realizada sozinho. Mais tarde, passa a contar com a ajuda de Harbansh Mathur, de 84 anos, o que ainda era insuficiente. Então, eles mudaram de estratégia. Em vez de ir, diariamente, à praia para retirar o plástico, decidiram ir à cidade todos os dias para sensibilizar os seus habitantes e pedir-lhes ajuda.

De porta em porta, de pessoa a pessoa, eles convenceram muitos moradores dos bairros mais próximos da área afetada e pescadores a se unirem à sua causa. Assim, aos poucos, eles criaram um exército de faxineiros que compareciam fielmente ao compromisso diário de restaurar a aparência daquele ambiente natural. Juntos, eles conseguiram retirar mais de 4.000 toneladas de lixo em 2,5 quilômetros de praia, uma área que hoje parece um espaço natural onde jamais teria passado a mão do homem. Em reconhecimento aos esforços do ambientalista indiano, as Nações Unidas nomearam-no como Campeão da Terra, em 2016, sendo considerada uma das maiores iniciativas civis do mundo.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> PERELLA, Jessica. **Ativismo Social e o impacto na sociedade.** Disponível em <https://www.ajudaria.com.br/ativismo-social-e-o-impacto-na-sociedade/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

<sup>7</sup> GERALDES, Helena. **Advogado que montou a maior limpeza de praia do mundo ganha prêmio da ONU.** Disponível em: <https://www.wilder.pt/historias/advogado-que-montou-a-maior-limpeza-de-praia-do-mundo-ganha-premio-da-onu/>. Acesso: 20 fev. 2023

Outro grande exemplo de ativista é Greta Thunberg, uma menina de 17 anos que se tornou conhecida na mídia global como um ícone da defesa da saúde do planeta Terra. Em 2018, aos 15 anos, iniciou uma campanha intitulada “*Fridays for Future*” (Sextas-feiras pelo Futuro), em frente ao parlamento sueco, em Estocolmo, exigindo do governo a redução das emissões de carbono com base nas disposições do Acordo de Paris. A razão pela qual ela decidiu parar de assistir às aulas todas às sextas-feiras foi devido à enorme e grave onda de calor que a Suécia sofreu em agosto daquele ano e ao fato de os políticos não fazerem nada sobre isso. Esta onda criou incêndios florestais colossais que conseguiram destruir mais de 20.000 hectares de floresta.<sup>8</sup>

A Suécia nunca havia sofrido um desastre tão chocante, o que serviu de inspiração e motivação para Greta Thunberg fazer algo a respeito. A persistência de sua manifestação começou a chamar a atenção da mídia e de ambientalistas de outras partes do mundo. Ao participar da Conferência do Clima da ONU, em Katowice, em dezembro de 2018, ela comparou os líderes a crianças que não assumem suas responsabilidades. Em fevereiro de 2019, o Comitê Econômico e Social Europeu, sediado em Bruxelas, juntou-se a sua luta.

Em maio de 2019, ela saiu na capa da revista “Time”, com a legenda “Líder da geração futura”. Poucos meses depois, ela voltou a ser capa da revista, sendo considerada a “pessoa do ano” de 2019. No mesmo ano, realizou grandes discursos contundentes e inspiradores às novas gerações sobre as questões ambientais.<sup>9</sup>

Engajar-se em ação ou envolvimento como meio de alcançar objetivos políticos, sociais ou econômicos é um comportamento importante ao longo da história. Nomes fundamentais para a criação e manutenção dos direitos humanos podem ser citados, tais como: Mahatma Gandhi, Malcom X, Nelson Mandela, Martin Luther King, Malala Yousafzai, Sojourner Truth, cujas contribuições para a melhoria da vida humana são evidentes, mas, sobre as quais não é possível discorrer neste estudo por não se constituírem em foco da pesquisa.

O ativismo no Brasil tem raízes profundas na história do país, desde o período colonial até os dias de hoje. O movimento abolicionista foi uma das primeiras lutas sociais, tendo se intensificado na segunda metade do século XIX. Os ativistas abolicionistas lutaram pela abolição da escravidão no Brasil, oficialmente abolida em 1888. A partir do final do século

---

<sup>8</sup> EXAME. **GRETA e premiê da Austrália trocam críticas na web por incêndios no país**. Disponível em: <https://exame.com/mundo/greta-e-premie-da-australiatrocam-criticas-na-web-por-incendios-no-pais/>. Acesso em: 23 dez. 2022.

<sup>9</sup> PORTAL G1. **Greta Thunberg é escolhida ‘pessoa do ano’ pela revista 'Time'**, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/11/revista-time-escolhe-greta-thunberg-comopessoa-do-ano.ghtml>. Acesso em: 12 dez. 2022.

XIX, o Brasil assistiu à emergência do movimento operário, com a formação de sindicatos e greves por melhores condições de trabalho e salários. Esses movimentos foram importantes para o fortalecimento do ativismo no país. Nos anos 1960 e 1970, o feminismo se fortaleceu no país, com a luta pela legalização do aborto e pela igualdade de direitos entre homens e mulheres. O movimento feminista no Brasil teve origem no início do século XX, com mulheres lutando pelo direito ao voto e por mais igualdade de gênero.<sup>10</sup>

Entretanto, só ganharam esse nome com o nascimento do movimento ecológico e ambientalista, entre as décadas de 70 e 80. Emergiu na década de 1970, com a luta pela preservação da Amazônia e pela proteção do meio ambiente em geral. Em 1988, a Constituição Brasileira reconheceu o direito ao meio ambiente saudável como um direito fundamental.<sup>11</sup>

Vale ressaltar que o Brasil figura como um dos campeões mundiais em assassinatos de líderes ativistas que lidam com questões ambientais, a exemplo de Paulo Paulino Guajajara, morto a tiros em novembro de 2019, no Maranhão. Um jovem, com 26 anos, mas já era um importante líder entre os indígenas dessa etnia, habitantes da Terra Indígena Arariboia, no estado do Maranhão. Ele ficou conhecido nacional e internacionalmente por sua luta em defesa dos direitos dos povos indígenas e da preservação da floresta amazônica. Paulo Paulino era um dos Guardiões da Floresta, grupo formado por indígenas que se dedicam a proteger a terra e o meio ambiente da região em que vivem. Sua morte gerou comoção e protestos em todo o país e evidenciou a violência e a vulnerabilidade dos povos indígenas diante da ação de invasores em suas terras. Paulo Paulino se tornou um símbolo de resistência e luta pelos direitos dos povos indígenas e da preservação da Amazônia Guajajara.<sup>12</sup>

Segundo relatório da ONG Global Witness,<sup>13</sup> o país dos brasileiros é o terceiro mais letal do mundo, contabilizando “24 mortes em 2019, quatro a mais que no ano de 2018. Além disso, 90% dos casos ocorreram na Amazônia, onde a destruição de terras indígenas vem se acelerando”.

O termo ativista pode ser visto também como uma crítica, afinal, contestar o poder e revolucionar não é algo fácil. É um projeto coletivo que interfere nos mais variados aspectos da

<sup>10</sup> ABERS, Rebecca Neaera (Org). **Ativismo institucional: criatividade e luta na burocracia brasileira**. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/y9zwc/pdf/abers-9786558461593.pdf>. Acesso: em 20 jan. 2023.

<sup>11</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccv1\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccv1_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022.

<sup>12</sup> TATEMOTO, Rafael. **Líder Guajajara é morto em emboscada de madeireiros contra indígenas no Maranhão**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/11/02/lider-gujajara-e-morto-em-emboscada-de-madeireiros-no-maranhao>. Acesso em: 20 jan. 2023.

<sup>13</sup> BETIM, Felipe. **Brasil é o terceiro país mais letal do mundo para ativistas ambientais, só atrás de Filipinas e Colômbia**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-28/brasil-e-o-terceiro-pais-mais-letal-do-mundo-para-ativistas-ambientais-so-atras-de-filipinas-e-colombia.html>. Acesso em: 20 jan. 2023.

vida em sociedade, por isso, muitos ativistas são vistos como pessoas que gostam de longas reuniões, gritam slogans e, geralmente, vão para a prisão uma vez ou outra, e parecem saborear a “marginalidade”. No entanto, as ações dos ativistas devem ser direcionadas de forma adequada, pois, se levadas ao extremo, podem causar problemas de violência ou alcançar resultados que beneficiem apenas um grupo social em detrimento dos direitos de outros.

## 1.2 Significado de Ativismo Judicial

O ativismo judicial refere-se à prática em que os juízes não se restringem estritamente ao texto legal ao proferir suas decisões. Em vez disso, eles interpretam a lei de maneira mais ampla, levando em consideração princípios constitucionais, valores sociais e mudanças na sociedade ao longo do tempo. Isso implica uma postura mais proativa do magistrado na interpretação das normas jurídicas, inclusive da Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Essa abordagem contrasta com o positivismo jurídico, que sustenta que a decisão judicial deve se ater rigidamente ao texto da lei, sem considerar outros fatores.<sup>14</sup>

É importante ressaltar que o conceito de ativismo judicial é utilizado de maneira geral em diversas tradições jurídicas ao redor do mundo. E embora, a relevância dessa expressão seja quase universalmente reconhecida, até o momento, sua definição permanece ambígua. Em parte, porque os pesquisadores têm se preocupado em estudar as manifestações do ativismo e não o próprio conceito. Além disso, os estudos a esse respeito são normalmente limitados ao sistema jurídico e político a partir do qual os autores escrevem, de modo que suas conclusões sobre o ativismo também são limitadas aos seus contextos, o que os levou a rotular algumas manifestações de ativismo como universais apenas pelo fato de que, nos Estados Unidos, o são, embora em muitos países de tradição não civil não o sejam.<sup>15</sup>

O escritor norte-americano Arthur Schlesinger Jr. utilizou pela primeira vez o termo "ativismo judicial" em seu artigo intitulado "The Supreme Court: 1947", publicado na revista *Fortune* em janeiro de 1947. É interessante observar que o termo surgiu no contexto da discussão sobre a atuação da Corte Warren nos Estados Unidos, destacando-se por suas decisões progressistas e pela interpretação flexível das normas para promover os direitos fundamentais.

---

<sup>14</sup> NEGRELLY, Leonardo. **O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

<sup>15</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros**. São Paulo: Saraiva, 2010.

A partir desse momento, o ativismo judicial se tornou um tema central nas discussões político-jurídicas nos Estados Unidos.<sup>16</sup>

No artigo, além de introduzir o termo, Schlesinger destacou a importância de submeter a atuação da Suprema Corte a um julgamento crítico em relação a suas motivações, relações internas e externas e a todos os fatores que podem influenciar suas decisões. Ele argumentou que, quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital para o país e a sociedade, mais é necessário examinar essas questões.

A partir de então, o ativismo judicial tornou-se temática presente na discussão político-jurídica norte-americana, passando a contar com perspectivas mais científicas a exemplo dos estudos dos professores americanos Cross e Lindquist, que apontam que o ataque ao ativismo judicial nos Estados Unidos ganhou força na era do chamado “Tribunal de Warren”, por suas decisões progressistas e por uma interpretação mais flexível das normas legais, especialmente em relação à proteção dos direitos fundamentais.<sup>17</sup>

Salienta-se que o ativismo judicial tem sido utilizado, de forma geral, em diversas outras tradições jurídicas, constituindo-se, sem dúvida, em um fenômeno central na teoria e na prática jurídica.<sup>18</sup>

O ativismo judicial é definido, em seu contexto original, como uma filosofia de tomada de decisão judicial na qual os juízes permitem que suas próprias perspectivas pessoais sobre política, princípios e Direito Constitucional orientem seu trabalho; juízes que baseiam suas decisões em considerações morais ou políticas pessoais, e não em leis legislativas ou jurisprudenciais. Afastando-se um pouco dessa conceituação, o juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Anthony Kennedy argumentou que quem diz que um tribunal é ativista significa simplesmente que ele toma uma decisão da qual não gosta.

Embora seja louvável a concretização dos direitos fundamentais por meio do ativismo judicial, é importante destacar que o judiciário nem sempre adota uma postura progressista, podendo, em alguns casos, ser conservador. Portanto, a importância do ativismo judicial pode

---

<sup>16</sup> Durante dezesseis anos a Supremo Corte Americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969), sendo que essa composição ficou conhecida por sua postura ativista em relação à proteção dos direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, [s.l.], v. 09, p.258-301, 2008.

<sup>17</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>18</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.

ser vista na perspectiva política de defesa de direitos, seja em uma tendência conservadora ou progressista.<sup>19</sup>

É válido ressaltar que o ativismo judicial não é uma característica permanente do judiciário, mas sim uma abordagem ocasionalmente adotada. Segundo o professor Diógenes Hassan, o ativismo surge como resultado da falta de legislação adequada, ou seja, da ausência de leis que abordem determinadas questões de forma satisfatória.<sup>20</sup>

Não se pode olvidar o fenômeno a que se chama de “ativismo judicial”. Numa compreensão restrita, esse fenômeno deriva da anomia, mas também pode ter alargado o seu conceito, caracterizando, então, uma atuação defeituosa do Poder Judiciário, que se desprende das suas funções, passando de aplicador a criador de legislação. O ativismo que se percebe possível e necessário é o decorrente da ausência de lei.

Dessa forma, o ativismo judicial pode ser entendido como uma resposta do judiciário diante de lacunas legislativas, quando os tribunais assumem um papel mais ativo na interpretação e aplicação do direito para proteger os direitos fundamentais e promover mudanças sociais necessárias.

A instância máxima do judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, quando adota uma postura ativista, tem se valido de diversas técnicas extensivas, como por exemplo a adoção da teoria concretista em face às omissões legislativas, alteração do sentido das leis polissêmicas para adotar aquela interpretação que esteja conforme a Constituição e ainda intervindo na maneira e execução de políticas públicas.<sup>21</sup>

Para Luís Roberto Barroso<sup>22</sup>, ativismo judicial é “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, que se manifesta nos seguintes casos:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário [...] b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição [...] c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público [...] Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito

---

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral.

<sup>20</sup> RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de informação legislativa**, ano 50, número 199, jul./set. 2013, pág. 03.

<sup>21</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009.



vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio direito.<sup>23</sup>

Um ponto a ser discutido é o segmento do ativismo judicial que pode ser distinguido do que Cunha Júnior, chama de “criação judicial do Direito”, pois quanto maior a indeterminação do Direito, maior o dever moral de encontrar uma solução para o problema, e quanto menor a indeterminação do Direito, ou seja, se o problema que se apresenta ao juiz pode ser subsumido sem problemas em uma premissa normativa, então a solução para o conflito requer menos ativismo judicial.

Vale ressaltar que a indeterminação da Lei representa uma das mais exigentes dificuldades em relação aos direitos fundamentais. Não se está diante de um problema de antinomias, que supõe a cumplicidade de duas normas incompatíveis entre si, ou seja, regra um que se opõe à regra dois, mas sim de uma lacuna na lei ou na própria Constituição, que exige uma tarefa integradora de rumo delicado, pois se pressupõe que os silêncios da lei ou da Carta Fundamental devem ser preenchidos com princípios, valores ou diretrizes, que, por sua vez, satisfaçam padrões de razoabilidade ou proporcionalidade.<sup>24</sup>

Nesse contexto, Coelho<sup>25</sup> aborda a criação judicial do direito, enfatizando a necessidade de "desideologizar" ou despolitizar o tema. Ele refuta a ideia de que o ativismo judicial seja incompatível com o regime democrático e questiona a legitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário, uma vez que não são eleitos pelo povo. Argumenta, também, que eles não têm o poder de emitir comandos com força de lei. Portanto, ele utiliza o termo “ativismo judicial” para se referir à atividade interpretativa criativa do Direito realizada pelo Poder Judiciário.

Apesar da extensa discussão nos últimos anos, não há uma conceituação da noção de ativismo judicial que sirva de parâmetro para avaliar tanto a defesa quanto a crítica a esse conceito. Os defensores do ativismo judicial acreditam que é necessário envolver as decisões judiciais no desenvolvimento de ideais políticos e alcançar transformações sociais em instituições tradicionais, por exemplo, em parlamentos onde elas não foram alcançadas. Por outro lado, os críticos afirmam que o ativismo judicial realmente representa um sério impacto nas instituições democráticas e na separação de poderes.

---

<sup>23</sup> BARROSO, Op. cit, p.75.

<sup>24</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.167.

<sup>25</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Elementos de teoria da Constituição e da interpretação constitucional**. Disponível:[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4565164/mod\\_resource/content/1/1.%20COELHO%20Inoc%C3%Aancio.%20M%C3%A9todos%20e%20Princ%C3%Adpios%20da%20Interpreta%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4565164/mod_resource/content/1/1.%20COELHO%20Inoc%C3%Aancio.%20M%C3%A9todos%20e%20Princ%C3%Adpios%20da%20Interpreta%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional.pdf). Acesso em: 23 out. 2022.

A conceituação, positiva ou negativa, de ativismo judicial também pode refletir os posicionamentos em relação ao que deve ser o limite da atuação dos juízes quando tomam decisões que afetam os demais poderes do Estado. O andaime teórico do ativismo judicial é alimentado por razões que não são apenas descritivas, mas também, outras que buscam justificar axiologicamente um tipo ideal de juiz. Por exemplo, para Bork, juízes ativistas são aqueles que decidem casos sem uma conexão clara com a lei ou por meio de uma interpretação abertamente contraditória que deturpa a intenção de quem escreveu ou votou uma lei.<sup>26</sup>

Barroso<sup>27</sup> defende a legitimidade do ativismo judicial, que busca encontrar um equilíbrio entre a necessidade de uma interpretação mais abrangente das leis e os limites de atuação do Judiciário. Ele ressalta que essa abordagem não deve ser considerada uma usurpação da função legislativa, em virtude do poder emanar do povo e não dos magistrados. Assim, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem reprimir a voz das ruas.

É verdade que, tradicionalmente, o trabalho dos juízes costuma ser associado ao *status quo* que a lei representa. A norma suporia, em abstrato, a sujeição do cidadão aos mandatos do legislador, e se esta forma de agir for quebrada, a ação judicial devolve o canal ao seu estado normal de observância da lei. No entanto, quebra-se o vínculo com a lei se ela se torna contrária aos direitos fundamentais reconhecidos na Carta Fundamental de um Estado.

Para tanto, a atuação do judiciário deve ocorrer nos casos em que a Constituição Federal ou outras leis preveem direitos que devem ser protegidos, mas que não estão sendo efetivados de outro modo. E em caso de omissão do Poder Legislativo ou Executivo, torna-se relevante que o Poder Judiciário assumira um papel mais ativo na defesa dos direitos fundamentais e na promoção da justiça social. Porém, o uso indiscriminado e sem limites pode levar a uma concentração demasiada de poder nas mãos dos juízes, contrariando o equilíbrio entre os poderes e o Estado Democrático de Direito, lembrando que um “Poder Legislativo atuante e investido de credibilidade é essencial para a existência de uma democracia sólida”.<sup>28</sup>

O ativismo judicial exige uma atitude proativa do juiz na interpretação e na aplicação do direito, valorizando a sua criatividade, o seu senso crítico e a sua sensibilidade para as demandas da sociedade, garantindo igualmente a proteção dos valores democráticos e o respeito às instituições, se distanciando, portanto, da postura positivista, na medida em que esta corrente

<sup>26</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral.

<sup>28</sup> Op cit Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009, p.75.

de pensamento jurídico limita a atuação do magistrado ao estrito cumprimento da lei, desconsiderando os princípios e os valores da Constituição e dos direitos fundamentais.

### 1.3. Significado de Garantismo

O conceito de garantismo é uma abordagem jurídica e filosófica que busca estabelecer um equilíbrio entre o poder do Estado e a proteção dos direitos individuais. O termo foi popularizado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli em sua obra "Direito e Razão", publicada em 1989. Porém, antes de o estudo enveredar pelas lições do ilustre jurista italiano, pontua-se que o termo garantismo, etimologicamente, significa tornar seguro, assegurar, afiançar, tutelar algo.

No cenário jurídico, o garantismo é empregado no mesmo sentido etimológico, servindo de proteção à tutela dos direitos subjetivos e às pretensões de acessar os bens da vida para satisfazer as necessidades humanas. Não é por menos que a segurança, palavra etimologicamente relacionada ao termo garantismo, é um direito fundamental expresso pelo constituinte originário da República Federativa do Brasil.<sup>29</sup>

O garantismo é um elemento sociocultural. Segundo Nader<sup>30</sup>, um elemento cultural é tudo aquilo que o ser humano cria para atender as suas necessidades que não são satisfeitas no plano interno. Desse modo, surge, na seara jurídica, o garantismo, estabelecendo meios jurídicos para a defesa dos direitos e conseqüente defesa do acesso aos bens essenciais à vida dos indivíduos ou da coletividade que conflitem com interesses de outros indivíduos, outras coletividades e, sobretudo, com interesses do Estado. Nesse sentido, Cademartori<sup>31</sup> afirma que o garantismo tem como propósito:

- a) proceder a uma análise da estrutura normativo-institucional do Estado de Direito;
- b) propor soluções para as distorções que determinam a crise desse modelo institucional.

O garantismo seria uma técnica de limitação aos poderes públicos, sendo, por isso, o traço mais marcante da democracia. Por garantismo, entende-se, portanto, um modelo de direito que visa garantir direitos subjetivos ou direitos da pessoa. De acordo com os diferentes tipos de direitos em suporte dos quais as “garantias” são prestadas, ou seja, as técnicas adequadas para assegurar a sua efetiva proteção ou satisfação, distinguem-se vários tipos de garantias. Nesse

<sup>29</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: (grifo nosso).

<sup>30</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

<sup>31</sup> CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 11.

contexto, as garantias operam como métodos postos à proteção dos cidadãos, constituindo algo epistemologicamente centralizado nas pessoas, que renunciam a parcela das suas liberdades em benefício da coletividade e transferem ao Estado o poder/dever de efetivar segurança, saúde, lazer, alimentação, em outras palavras, os direitos sociais de segunda dimensão ou geração, direitos prestacionais.<sup>32</sup>

Desse modo, é nítido que o garantismo aplicado no plano jurídico está ligado ao Estado de Direito, visando obstar arbitrariedades em razão do poder que é exercido pelo Poder Público. Sob essa mesma premissa, tem-se o surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão ou geração, focados nas liberdades individuais e, conseqüentemente, na limitação do poder exercido pelo Estado.<sup>33</sup>

O poder do Estado é a principal fonte de restrição ou ameaça às liberdades individuais. Nesse sentido, a definição da palavra "direito"<sup>34</sup> não concede liberdades aos indivíduos, mas, ao contrário, restringe-as para promover a pacificação e a organização social. O direito, então, é apresentado como um instrumento de controle social com o objetivo de regular a conduta dos indivíduos. Pensamento proposto pela teoria jurídica e filosófica do jusnaturalismo, onde é sustentada a existência de um conjunto de princípios e direitos fundamentais que são inerentes à natureza humana e que devem servir como base para o ordenamento jurídico. Esses princípios e direitos são considerados universais, imutáveis e independentes das leis criadas pelos seres humanos.

Há a necessidade de minimizar o abuso do poder punitivo do Estado. Isso significa que, ao aplicar sanções penais, o Estado deve agir de maneira adequada e proporcional, evitando excessos e protegendo os direitos dos indivíduos sujeitos ao sistema de justiça criminal. Nesse contexto, as garantias penais e processuais desempenham um papel importante, pois tem como objetivo assegurar que a aplicação da lei penal seja justa, equitativa e respeite os direitos fundamentais dos indivíduos, com oportunidades de defesa, imparcialidade e devido processo legal.

---

<sup>32</sup>STRECK, Lenio. O Trabalho dos juristas na perspectiva do estado democrático de direito: da utilidade de uma crítica garantista. **Revista Doutrina**, Rio de Janeiro, v. 5, 1998, p. 44.

<sup>33</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>34</sup> O vocábulo Direito é classificado como termo análogo ou analógico, pelo fato de possuir vários significados que, apesar de se diferenciarem, guardam entre si alguns nexos. Assim, empregamos esse termo, ora em sentido objetivo, como norma de organização social, ora do ponto de vista subjetivo, para indicar o poder de agir que a lei garante; algumas vezes, como referência à Ciência do Direito e outras, como equivalente à justiça. Com esse vocábulo, fazemos alusão tanto ao Direito Positivo quanto ao Direito Natural.

Os princípios da taxatividade penal, da reserva legal, da subsidiariedade do direito penal e da intervenção mínima são apenas alguns exemplos do garantismo no campo do direito penal. Nesse sentido, o garantismo acaba por reduzir a atuação do próprio Poder Legislativo naquilo que ele possa sancionar como conduta ilícita e dispor como penas. Além disso, até mesmo o judiciário limita-se na aplicação da norma, devendo sempre observar a proporcionalidade, a adequação e a necessidade da medida adotada.

No aspecto processual penal, é possível identificar o garantismo quando: - o acusado é tratado como um mero acusado e não como uma pessoa culpada antes da decisão final, havendo presunção de não culpabilidade do agente; - é assegurado ao acusado o contraditório e a ampla defesa; - é garantido o tratamento igualitário entre as partes; ou que a fundada dúvida<sup>35</sup> tenda a favor do acusado e que o ônus da prova seja, a princípio, da acusação.

Já no aspecto penal é possível perceber que o garantismo se aproxima da filosofia política de um direito penal mínimo, sendo essa a única justificação racional do direito penal.

Como o garantismo pode ser aplicado não apenas na esfera judicial, mas também no âmbito legislativo, o Direito Penal e Processo Penal não são apenas instrumentos dispostos ao Estado para o exercício do seu poder punitivo, mas também são instrumentos conferidos aos particulares que asseguram garantias, como, por exemplo, a de não sofrerem sanções arbitrárias, com base em um livre convencimento imotivado e íntimo do julgador.

Ferrajoli pontua que “os sistemas penais e de responsabilidade específicos oscilam entre dois extremos opostos identificáveis com a natureza condicionada ou incondicionada, limitada ou ilimitada do poder punitivo”.<sup>36</sup>Sob a ótica de uma ordem do poder público, o Estado de Direito, particularmente, o direito é rigorosamente restringido e vinculado ao direito no plano material e processual. Os demais sistemas configuram sistemas de controle criminais típicos do estado absoluto ou totalitário, desprovidos de limites e condicionantes. Esses dois extremos são chamados pelo jurista italiano de direito penal mínimo e direito penal máximo.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência) do Código de Processo Penal. **Artigo 386 do Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10643765/artigo-386-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 20 fev. 2022.

<sup>36</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002, p. 83.

<sup>37</sup> MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17>. Acesso em: 22 fev. 2023.

condicionada e limitada ao máximo, corresponde não só ao grau máximo de proteção das liberdades dos cidadãos quanto à discricionariedade punitiva, mas também a um ideal de racionalidade e certeza. Há uma conexão profunda entre o garantismo e o racionalismo. Uma lei penal é racional e verdadeira na medida em que suas intervenções são previsíveis e somente aquelas motivadas por argumentos cognitivos processualmente decidíveis, a verdade formal, são previsíveis.<sup>38</sup>

Instituições como a presunção de inocência do acusado, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do *indubio pro reo*, a analogia *in bonam partem* remetem ao direito penal mínimo. Já o modelo máximo de direito penal, ao contrário, é incondicional, ilimitado, e se caracteriza, além de sua extrema severidade, pela incerteza e imprevisibilidade de sentenças e penas.

No direito penal mínimo, requisitos mínimos de direitos humanos devem ser atendidos, articulando-se para tanto as garantias penais e processuais, que desempenham papel preponderante no que concerne à validade conferida aos processos judiciais.

O direito penal em seu sentido tradicional é identificado como uma forma de controle social reacionário, utilizado para tutelar bens jurídicos considerados indispensáveis ao convívio social pacífico, ocorrendo para tanto a imposição de limites aos cidadãos e ao poder punitivo do Estado.

A ideia central do Direito Penal Mínimo é questionar a eficácia e a proporcionalidade do sistema penal como único meio de controle social. Não sendo a única forma de lidar com comportamentos socialmente indesejáveis e que existem alternativas mais eficazes e menos repressivas para lidar com essas questões. Uma das críticas levantadas pelo Direito Penal Mínimo é a seletividade do sistema penal, destacando que as "classes subalternas" são frequentemente criminalizadas e se tornam as principais vítimas desse sistema. Essa abordagem busca dar voz às vítimas e prover soluções que promovam a justiça social e a proteção dos direitos humanos. É importante ressaltar que a proposta de abolição do sistema penal ou da prisão não é necessariamente consensual entre os defensores do Direito Penal Mínimo. Alguns argumentam pela redução gradual do sistema penal ao mínimo necessário, enquanto outros defendem a abolição total da prisão ou do sistema penal.<sup>39</sup>

O princípio da intervenção mínima é fundado, em última instância, no reconhecimento de certa falta de legitimidade do direito penal, que advém da interação recíproca entre a gravidade das sanções que podem ser impostas aos cidadãos por meio desse subsistema de controle social e a limitada eficácia social atribuída para isso. Conseqüentemente, o Direito

<sup>38</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002, p. 84.

<sup>39</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

Penal deve ser utilizado apenas em casos extraordinariamente graves e quando não há outro recurso, porque outros mecanismos de proteção menos onerosos para a pessoa já falharam. De acordo com o princípio da subsidiariedade.

O verdadeiro problema penal do nosso tempo é a crise do direito penal, ou seja, daquele conjunto de formas e garantias que o distinguem de outra forma de controle social mais ou menos selvagem e disciplinar. Talvez o que seja utopia hoje não sejam as alternativas ao direito penal, mas o próprio direito penal e suas garantias; Utopia não é abolicionismo, é garantismo, inevitavelmente parcial e imperfeito.<sup>40</sup>

Diante do compromisso garantidor de um direito penal mínimo baseado na recuperação dos postulados do Iluminismo jurídico, subsiste hoje, na teoria e na prática, um modelo de direito penal que não representa, nas palavras de Ferrajoli, "o direito do mais fraco",<sup>41</sup> mas uma demonstração indisfarçável de força. Curiosamente, os advogados criminais contribuem para esta "exibição" e, de certa forma, servem também através das teorias de justificação da pena, em cujo âmbito ressurgem e até florescem velhos e novos argumentos retribucionistas.

Contra as demais teorias legitimadoras da pena e mesmo contra a proposta da lei penal mínima do garantismo, ainda que, com as divergências, opõem-se as teorias abolicionistas, com as quais é possível encontrar um ponto de contato: seria desejável se os conflitos pudessem ser resolvidos com algo melhor do que o direito penal.

Destaca-se a importância da existência de uma lei penal para ordenar a convivência em uma sociedade, com o objetivo de evitar crimes, punições desproporcionais e vinganças privadas. Mesmo que possa haver debates sobre o "direito de punir", a existência de uma lei penal mínima é considerada inevitável para garantir um Estado de Direito Constitucional, onde o legislador está sujeito a limites específicos decorrentes da minimização da violência estatal e da busca da paz. Esses limites são fundamentados na proteção dos direitos humanos de todas as pessoas e devem ser rigorosamente respeitados.<sup>42</sup>

Tal como o abolicionismo,<sup>43</sup> o garantismo é uma teoria crítica, visto que seu ponto de partida não é a legitimação, mas a deslegitimação do direito penal. Porém, não é na mesma

<sup>40</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **A teoria da imputação objetiva**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.9, n.103, p. 06-08, jun. 2001.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. **La ley del más débil**. Trotta: Madrid, 1999.

<sup>42</sup> PRIETO, Luis. **Garantismo y Derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011.

<sup>43</sup> O abolicionismo penal é uma teoria que busca como objetivo final o desaparecimento do atual sistema punitivo, principalmente a abolição das prisões. Num sentido restritivo, é simplesmente a abolição completa do sistema penal. E em sentido amplo, são todas as medidas que tendem a reduzir a punição que os sistemas penais implicam. Desde a melhoria das condições e redução da reincidência, até métodos alternativos de resolução de conflitos, que não incluem pena de prisão. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

medida que o primeiro, pois a garantia se satisfaz com uma "lei penal mínima" e não se advoga seu desaparecimento, ao mesmo tempo em que se preocupa com a resposta que deve ser dada a novos fenômenos criminais. A garantia penal se apresenta na linha de frente como modelo – hoje irreconhecível na prática – de deslegitimação do direito penal. O garantismo postula um exercício do poder punitivo sujeito a limites cujo objetivo é a preservação das garantias jurídicas. Além disso, esse mesmo garantismo penal não se apresenta apenas como um modelo de legitimação ou justificação, mas também de deslegitimação ou críticas das instituições e práticas jurídicas vigentes, pensando cada vez mais na chamada privatização do direito penal e no papel da vítima no âmbito penal.<sup>44</sup>

A privatização do direito penal refere-se a uma abordagem que busca envolver mais diretamente a vítima no processo de justiça criminal, dando-lhe maior protagonismo e considerando suas necessidades e interesses. Nesse contexto, surge a ideia da Justiça Restaurativa, que propõe uma abordagem alternativa à justiça retributiva tradicional, focada na punição do infrator.

A Justiça Restaurativa se baseia na ideia de que o conflito causado pelo crime não é apenas uma violação da lei, mas também uma lesão às relações e à comunidade. Assim, em vez de se concentrar exclusivamente na punição, busca-se promover a reparação do dano causado e a restauração das relações afetadas.

Está se criando campo fértil no cenário jurídico-penal para a Justiça Restaurativa, caracterizada como uma nova perspectiva na solução do conflito instaurado pela violação da norma penal. Trata-se de uma forma diferente de encarar o crime e os personagens nele envolvidos, sobressaindo a reassunção, pelas partes, do poder sobre as decisões a serem tomadas após a prática do delito – poder este tradicionalmente ‘usurpado’ pelo Estado, que historicamente alijou a vítima, valorizando um sistema punitivo imparcial.

A privatização do direito penal é marcada pelo surgimento de uma “terceira via”, quebrando a dualidade da função da pena, até então restrita à retribuição e prevenção, incluindo a reparação como nova possibilidade.<sup>45</sup>

Garantismo penal é, antes de tudo, uma filosofia do direito penal que preconiza a minimização da violência do Estado e, portanto, do próprio direito penal. Essa suposição tem várias consequências que não podem ser perdidas de vista quando se trata de examinar o desempenho dessa concepção para enfrentar os desafios do direito penal na atualidade, marcado em todo caso por uma infinidade de contradições difíceis de apreender com a terminologia antigamente utilizada.

<sup>44</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002, p. 84.

<sup>45</sup> CUNHA, Rogério Sanches: **Manual de Direito Penal** – parte geral. Salvador: Editora jusPodivm, 2015, volume único, p.40.



Pode-se indicar pelo menos o seguinte: a) A pena representa um mal que, em nenhum momento, perde um fundo de ilegitimidade, única forma de perceber que justamente por isso é preciso justificá-la ao máximo, caso for considerado necessário ou essencial para a convivência ir até ele; b) Não se prevê uma legitimação apriorística da pena, mas assenta na distinção metodológica entre o nível descritivo do ser e o nível prescritivo ou axiológico do dever de ser; c) A justificação da intervenção penal não é em caso alguma elaborada de forma circular pela infracção do que é proibido mas antes responde a parâmetros ético-políticos externos à própria lei; d) Não obstante aceitar, como poderia ser de outra forma, o aspecto liberal do retribucionismo como resposta à questão de quando punir segundo o princípio *null poenas in crimine*, o sentido (fim) da pena não se esgota na própria pena, mas é projetado para a prevenção de crimes com a prevenção de penas excessivas ou violência informal que poderiam surgir na ausência de lei penal; e) em sistema jurídico justo, todas as pessoas têm direito a um tratamento equitativo e à proteção de seus direitos fundamentais, independentemente de serem vítimas, condenadas ou acusadas.<sup>46</sup>

Insta destacar que o Direito Penal, enquanto um ramo do ordenamento jurídico de proteção a bens jurídicos, o garantismo se presta a ser ampliado a “todo o âmbito de direitos das pessoas e não apenas àqueles afetados diretamente pelo poder punitivo do Estado”.<sup>47</sup>

A ideologia por trás de todo o sistema filosófico de Luigi Ferrajoli é o garantismo. É uma ideologia jurídica, ou seja, uma forma de representar, entender, interpretar e explicar o direito. É evidente que, para ele, o termo garantismo teve seu nascedouro no âmbito penal, sendo uma resposta ao crescente desenvolvimento da divergência que envolvia a normatividade da constituição e a ausência de efetividade nos níveis inferiores.<sup>48</sup> Para o autor, a expressão garantismo pode ser empregada em três sentidos: a) Como doutrina de filosofia política; b) Como modelo de direito e de política; e c) Como teoria jurídica.

Em um primeiro momento, o garantismo aparece como a base, uma filosofia política que, frente às concepções éticas absolutas ou totais do Estado, não devem ser entendidas como autorreferenciais. Afinal, o Estado e o direito não são em si mesmos eticamente valiosos, mas sim são valorados conforme as experiências externas e não internas, o que o diferencia do modelo autopoietico de Niklas Luhmann.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> TÁVORA Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodium, 2015.

<sup>47</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

<sup>48</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 851.

<sup>49</sup> As teorias sistêmicas, que surgiram nas ciências biológicas (especialmente na biologia molecular), atingiram as ciências físicas e matemáticas, chegando até às ciências humanas (notadamente no que se refere à

Como filósofo do Direito, Ferrajoli parafraseia a expressão autopoieses, de Niklas Luhmann, segundo a qual o Estado é um fim em si mesmo. Ao criticar tal expressão, defende Ferrajoli uma concepção heteropoiética, na qual o Estado é um meio de garantir os direitos fundamentais do cidadão. Assim, sob esse aspecto, a sociedade e as pessoas são consideradas em si mesmas, com fins e valores, para cuja tutela é instituído o Estado, e no qual a legitimação do direito se faz de modo externo.<sup>50</sup>

Desse modo, é próprio do garantismo a concepção artificial do Estado e do direito, e natural dos seres humanos e dos seus direitos. A satisfação das necessidades humanas é da própria natureza do ser humano, intrínseca à sua existência, logo o que é “natural”, por ser “prévio” e “prioritário são os indivíduos e seus direitos, necessidades e interesses. Já o Estado e o Direito são elementos extrínsecos, frutos da cultura material do ser humano, criados apenas como artifícios ou produtos socioculturais, sendo convenções que estão legitimadas ou justificadas na medida em que se orienta a proteger direitos subjetivos e bens individuais à busca da pacificação social.<sup>51</sup>

Para o modelo de legitimação do garantismo é preciso falar em um modelo democrático de Estado Constitucional de Direito, uma vez que a sua fonte de validade é a tutela de direitos vitais dos seres humanos. Logo, as garantias aparecem como uma forma de neutralizar potenciais abusos por aqueles que exercem o poder. Portanto, o Estado nascido com as constituições modernas, na visão garantista, tem como fundamento o princípio da legalidade, limitando a sua atuação estatal na própria constituição.

---

autorreferência linguística) e finalmente, mais recentemente (década de oitenta), às ciências sociais. Apenas com Niklas Luhmann é que a aplicação da teoria da autopoiesis ao domínio das ciências sociais ganharia uma nova e autônoma dimensão, tornando-se um modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais. A autopoiesis (autorreferência e circularidade) passa a assumir o estatuto de modelo explicativo de todo e qualquer sistema. Luhmann inova ao afirmar que os sistemas autopoieticos não são apenas sistemas auto-organizados (sistemas capazes de gerar sua própria ordem a partir da interação dos respectivos elementos), mas também sistemas auto-organizados (sistemas capazes de produzir esses próprios elementos, de produzir suas próprias condições originárias de produção, tornando-se independentes do respectivo meio envolvente. Assim, é dizer: a autorreferência sistêmica é o mecanismo gerador, não apenas da ordem sistêmica (“estrutura”), mas das próprias unidades sistêmicas básicas (“elementos”). Os elementos constitutivos dos sistemas sociais não são os seres humanos individuais, mas comunicações (ato comunicativo), pois o sistema social é um sistema autopoietico de comunicação. Para Luhmann, um dos maiores referenciais do paradigma funcionalista-sistêmico, a sociedade é um sistema autopoietico de comunicação, que se relaciona com os demais sistemas mediante um código-binário específico. Na visão deste autor, o sistema jurídico tornou-se um subsistema social funcionalmente diferenciado graças ao desenvolvimento de um código binário próprio (legal/ilegal). Assim, o Direito, a Política, a Economia constituem sistemas autopoieticos de segundo grau autônomo entre si (“apenas o sistema econômico pode definir e mudar a economia, apenas o sistema jurídico pode definir e mudar o direito”) e também em face da sociedade (sistema autopoietico de primeiro grau). ANTUNES, José Engrácia. Prefácio a TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. XV.

<sup>50</sup> NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p.64.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Tarsis Barreto; SOARES, Paulo Sérgio Gomes; MENDES, Alessandro Hofmann Teixeira. **Os Direitos Humanos no contexto do garantismo penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/517355239/inteiro-teor-517355249>. Acesso em: 26 jan. 2023.

A consequência da filosofia política do garantismo é um modelo normativo de direito em que todos os poderes estatais se submetem à lei, sendo o direito um sistema de garantias, buscando estabelecer proteções aos direitos fundamentais e à democracia.

Partindo para um conceito do garantismo no olhar do ordenamento jurídico, percebe-se que ele se apresenta como um sistema de limites, vínculos e determinações ao poder político para a proteção de bens e direitos subjetivos individuais, coletivos ou até mesmo difusos, estando em jogo as necessidades essenciais das pessoas.<sup>52</sup>

Ainda na visão do garantismo no ordenamento jurídico, é possível perceber uma proteção não apenas no âmbito penal, mas também, no âmbito administrativo, internacional, ambiental, dentre outros. A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe, a título de exemplo, no seu artigo 5º, LV,<sup>53</sup> que as partes envolvidas em processo judicial ou administrativo têm o direito de se manifestarem e apresentarem argumentos em defesa de seus interesses, exercendo o contraditório e a ampla defesa, fazendo uso dos meios e recursos disponíveis para se defender, ou seja, a garantia aplica-se não apenas à esfera judicial, mas também, à administrativa. Portanto, é evidente que o garantismo está sempre aberto à novas construções de sistemas de legalidade. Desse modo, o garantismo não impõe um sistema de legalidade concreto, mas sim um modelo geral.

O próprio Estado de Direito concebe o garantismo como uma rede de garantia de acesso a bens e a direitos, isto é, de um Estado que positiva os direitos subjetivos vitais dos seres humanos, convertendo seu respeito e realização efetiva em um vínculo ao poder político.

Um terceiro significado refere-se à filosofia do direito e à crítica da política; é o ponto de vista externo "que impõe à lei e ao Estado o ônus da justificação externa segundo os bens e interesses cuja proteção e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos".<sup>54</sup>

Desses três significados, Nascimento<sup>55</sup> extrai dois significados de garantia: um modelo jurídico e uma proposta de teoria geral. Para o primeiro, inclui uma alternativa ao Estado de Direito, um terceiro modelo: um Estado de Direito Garantido. Com este último, ele quer dizer a superação da lei natural e dos reducionismos positivistas, a partir de críticas ao Estado Liberal.

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, jan./jul., 2012.

<sup>53</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: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2021.

<sup>54</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002, p. 853.

<sup>55</sup> NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

Estas críticas se referem a três tipos de crises: crise da legalidade, uma vez que se perdeu o caráter vinculativo das normas relativas aos poderes públicos; crise do Estado Social diante da seletividade e desigualdade que gera o desacoplamento do Estado de Direito às funções do Welfare State; e uma crise do Estado Nacional, que se traduz na deslocalização da soberania, na erosão do sistema de fontes e, conseqüentemente, no enfraquecimento do constitucionalismo.

Tomando-se por base o fato de as constituições positivarem direitos fundamentais que, por sua vez, restringem o poder estatal, essa teoria geral figura como a teoria própria do Estado Constitucional de Direito. Portanto, o garantismo não é apenas um legalismo ou uma expressão do positivismo, afinal, a mera sujeição do juiz à lei pode ensejar arbitrariedade que é exatamente o contrário de garantismo.

Há a importante tese de Ferrajoli sobre a distinção ontológica entre direitos e suas garantias. A falta de garantia de um direito constitui apenas uma lacuna que o legislador deve preencher, pois o estabelecimento positivo de um direito é sua validade indiscutível. Mais uma vez, o autor argumenta, com base no direito positivo e, em bases aparentemente científicas – até “refuta” Hans Kelsen, que identificou o direito individual com sua garantia – fazendo essencialmente coincidir validade e eficácia a esse respeito.<sup>56</sup>

Certamente, em relação à norma única, não se trata de uma eficácia totalizante, quase como se a lei já se realizasse no contexto social, como se não tivesse força orientadora e institucional própria. No entanto, a normatividade do jurídico se não se reduz à forma pura, tem certa relação com o mundo social, na medida em que o uso da norma pelos associados também é decisivo para o sistema.

Além disso, aqui não se limita apenas à norma jurídica em si, mas se concentra especificamente naquela que atribui um direito, possivelmente um direito fundamental. Nesse contexto, a ineficácia sistemática ou a falta de efetividade dessa norma terá repercussões no direito positivo como um todo, especialmente se o princípio do constitucionalismo for levado a sério. Para Ferrajoli, o constitucionalismo significa reconhecer a importância de garantir a efetividade dos direitos consagrados na Constituição. Portanto, se uma norma constitucional que atribui um direito não é efetivamente cumprida ou respeitada pelo sistema jurídico, isso compromete a validade e a efetividade do próprio direito positivo como um todo. A ineficácia

---

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

sistemática pode resultar em uma lacuna entre os princípios constitucionais e a realidade prática, levando a uma violação dos direitos fundamentais.<sup>57</sup>

Projetar a força normativa de um direito subjetivo apenas em termos teóricos ou formais, sem considerar sua efetividade prática, não contribui para garantir verdadeiramente esse direito. É importante distinguir entre diferentes tipos de direitos, reconhecendo que a garantia de um direito é um fenômeno complexo que não pode ser atribuído exclusivamente à administração ou jurisdição. Embora essas instituições tenham um papel importante na garantia dos direitos, há também outras condições sociais e estruturais que devem ser consideradas para permitir a efetiva realização de um direito por parte de uma entidade com autoridade para fazê-lo. É importante a compreensão mais ampla e abrangente da garantia dos direitos, pois vai além do aspecto formal e requer uma análise das condições sociais e estruturais que permitem a sua realização efetiva.<sup>58</sup>

O Direito Penal, que articula um sistema de garantias, pode identificar-se com todas as nuances que se queira ter em conta com o modelo de Direito Penal do Estado de Direito. Por isso, Ferrajoli entende um tipo de sistema jurídico em que o poder público, e especificamente, o poder penal, é rigidamente limitado e vinculado à lei em um nível substancial ou de conteúdo criminalmente relevante em um nível processual ou das formas processualmente vinculantes. Como explica este autor, a subordinação da lei aos princípios constitucionais equivale a introduzir uma dimensão substancial não só nas condições de validade das normas, mas também na natureza da democracia, para a qual representa um limite, ao mesmo tempo, em que a complementa.<sup>59</sup>

Garantia penal assim compreendida significa claramente, portanto, contemplar e focar o direito penal necessariamente a partir de seus limites, isto é, dos Direitos Fundamentais positivados nas Constituições e dos Direitos Humanos consagrados nas diversas convenções e tratados internacionais. Tal garantia impõe não poucos problemas de hermenêutica constitucional-penal, em grande parte, ainda por se desenvolver no contexto do chamado direito global, onde se coloca o problema da sobreposição de diferentes níveis de proteção. Ferrajoli tem falado neste quadro do papel crítico, projetivo e construtivo do paradigma do poder limitado como configurador do desenvolvimento histórico do Estado de Direito.

---

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002.

<sup>58</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

<sup>59</sup> KLANG, Marcio. A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos. 2. ed, rev. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1991.

O termo “estado de direito” é aqui empregado no segundo destes dois significados [em sentido forte, estrito ou substancial]; e neste sentido é sinônimo de “garantismo”. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes[...]. b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.<sup>60</sup>

Em suma, no paradigma da garantia, propõe-se uma nova estruturação dos sistemas jurídicos, tendo a Constituição como vórtice. Assim, os direitos fundamentais desempenham papel de vetor no ordenamento jurídico e situam-se no topo da hierarquia normativa. Isso leva a argumentar que os poderes legislativo, judiciário e administrativo ou executivo devem desempenhar uma função de garantia no quadro de sua limitação recíproca. Esses poderes seriam limitados tanto em sentido negativo como em sentido positivo. O controle recíproco que isso implica coloca o judiciário em um lugar importante como fechamento operacional do sistema que garante a localização e a resolução de lacunas e antinomias em prol da garantia dos direitos fundamentais e no marco do sentido político e jurídico da Constituição. Este poder inclui o controle sobre os atos da administração que devem ser submetidos à lei para preservar sua validade.<sup>61</sup>

O garantismo é um modelo de ciência jurídica e uma dogmática jurídica passível de pleno desenvolvimento no quadro jurídico-político do constitucionalismo. Em particular, Ferrajoli<sup>62</sup> entende que o garantismo contribui para formar uma teoria da divergência entre regulamentação e realidade, entre lei válida e lei efetiva, ambas vigentes. E acrescenta ainda que uma teoria do garantismo, além de fundamentar a crítica do direito positivo no que diz respeito aos seus parâmetros de legitimação externa ou interna, é, conseqüentemente, uma crítica das ideologias, sejam elas políticas ou jurídicas.

A lei válida é aquela que está formalmente correta e em conformidade com os procedimentos legais, mas isso não garante necessariamente sua justiça no sentido moral ou ético. Por outro lado, a lei efetiva é aquela que é aplicada e alcança resultados concretos no

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002, p. 790.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, Tarsis Barreto; SOARES, Paulo Sérgio Gomes; MENDES, Alessandro Hofmann Teixeira. **Os Direitos Humanos no contexto do garantismo penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/517355239/inteiro-teor-517355249>. Acesso em: 26 jan. 2023.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002.

mundo real. Se o garantismo penal adota como base filosófica-política a necessidade de justificar a pena ao máximo, a garantia penal como modelo de dogmática jurídica também teria por finalidade não uma mera descrição ou sistematização de conceitos jurídicos, mas sim, uma função ou vocação, ao mesmo tempo, do que se poderia chamar de “oposições deslegitimadoras” dos princípios constitucionais que fundamentam as garantias.

E se desenvolve em etapas sucessivas na dogmática da teoria do crime e do direito à individualização judicial da pena. Se o primeiro campo é decisivo para responder a grande parte do ponto de partida adotado. O terceiro continua a ser um campo sujeito a uma enorme irracionalidade, muito devido a uma insuficiente clarificação dos seus pressupostos e a uma evidente falta de aprofundamento dogmático. Mas o garantismo também é uma teoria e uma prática essencialmente incômoda do direito e do direito penal. Prova disso é o uso cada vez mais frequente do termo "hipergarantia" em alusão aos excessos que o garantismo poderia acarretar à defesa consistente de seus postulados. Um sistema de direito de garantia é aquele que não se limita a proclamar direitos, mas estabelece os mecanismos necessários para protegê-los, com base na existência de uma Constituição em sentido forte, vinculante até para o legislador, que também é limitado pelos princípios que aquele contém. A garantia, nesse sentido, é um esquema gradual que se concretiza em maior ou menor grau, como é a própria constitucionalização do ordenamento jurídico.<sup>63</sup>

Uma primeira acepção, em um modelo normativo de direito, é caracterizada epistemologicamente como um sistema cognitivo ou de poder mínimo. No aspecto político, como uma técnica de proteção capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade. Do ponto de vista legal, com vínculos impostos ao poder punitivo do Estado para garantir os direitos dos cidadãos.

No segundo sentido, o garantismo é entendido como uma filosofia política que coloca sobre o direito e o Estado o ônus da justificação externa. Isso significa que o direito e o Estado devem ser fundamentados em valores e interesses que visem à proteção e garantia dos direitos e bens fundamentais. Nessa perspectiva, o garantismo vai além de um simples legalismo ou positivismo, pois exige uma análise mais ampla dos princípios e finalidades do direito e do Estado.

Por fim, o terceiro significado atribuído ao garantismo é relacionado à sua oposição à arbitrariedade. O mero cumprimento mecânico da lei pelo juiz pode levar a decisões arbitrárias

---

<sup>63</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

e contrárias aos princípios de garantia. Portanto, o garantismo enfatiza a importância de um processo de interpretação e aplicação da lei que leve em consideração os valores e princípios fundamentais que sustentam as garantias individuais.<sup>64</sup>

O conceito de política próprio do garantismo exige que se faça a distinção entre a dimensão formal da democracia ou princípio da maioria. As condições de legitimidade formal, que são asseguradas pela observância aos princípios da democracia política, referem-se a “quem” manda e “como” se exerce o poder e, em outra dimensão, ao substancial da democracia. Tais condições de validade são asseguradas pelo respeito aos direitos fundamentais: “o quê” se deve satisfazer (direitos sociais) ou privar (direitos de liberdades) por cima, inclusive, da vontade da maioria, afinal, em um Estado Democrático de Direito, que adota uma forma de governo republicana, não se deve olhar apenas às vontades da maioria, mas também das minorias, o explica a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal ao retirar uma Lei do ordenamento jurídico através do controle de constitucionalidade. Portanto, é com esta dimensão substancial da democracia, que se extrai um significado compatível com o garantismo, posto que a democracia formal ou política que se identifica com a regra da maioria constitui uma ameaça para o garantismo, sucumbindo os direitos das minorias e, conseqüentemente, as liberdades individuais.

O garantismo constitui, além de uma filosofia política de legitimação moral, também a base de uma teoria de legitimação ou deslegitimação jurídica.

Diferentemente do Estado de direito legislativo, no Estado Constitucional de Direito não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” das normas se encontra positivado. A constituição incorpora limites, vínculos e ordens à própria produção jurídica, tanto em condicionar a vigência ou legitimidade formal das normas e atos de poder, indicando os órgãos com competência normativa e os procedimentos para seu exercício; quanto em condicionar a validade ou legitimidade substancial (ou seja, o “dever ser” do direito), estabelecendo o modelo axiológico (o catálogo de direitos e valores de justiça) que deve informar a legislação. Isto significa que as normas jurídicas, em particular as leis, já não devem apenas respeitar os requisitos formais que condicionam sua vigência ou existência, mas, e, sobretudo, que deverão ser congruentes com os princípios e valores constitucionais que são morais e jurídicos a um só tempo, e que condicionam a validade.<sup>65</sup>

O garantismo abre assim a ciência jurídica, seja como um discurso jurídico doutrinário ou ainda com um discurso meta-jurídico, a ciência da legislação (constitucional ou ordinária), isto é, a ciência constitucional e à ciência política. O que se torna ainda mais claro se for levado

<sup>64</sup> QUEIROZ, Paulo de Souza. **A teoria da imputação objetiva**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.9, n.103, jun. 2001.

<sup>65</sup> PIETRO, Luis Sanchís. **Constitucionalismo y positivismo**. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política n° 60, Editorial Fontamara: México, 1997, pp. 106, ss.



em conta que a democracia substancial, que é o único significado da democracia compatível com o garantismo, se levanta sobre um modelo de justiça em constante mudança para a incorporação de direitos vitais sempre novos.

A noção de “bem” ou “direito vital” é fruto do processo social de cada povo, é sócio-histórico-cultural e não natural, é ético-valorativo e não empírico-descritivo. Desta forma, é o próprio espaço garantista de democracia social (..) que consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e, por consequência, na elaboração de novas técnicas de garantia para assegurar sua efetividade (...) que exige, da ciência do direito, uma imaginação jurídica não menor do que aquela expressa pelo pensamento reformador iluminista em matéria de direitos de liberdade.<sup>66</sup>

O garantismo constitui-se em uma completa filosofia jurídica comprometida com a defesa dos direitos que inclui teses metodológicas, conceituais e axiológicas sugeridas ou defendidas já em outras filosofias de direito, se bem que sua conformação oferece novidades importantes sobre essas filosofias.

A tese metodológica fundamental apela à conhecida distinção entre “ser” e “dever ser”, mas, diferentemente, do positivismo tradicional, o garantismo leva essa dicotomia à própria esfera do direito positivo. Não apenas se enfrenta um “dever ser” moral a um “ser” jurídico, mas também um “dever ser” jurídico à realidade ou sua própria efetividade. Metodologicamente, seguindo a caracterização de Prieto,<sup>67</sup> ao menos as seguintes notas podem ser atribuídas a ela: adota um ponto de vista externo e crítico em relação ao que realmente existe, parte da separação positivista entre direito e moral bem como da concepção contratualista do Estado e instituições, carece de justificativa própria ou autopoietica e aspira combinar a máxima autodeterminação das maiorias com a máxima proteção das minorias.

A tese conceitual acolhe também uma ideia arraigada no positivismo, a das fontes sociais do direito. Os sistemas jurídicos e as instituições em geral não são frutos naturais dotados de alguma justificação independente, mas artifícios humanos a serviço de fins mais ou menos valiosos. Por fim, no aspecto de uma teoria da justiça, o garantismo propõe um ambicioso modelo emancipador. Um modelo que, por estar anunciado na Constituição, compromete não apenas ao legislador, mas também aos juristas como juízes e membros do ministério público.

Dessarte, justamente por essa continuidade entre a normativa constitucional e a filosofia moral e política em que descansa, a função do jurista não se limita à crítica interna de práxis funcional, mas compreende também a crítica externa da própria constituição.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 866-867.

<sup>67</sup> PRIETO, Luis. **Garantismo y Derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011. p. 49-50.

A contribuição fundamental do garantismo no aspecto da justiça não é a proposta de um jurista que circunscreve o objeto de seu conhecimento ao direito positivo, sem concessões metafísicas. Mas sim, a do jurista que possui uma dimensão ético-filosófica porque procura desempenhar uma função crítica interna da lei, dos regulamentos, dos atos administrativos e das sentenças que, no melhor dos casos, apenas parcialmente dão cumprimento à prescrição constitucional e, além disso, uma função crítica externa, porque a própria constituição não representa senão uma aproximação ao espaço emancipador das garantias, sempre inconcluso, afinal, não há como o direito prever antecipadamente todas as formas de interação social, pois, como dito, o direito é fruto dessas interações e não ex-ante a elas.

Entretanto, o que é realmente grave para o garantismo não são as deficiências e insuficiências da lei no sentido da sua vaguidade, ambiguidade, antinomias ou até mesmo as lacunas ocasionadas em razão das anomias, mas certo ceticismo ou plasticidade sobre as possibilidades da razão jurídica para superá-las.

Grave é um injustificável e inaceitável ceticismo que, presente em muitas das atuais teorizações da descodificação, desregulamentação e deslegalização, apoiada em uma certa falácia naturalista ou determinista, entende que, na visão de Ferrajoli<sup>68</sup>

Nossos sistemas jurídicos são como são porque não poderiam ser de outra forma. Uma crise da razão jurídica que “se projeta na função judicial, minando sua legitimidade na mesma medida em que parece aumentar precariamente seu poder discricionário e seu caráter central

A propósito, essa insuficiência legislativa é natural ao processo legislativo, afinal, o parlamento, que é responsável pela confecção das normas, precisa debater e discutir os projetos, isso é intrínseco à atividade parlamentar.<sup>69</sup> Logo, o Congresso Nacional não consegue acompanhar, na mesma velocidade, as transformações da sociedade, por conseguinte, acaba ficando a cargo do Poder Judiciário a pauta de julgamento, face às anomias, levando em conta os princípios constitucionais.

---

<sup>68</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002.p. 920.

<sup>69</sup> RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de informação legislativa**, ano 50, número 199, jul./set. 2013, pág. 06.

## 2. ATIVISMO COMPARADO À TEORIA DO GARANTISMO

Luigi Ferrajoli<sup>70</sup> cria um modelo teórico distinto das concepções tradicionais do constitucionalismo, diferente da concepção atrelada no paradigma juspositivista, modelo de constituições rígidas que apenas introduzem a constituição com um superior nível normativo na estrutura verticalizada do Estado de Direito e, de outro lado, do modelo de constitucionalismo até então dominante, pós-positivista e tendencialmente neojusnaturalista, que aproxima o direito da moral.

O modelo teórico de constitucionalismo criado por Ferrajoli não seria um modelo intermediário entre os dois já existentes, mas sim uma nova via que se diferencia de ambas, trazendo uma concepção do constitucionalismo e da democracia que decidiu chamar de “garantista”.

A distinção entre os modelos tradicionais do constitucionalismo feita por Ferrajoli deu campo ao que denominou, de um lado, constitucionalismo principialista ou principialismo e, do outro lado, constitucionalismo garantista, modelo garantista ou garantismo.

### 2.1. Ativismo judicial e políticas públicas

É no contexto das Políticas públicas, que se tem um dos principais fatores em qualquer debate jurídico que envolva ativismo judicial, por obter relação de que a reanálise sobre políticas públicas é de suma relevância, com o objetivo de evitar a locomoção das teorias que se embasam a revisão judicial dos atos administrativos para dentro de um sistema político.

Com o objetivo primário de melhorar as políticas públicas, tem-se um conjunto de métodos e ações do governo voltados à produção de efeitos específicos e direcionáveis. Na sua grande maioria, essas ações são extremamente necessárias para projetar e focar em futuros impactos que poderão influenciar ou não na vida e no cotidiano da população.

Os debates sobre essa temática relacionam diversas áreas do direito. O envolvimento dos juristas na aplicação de políticas públicas no Brasil afeta, muitas vezes, o procedimento de tomada de decisões políticas. A administração e organização judicial das políticas públicas se dá, por meio, em caráter de segurança, simultaneamente e sucessivamente à incorporação dos projetos públicos sociais e econômicos. O controle acontece em meio ao processo de formatação e execução.

---

<sup>70</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A colaboração do Poder Judiciário no processo de criação e aplicação das políticas públicas acontece como fenômeno estritamente inédito, pois acaba sendo aplicado na troca de uma decisão da vontade dos governos eleitos por um ato de vontade e decisão de juízes não eleitos.<sup>71</sup>

As políticas públicas podem ser conceituadas como meios de execução de programas políticos, pautadas na intervenção estatal cujo objetivo é assegurar igualmente a chance única da sociedade, no que tange à resolução de problemas sociais e demandas da população, estando estritamente ligadas à consecução de uma existência digna, uma vez que se voltam para a promoção do bem-estar social e a garantia dos direitos fundamentais como saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, entre outros. Sua concepção compreende uma série de etapas, perpassando-se, de modo bem sucinto, pela identificação do problema a ser resolvido, pela formulação da política pública, por sua implementação e avaliação. São implementadas em um contexto democrático levantam questões de ação coletiva e distribuição de bens coletivos, e nunca visam interesses pessoais, já estão orientadas pelo interesse público e pela busca do bem-comum.

O institucionalismo histórico e estruturalista também contribui para o debate sobre o papel das instituições na formação das preferências dos tomadores de decisão. O procedimento coletivo é conceituado como a tecnologia processual proporcionada pela lei à sociedade, que visa permitir a proteção judicial dos direitos afetados pela ação coletiva, portanto, a ordem pública se preocupa muito com as regras e resultados que serão impostos e aceitos pela sociedade.<sup>72</sup>

Em relação à distribuição dos bens coletivos, trata-se de uma questão relevante e complexa, que envolve considerações éticas, econômicas, sociais e políticas, podendo o direito desempenhar um papel importante nessa questão ao estabelecer regras e regulamentações para o seu uso e proteção, bem como mecanismos para solucionar conflitos e garantir a justiça social e ambiental. Contudo, frisa-se que a distribuição dos bens coletivos também depende de decisões políticas e econômicas, bem como de fatores culturais e sociais. É importante também enfatizar que os bens coletivos são valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direitos tais como água, ar, terra, patrimônio cultural e imaterial. Embora o objeto do direito positivo seja a conduta humana, o objeto do direito subjetivo recai sobre bens ou coisas que não podem ser valoradas em termos monetários ou financeiros. Eles têm diversas divisões, dentre elas se encontra os bens caracterizados como

---

<sup>71</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

<sup>72</sup> XIMENES, Julia Maurmann. **Direito e políticas públicas**. Brasília: Enap, 2021.

singulares e coletivos. Os singulares consideram-se em sua individualidade, sendo representados por uma unidade autônoma e os considerados compostos são aqueles que se dão diante de diversos bens únicos e acabam por transformar um todo homogêneo.<sup>73</sup>

Os bens considerados coletivos têm a possibilidade de serem divididos em bens coletivos de direito e bens coletivos de fato. Os bens coletivos de fato são a reunião de bens singulares simples ou compostos, associados pela vontade da pessoa, tendo destinação comum, como um rebanho ou uma biblioteca, permitindo-se sua desconstituição através da manifestação de vontade do seu titular e como bens coletivos de direito, o emaranhado de direitos e obrigações a que a ordem jurídica atribui caráter ímpar, favorecidas de valor econômico, como o dote, o espólio, a massa falida e a herança, sendo certo que tal unidade desorienta e sucede da imposição da lei.<sup>74</sup>

Diante das ponderações a serem feitas durante o processo de políticas públicas, quer se trate de qualquer de suas etapas, é importante frisar que o governo não age sozinho, pois grupos de interesse e movimentos sociais atuam em prol de demandas, direitos e interesses específicos, exercendo sua influência de acordo com o tipo de política a ser formulada e integrada ao governo. A atuação desses atores pode ser positiva, no sentido de ampliar a participação popular, de incluir na agenda do governo demandas sociais até então não contempladas ou ignoradas, permitindo assim que políticas públicas mais efetivas sejam elaboradas. Por outro lado, pode se mostrar negativa, ao defenderem interesses privados em detrimento do interesse público, atuarem, em alguns casos, de forma corporativista ou pressionarem de tal forma que podem interferir na efetividade das políticas públicas.

Algumas visões menos ideologizadas defendem que, mesmo diante da aparição de limitações e constrangimentos, esses fatores não podem influenciar e inibir a capacidade das instituições governamentais de governar tal sociedade, mesmo que acabe tornando a atividade de governar e de formular políticas públicas mais complexa ou burocrática.

O ativismo judicial indica uma função fundamental que será a marca registrada das atividades de debate coletivo e contínuo sobre o papel adequado e a forma de atuação do judiciário a exemplo do que aconteceu na República da América do Norte. Explica-se tal afirmação, retomando-se mais vez a atuação da Corte de Warren, designação essa que se refere ao tempo em que Earl Warren atuou como Chefe de Justiça dos Estados Unidos, a

---

<sup>73</sup> FONTE, Felipe Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva.

<sup>74</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 13 fev. 2023.

saber: de 1953 a 1969. Relevantes decisões envolvendo questões sociais, políticas e de direitos civis foram tomadas nesse período e impactaram significativamente a sociedade americana.

Insta ressaltar que, durante a presidência de Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), houve uma série de conflitos entre o governo e a Suprema Corte dos Estados Unidos, acusada de tomar decisões que impediam a implementação de políticas públicas defendidas pelo presidente para enfrentar a Grande Depressão e garantir a proteção social dos trabalhadores, sendo o mais emblemático desse impasse o caso "Schechter Poultry Corp. v. United States" (1935), em que uma lei federal de 1933, chamada "National Recovery Act (NIRA)" estabeleceu mudanças nas práticas comerciais e trabalhistas para vários setores da economia.<sup>75</sup>

A Suprema Corte dos Estados Unidos declarou o NIRA inconstitucional por violar o princípio da separação de poderes e as liberdades individuais, em especial, o que se referia às relações contratuais entre empregador e empregado, concedendo ao presidente excessivos poderes para intervir na economia, em detrimento dos estados e do Congresso.

Em represália, o presidente buscou aumentar a influência do governo nas decisões da corte, ampliando o número de juízes, mediante uma proposta de reforma da Suprema Corte conhecida como "New Deal". Tal proposta não fora aprovada em virtude da forte reação da sociedade e dos próprios membros da corte, que a consideraram como uma violação da independência do poder judiciário, gerando um intenso debate sobre a intervenção governamental na economia, a extensão dos poderes do presidente e a relação entre os poderes, pressionando politicamente a aprovação de novas leis para enfrentar a crise econômica então vivida.<sup>76</sup>

A correção e aceitabilidade dos julgamentos judiciais significa que eles são aceitos e refletidos como expressões de regras de julgamento comuns que são consideradas objetivas e eficazes, porque muitas vezes são aceitos por todos, além de sua elaboração. Porém, o exercício da função crítica não deve ser atribuído à comunidade política geral, mas deve ser inserido no quadro das organizações sociais e do Estado, e seu tema central deve ser

---

<sup>75</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009.

<sup>76</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 22.

considerado como pano de fundo do radicalismo, isto é, após Warren, a decisão do tribunal sobre os direitos civis.<sup>77</sup>

Além disso, a função crítica pode ser resumida como o reflexo do direito em um país constitucional democrático, pois mostra a problematização da relação entre as normas jurídicas e a racionalidade do governo, a forma institucional de governo representativo e o conhecimento dos indivíduos e populações.

O tema do ativismo judicial será o método de objetificação, planejamento e autorreflexão na formulação de leis em debates públicos e intelectuais contemporâneos. O questionamento permanente da lei refere-se a como entender e julgar o sistema jurídico, como identificar as características do sistema jurídico e promover a sua reforma. Portanto, o cerne do debate ativista é a rejeição das questões que levanta, bem como a dificuldade e judicialização da oposição à maioria.<sup>78</sup>

Levanta-se, a partir desse momento, uma nova questão em relação ao ativismo judicial, explicitada no parágrafo seguinte, que deve ser conduzida por meio de análises políticas e históricas, bem como de uma discussão normativa do direito democrático constitucional contemporâneo, da prática judicial e do pensamento jurídico, implicando, pois, outras questões de pesquisa, conceitos e estratégias.

Ao se discutir o ativismo judicial, questiona-se sobre o papel apropriado do judiciário, o modo de tomada de decisão judicial e o comportamento dos juízes para provar a responsabilidade dos magistrados não eleitos na democracia constitucional. Com esse questionamento, pressupõe-se que haja um padrão histórico objetivo para avaliar e determinar a forma jurídica de atuação do Tribunal, e para investir em um conjunto de expressões sobre o judiciário - a externalidade da norma, a abstração da categoria, a neutralidade do juiz e a natureza fixa das decisões judiciais. Mas, as disputas sobre a prática judicial são intermináveis e as cláusulas e posições definidas pelas partes estão em constante mudança.

---

<sup>77</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.ed. São Paulo: Forense, 2012.

<sup>78</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 13 fev. 2023.

Os múltiplos significados de radicalismo na linguagem acadêmica estão relacionados a mudanças em outros campos, nas diferenças de conceitos e doutrinas jurídicas, orientação jurisprudencial e disputas políticas sobre modelos e técnicas de decisão judicial.<sup>79</sup>

Dessa forma, as sugestões para mensurar o “fenômeno” do ativismo estão sempre relacionadas aos padrões e instrumentos de mensuração utilizados, mas o que se segue é a emergência do tema e sua relação com a prática judicial e as mudanças históricas na prática judiciária norte-americana.

A sociedade está perdida. Além de não considerar inteiramente a interação entre o Tribunal e o sistema político e apontar as limitações analíticas e direções normativas do ativismo judicial, observa-se que também deve ser levantada a questão do direito como prática normativa.

A análise política do pensamento jurídico coloca o desafio de levantar questões de pesquisa estratégica que reconheçam a natureza crítica desses debates para poder transcender a lógica e a ilusão da unidade da teoria e dos conceitos.

A incerteza da lei serve como uma experiência social de prática e reflexão. Em uma perspectiva mais ampla, trata-se de perguntar por que o problema ocorreu naquele determinado momento, quais forças e procedimentos se enfrentaram e qual a história real de seu surgimento. Logo, volta-se à questão sobre a metáfora citada quanto à muda de roupa e sobre quando se deve usá-la.<sup>80</sup>

## 2.2 Garantismo e o Princípio da Legalidade

O chamado constitucionalismo principialista diferencia-se das regras, pois trata os direitos fundamentais como um valor ou princípio moral, admitindo-se ponderações e, conseqüentemente, enfraquecendo a normatividade das regras. Já o constitucionalismo garantista caracteriza-se por sua normatividade constitucional mais forte, não rechaça os princípios, porém, trata deles como regras, ressalvados os princípios que sejam puramente diretivos, os demais implicam a existência ou impõem a introdução de regras que constituem as suas respectivas garantias, ou seja, o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer dos poderes, idôneos a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as

---

<sup>79</sup> PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial” como um “cliché constitucional” deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

<sup>80</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



promessas constitucionais. Nesse sentido, o princípio da legalidade assume uma complexidade estrutural e um valor garantista.<sup>81</sup>

Importa destacar que Ferrajoli<sup>82</sup> refere-se ao princípio da legalidade em dois aspectos, sendo o primeiro a mera legalidade ou em sentido lato ou amplo, funcionando como uma norma de conhecimento do direito existente, equivale ao princípio da positividade, ou seja, é direito tudo e somente o que é posto ou produzido pelos poderes conferidos. Além disso, deve-se observar os critérios exigidos para confecção da norma.

O princípio da legalidade, em sua forma mais estrita, forte ou substancial pressupõe a ocorrência da mera legalidade como um pré-requisito para a validade do direito. A mera legalidade significa que todos os atos e decisões dos poderes públicos devem ser tomados de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos pela lei, tanto em termos de forma quanto de conteúdo. Assim, a mera legalidade é a primeira etapa para garantir que os poderes públicos atuem de acordo com a lei e, por consequência, que seus atos e decisões sejam legítimos e vinculantes. A partir daí, a legalidade substancial ou forte exige que o conteúdo desses atos e decisões também esteja em conformidade com a Constituição e demais leis aplicáveis. A legalidade estrita ou forte ou substancial só pode ser alcançada quando a mera legalidade é respeitada pelos poderes públicos, garantindo que seus atos e decisões sejam produzidos de acordo com a lei em todos os aspectos, tanto formais quanto substanciais

Nesse caso é possível identificar que o princípio da legalidade, no seu aspecto amplo, condiciona o exercício dos poderes públicos. Por isso, no seu segundo aspecto, em sentido forte, também condiciona à validade ou legitimidade dos atos do poder público, pelo respeito e pela implementação das normas constitucionais e dos direitos nelas estabelecidos.

A junção dos aspectos da legalidade consiste na complementação do positivismo jurídico produzido pelo constitucionalismo, positivando não mais apenas o ser, mas também o dever ser do direito, ou seja, não mais apenas a sua forma de produção, mas também as escolhas que a sua produção deve respeitar e implementar. Contudo, importa destacar que, num primeiro momento, é possível afirmar que a divergência entre direito e justiça se reduziu no positivismo construído pelo constitucionalismo.

---

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>82</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**, tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A partir da divergência existente entre a validade e a vigência entre o dever ser constitucional e o ser efetivo da produção legislativa, houve uma mudança de paradigma envolvendo o direito e a democracia gerada pelo moderno constitucionalismo rígido.

Na democracia puramente política, própria do velho Estado legislativo de direito, a lei era fonte suprema e indiscutível da produção jurídica, as maiorias parlamentares eram onipotentes e a validade das leis se identificava com a sua existência.

A positivação constitucional dos direitos fundamentais submete também o legislador a limites e a vínculos substanciais, rompendo a presunção de legitimidade do direito e abrindo espaço para antinomias em razão da indevida produção de leis inválidas. Além disso, também, abre espaço para lacunas em razão da indevida omissão relativamente à produção das leis devidas, conforme ensina Ferrajoli.<sup>83</sup>

Com isso, há necessidade de uma redefinição, seja da validade, seja da democracia, a conferir fundamento ao paradigma constitucional de uma e de outra. Semelhante ao antigo paradigma do Estado Legislativo de Direito. as condições de validade formal continuam a se identificar com as condições da democracia formal, sendo umas e outras satisfeitas pela conformidade das decisões produzidas com as regras que determinam as suas formas democráticas: precisamente o “quem”, que são as normas de competência que atribuem os poderes legislativos e de governo a órgãos representativos, e aquelas sobre a autonomia negocial dos sujeitos capazes de agir e o “como” sendo as normas procedimentais sobre o sufrágio universal e sobre o princípio da maioria, e aquelas sobre as formas dos negócios privados da sua produção.<sup>84</sup>

### 2.3. Dimensões do Modelo Garantista

A noção de democracia no modelo garantista pode ser articulada em quatro dimensões, conforme Ferrajoli,<sup>85</sup> quais sejam: política, civil, liberal e social. As duas primeiras formais, e as outras duas, substanciais – correspondentes às quatro classes nas quais se podem distinguir todos os direitos fundamentais: direitos políticos, direitos civis, direitos de liberdade e direitos sociais.

---

<sup>83</sup> VIANNA, Luiz Werneck, et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>84</sup> DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político; tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

De acordo com esta redefinição, o caráter representativo de um sistema político, garantido pelo sufrágio universal e pelo princípio da maioria, é apenas uma condição da validade das leis e somente uma conotação da democracia. Ele designa apenas a dimensão política da democracia, relativa ao “quem” e ao “como” das decisões públicas, ou seja, às suas formas democráticas, baseadas exatamente nos direitos políticos de autodeterminação na esfera pública. Portanto, segundo Ferrajoli<sup>86</sup>, partindo do modelo quadrimensional de democracia, pois ancorado em quatro classes de direitos, como já mencionado acima, sendo eles:

- a) Direitos Políticos;
- b) Direitos Civis;
- c) Direitos de liberdade;
- d) Direitos Sociais.

Os dois primeiros tipos de direitos, políticos e civis, são chamados “secundários” ou “formais” ou “instrumentais”. Os primeiros, assegurando a autonomia política e os segundos, a autonomia privada, servem para fundar a legitimidade da forma das decisões, respectivamente, na esfera da política e na da economia e, portanto, para fundar a dimensão formal da democracia: de um lado, a democracia política, de outro a democracia civil.<sup>87</sup>

Os outros dois tipos de direitos, de liberdade e sociais chamados de “primários” ou “substanciais” ou “finais”, dizem respeito àquilo que, à autonomia tanto política quanto privada, é proibido ou obrigatório decidir e servem para fundar a legitimidade da substância das decisões e, portanto, a dimensão substancial da democracia: de um lado, a democracia liberal ou liberal democracia, de outro, a democracia social ou socialdemocracia.

Nessas quatro dimensões, todas necessárias e conjuntamente suficientes, é que se baseia o modelo garantista da moderna democracia constitucional, por força do qual é subtraído de qualquer poder, tanto público quanto privado, a possibilidade de revogar qualquer direito fundamental ou outros princípios constitucionalmente estabelecidos.

---

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político; tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>87</sup> PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 134.

## 2.4. Postulado ou Princípios do Modelo Garantista

Em se tratando de princípios constitucionalmente estabelecidos, Ferrajoli<sup>88</sup> menciona que a transformação estrutural do Estado de Direito pode ser descrita através de 4 (quatro) princípios ou postulados. O primeiro sendo o princípio da legalidade, que, no constitucionalismo rígido, aparece como estrita legalidade, por força do qual a própria lei, por sua vez, é condicionada, dependendo a sua validade da conformidade das suas formas e da coerência dos seus conteúdos com as normas constitucionais, formais e substanciais, sobre a sua produção. Trata-se de uma inovação estrutural em relação ao paradigma legislativo, em razão da natureza específica que diferencia a lei e as fontes a esta equivalentes de todos os outros atos jurídicos prescritivos.

Apresenta-se como segundo princípio, o da completude deôntica, sendo ao mesmo tempo um princípio lógico e normativo, afinal, ensina que os direitos estabelecidos por normas primárias devem ser garantidos, e, com isso, surgem deveres quanto à proibição de lesá-los, a obrigação de tutelá-los e satisfazê-los, por parte das funções e instituições de garantias primárias.

O terceiro princípio é o da jurisdicionalidade, para o qual existem normas e garantias primárias, bem como secundárias, para combater possíveis violações às normas primárias. Com base nele, portanto, no modelo garantista, os juízes estão não apenas submetidos à lei, mas também submetidos somente à lei.<sup>89</sup>

É um princípio essencial à manutenção do Estado de Direito, pois as garantias jurisdicionais secundárias ou instrumentais são uma condição necessária da efetividade das garantias primárias ou finais, formuladas com base nos princípios da legalidade e da completude: sem o controle jurisdicional sobre as violações do direito e, particularmente, sobre o direito ilegítimo, o próprio princípio da legalidade, seja em sentido amplo ou estrito, resultaria esvaziado.

O quarto e último princípio que é o da acionabilidade, ensina que onde quer que exista uma jurisdição, esta deve ser prevista como uma forma de garantia secundária para ativação por parte dos titulares de direitos lesados, ou seja, diante da lesão a um direito, deve haver não apenas um juiz, mas também um Ministério Público, que garanta igualmente aquele direito, instrumental à garantia de todos os outros direitos, que é o direito de acesso à justiça.

---

<sup>88</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>89</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002.

No caso de violações a qualquer desses princípios, tem-se o aparecimento do direito ilegítimo, portanto, estes quatro princípios desenham a sintaxe do Estado constitucional de direito, ou seja, o conjunto das regras que disciplinam a produção do direito. Logo, a democracia constitucional é, essencialmente, um sistema de limites a qualquer dos poderes, visando as garantias primárias e secundárias dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Tais garantias são, de fato, destinadas à tutela daquela que Ferrajoli denominou chamar de “esfera do não decidível”<sup>90</sup>, desenhada pelas quatro classes de direitos – políticos, civis, sociais e de liberdade – nas quais se articulam as quatro correspondentes dimensões da democracia.

As garantias constitucionais referem-se à rigidez da Constituição, ou seja, a sua ausência de modificação quanto aos princípios, aos direitos e aos institutos por ela estabelecidos. Insta destacar que isso não significa imutabilidade, afinal, admite-se procedimentos de revisão qualificados, bem como controle jurisdicional de constitucionalidade das leis ordinárias com a constituição contraditórias.<sup>91</sup>

## 2.5. Constitucionalismo Como um Modelo de Garantias

Olhando para o ativismo judicial como um método de interpretação da constituição, vale ressaltar alguns pontos sobre o movimento constitucionalista. Embora haja uma referência à Magna Charta Libertatum de 1215, como sendo a primeira Constituição moderna, essa informação não é exata ou consensual. Trata-se de um pacto celebrado entre o rei da Inglaterra João, o Sem-Terra e um grupo da nobreza. Devido a uma série de manifestações públicas do povo da Inglaterra e que foram promovidas por um importante setor da nobreza, o rei João, o Sem-Terra, foi obrigado a conceder uma série de normas legais em favor dos nobres. E estes reconheceriam o monarca como seu soberano, ideia que se amolda a dimensão substancial do garantismo.<sup>92</sup>

Definira-se, portanto, um tipo de “Pacto Estamental”. Um dos fatos mais importante desse documento é estipular, pela primeira vez, uma limitação dos poderes reais. Na época, muitos queriam acreditar que a Carta Magna anunciava uma nova era de colaboração entre o

---

<sup>90</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político; tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>91</sup> TRINDADE, André Karam (2012). Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 5, n. 1, p. 3-21. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156/98>. Acesso em: 26 jun. 2022.

<sup>92</sup> SOUZA, Juliana Vieira Bernat. **A trajetória histórica do constitucionalismo**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/54702/a-trajetoria-historica-do-constitucionalismo>. Acesso em: 30 dez. 2022.

monarca e seus súditos. No entanto, ela foi de curta duração, só vigorou por dez semanas. O rei só concordou em ratificá-la para ganhar tempo. Pouco depois, apelou a Roma para que o papa Inocêncio III declarasse o documento nulo e sem efeito. Seus desejos foram atendidos. Poucos meses depois, a Inglaterra entrou em guerra civil.<sup>93</sup>

Apesar de a Carta Magna de 1215 não poder ser caracterizada como uma Constituição no sentido moderno do termo e sim, um acordo político entre o rei e a nobreza, ela tem importância na história, constituindo um precedente histórico das Constituições dos Estados. Nela dois princípios fundamentais foram estabelecidos na luta pelos direitos humanos: o respeito aos direitos naturais da pessoa e a submissão do poder político às normas estabelecidas pelo povo. O grande avanço desse documento é que o poder absoluto do Rei ficou sujeito a essas disposições legais, embora não tenha criado uma estrutura formal de governo, definido seu funcionamento, ou estabelecido direitos e deveres fundamentais que regessem toda a sociedade (generalidade) e as regras de processo político, características comuns às constituições modernas.

A origem do constitucionalismo moderno pode ser encontrada na Inglaterra. O reinado de Jaime I caracterizou-se por um confronto progressivo entre o Parlamento e o Monarca, que terminou em guerra aberta e, finalmente, na vitória do Parlamento e na execução do rei Carlos I, filho de Jaime, em 1649. Mas, a Proclamação da República não trouxe consigo liberdade ou democracia, mas governo militar e ditadura, embora, pela primeira vez, tenha sido feita uma tentativa, sem sucesso, de dotar a Inglaterra de uma Constituição escrita como Instrumento de Governo.

Após a restauração da monarquia em 1660, tentou-se, novamente, um equilíbrio entre os poderes reais e parlamentares, mas a "Declaração de indulgência" aprovada pelo rei Jaime II em 1687 suspendeu em bloco uma série de leis aprovadas pelo Parlamento em defesa da Igreja Anglicana, o que foi considerado uma quebra do equilíbrio constitucional e logo a oposição, se transformou em Revolução. O Parlamento depôs o rei e entronizou uma nova dinastia na pessoa de Guilherme de Orange. A partir deste momento, o equilíbrio constitucional teórico foi reforçado, mas com uma predominância efetiva cada vez mais evidente do Parlamento sobre o Rei. Essa preeminência do Parlamento no sistema político britânico é conhecida como soberania parlamentar. O que se observa é que a Inglaterra desenvolveu uma tradição de governo limitado pelo direito, com importantes documentos jurídicos que estabeleciam limites

---

<sup>93</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal**: conforme a teoria dos jogos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 55-56.

ao poder do rei e direitos fundamentais aos cidadãos, embora não formassem uma Constituição escrita única e codificada, a exemplo da Petição de Direitos (1628) e do Habeas Corpus Act (1679).<sup>94</sup>

O aparente equilíbrio alcançado após a Revolução Gloriosa entre os poderes parlamentares e a prerrogativa régia foi considerado, em ambos os lados do Atlântico, como o modelo a ser seguido por qualquer constituição que procurasse garantir a liberdade. Embora, não falem precedentes de autores que, ao longo da história do pensamento político, teorizaram sobre o tema (de Aristóteles a Marsilio de Pádua), Montesquieu é considerado o principal autor da doutrina da separação dos poderes, um dos pensadores que teve a maior influência sobre o movimento revolucionário francês no final do século XVIII. Não se deve, porém, esquecer que ele se limitou a propor para a França o sistema de equilíbrio de poderes que julgava ver na vida política inglesa e que podia ler em John Locke.<sup>95</sup>

A geração de pressupostos para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno se deu durante o Iluminismo, quando foram idealizados os direitos subjetivos, ou seja, direitos de um indivíduo, invocáveis inclusive contra o Estado, dando aos indivíduos garantias. No entanto, o modelo pré-moderno era, na verdade, de Status sociais e não de Direito, regulados por suas próprias leis.

A teoria que melhor justificava a ideia de constitucionalismo era a contratualista. O evento clássico que vislumbra a teoria contratualista é a colonização do norte dos Estados Unidos, em Massachusetts. A população estabeleceu um “contrato” a bordo do navio migrante para gerir aquele local.<sup>96</sup>

A partir da teoria contratualista, tem-se a justificativa da existência de um Estado, isso ocorre porque ele é um ente criado pelas próprias pessoas para proteção dos seus interesses. Nesse sentido, dentre os modelos contratualistas, o que mais justifica a existência do Constitucionalismo é o modelo de contratualismo liberal.

No modelo contratualista liberal, os indivíduos celebram o contrato social a partir do qual o estado é formado, porém, os indivíduos não renunciam todos os seus direitos. Assim, algumas liberdades podem ser restringidas em favor do Estado, mas outras são entendidas como prevaletentes, sendo incapazes de regulamentação ou intervenção estatal. São direitos naturais que eram considerados desde a fase pré-política e a violação deles levaria, inclusive, ao controle estatal. Transcendia o modelo do contratualismo hegemônico, que diferia do antigo

---

<sup>94</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

<sup>95</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

<sup>96</sup> MIRANDA, Jorge, op. cit.

naturalismo, não se fundamentava na origem divina ou na necessidade de proteção, não se sujeitava ao controle estatal.

Oriundo do racionalismo e do liberalismo jurídico, o constitucionalismo é uma corrente de pensamento jurídico que se manifesta pelo desejo de organizar o exercício do poder político do Estado por uma norma jurídica qualificada como Constituição. Os princípios jurídicos veiculados pelo constitucionalismo ainda regem as concepções modernas de democracia e Estado de Direito, cuja promoção, o juiz constitucional e o juiz em geral se tornaram atores essenciais.<sup>97</sup>

Desse modo, há algumas ideias sobre o Constitucionalismo, sendo que algumas delas se difundiram, como por exemplo a ideia de Montesquieu sobre a separação dos poderes e das funções estatais criadas para contensão do poder, de modo que aqueles que o possuísem, não o utilizassem de forma abusiva em face dos direitos naturais das pessoas.

A proclamação da Igualdade Formal dizendo que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, permitiu que a burguesia se instalasse como classe hegemônica, pois, nos séculos XV e XVI, ela tinha o poder econômico, mas não o poder político. Portanto, o Constitucionalismo se encaixou perfeitamente com esse movimento burguês, além disso, deixou o Governo de ser justificado como algo que fosse inspirado por vontades divinas ou hereditárias, passando a ser fundamentado no próprio consentimento dos particulares.

Feitas as premissas iniciais sobre o Constitucionalismo e a ideia de Estado, chega-se ao chamado Constitucionalismo Liberal Moderno, que possui três bases filosóficas: a inglesa, francesa e a norte-americana, já mencionadas de modo sucinto anteriormente, sendo retomadas a seguir.<sup>98</sup>

Na filosofia inglesa, a ideia de constituição é buscada nas instituições presentes na história da própria Inglaterra, ou seja, não há no modelo inglês uma constituição escrita (documento único) que rompa com todas as tradições inspiradas pelo direito comum, a *common law*, portanto, tem-se o reconhecimento de normas que preexistem ao direito constitucional. A Inglaterra foi o primeiro país a ingressar no Constitucionalismo, o que representou um ritmo mais acelerado de revoluções na Inglaterra, porém, essas revoluções não representaram uma ruptura de ideias, mas comprometeram a monarquia com a hegemonia do Parlamento britânico.

Já o modelo francês toma para si a ideia de ruptura, ou seja, de romper completamente com o passado e construir uma nova realidade política. Logo, pode-se dizer que foi na França

---

<sup>97</sup> TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodium, 2015.

<sup>98</sup> DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.



o nascedouro do Poder Constituinte. O modelo francês dá especial atenção ao poder legislativo, porque este poder é novo, o poder judiciário não. E havia um legado ruim, pois não se confiava nos juízes. Sua função era somente proclamar a vontade da lei. Até meados do século XIX, havia na França os chamados "referendos legislativos", em que os juízes deveriam consultar o legislador caso houvesse dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma que já vigorava há algum tempo, pois havia uma grande desconfiança do judiciário e a valorização do voto como representação da vontade do povo.<sup>99</sup>

O grande problema do modelo francês foi a instabilidade institucional, pois a ideia central sobre o poder constituinte era a de ruptura com o passado. Logo, a cada reforma estatal, era necessária uma nova constituição, não por menos que a França já passa da sua décima constituição. Especialmente, no final do século XVIII e início do século XIX, a França teve, praticamente a cada 2 anos, uma nova Constituição. No modelo norte-americano, houve uma ruptura com o pensamento francês, apesar de reconhecer a contribuição do modelo de constituição francófona como norma jurídica e não qualquer norma. No modelo americano, havia a função de invalidar as leis contrárias ao normativo constitucional. Portanto, o controle de constitucionalidade é uma ideia inspirada no modelo americano.

No modelo americano, há uma concepção de constituição como norma jurídica, embora seja uma constituição mínima em razão da sua extensão e, também, da sua forma de alteração que é praticamente impossível, uma vez que exige 2/3 de votos favoráveis do Senado Federal e depois 3/4 dos Estados, que votam em suas casas em convenções convocadas especificamente para o tema. Nesse sentido, é importante ressaltar que a constituição americana raramente muda formalmente, sendo a alteração mais comum aquela promovida pelo Poder Judiciário quando há alteração na jurisprudência da Suprema Corte.<sup>100</sup>

É possível perceber que, para os três modelos mencionados, nenhum estava inicialmente centrado na ideia de proteção dos Direitos Sociais, mas sim, na proteção de direitos individuais, não sendo o foco de nenhum dos modelos fixar metas para proteção de direitos coletivos.<sup>101</sup>

Desse modo, o constitucionalismo liberal teve que mudar. Por exemplo, na Alemanha, no final do século XIX, políticas sociais que forneciam aos trabalhadores alemães proteção e segurança social a exemplo do estabelecimento de um sistema de seguro social obrigatório para fornecer benefícios de saúde e pensões para trabalhadores e da regulamentação das condições de trabalho, começaram a ser implementadas pelo Chanceler Otto von Bismarck, que

---

<sup>99</sup> PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 134.

<sup>100</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

<sup>101</sup> DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

originalmente se opunha aos ideais socialistas e marxistas que estavam ganhando força na época.

Essas políticas funcionaram como um meio para manter o poder, fortalecendo o Estado alemão mediante o aumento da lealdade dos trabalhadores à nação e à monarquia, lançando as bases para o que mais tarde seria chamado de "Estado de Bem-Estar Social".<sup>102</sup>

Já na Inglaterra, a mudança em direção ao Estado de Bem-Estar Social foi impulsionada pela pressão dos trabalhadores e pela ampliação do direito ao voto para além das elites econômicas e políticas, chegando às camadas mais pobres da população, o que proporcionou alteração na composição do poder legislativo, que se tornou mais representativo das demandas e interesses das classes trabalhadoras, o que favoreceu a implementação de políticas sociais e econômicas para garantir proteção e segurança social a todos os cidadãos, propiciando uma onda crescente de conscientização da relevância de se ter uma sociedade mais justa e igualitária. Assim, os Direitos Sociais foram consequências dos Direitos Políticos.

O Estado Constitucional Liberal passou a caminhar em direção ao Estado Social, ao proteger o mais fraco do mais forte, corrigindo um problema do constitucionalismo liberal que, sob a fachada de uma igualdade formal, criava uma absurda discrepância no corpo social, distanciando-se de uma igualdade material ou isonômica.

O estopim do Constitucionalismo Liberal e do Estado de Bem-Estar Social ocorreu em um período anterior à Segunda Guerra Mundial, mais precisamente, nas primeiras décadas do século XX, em meio a uma série de mudanças políticas, econômicas e sociais que visavam garantir proteção e segurança social e uma igualdade formal entre os cidadãos (igualdade perante a lei).<sup>103</sup>

A primeira referência de destaque na mudança de paradigma inicia-se no período pós Segunda Guerra Mundial, combinando com os instantes finais da filosofia do positivismo jurídico partindo da experiência vivenciada na Alemanha Nazista e seus crimes contra a humanidade, levados a cabo graças a esta filosofia jurídica positivista, uma vez que as atrocidades em questão estavam devidamente respaldadas pela Constituição daquele país, à época, a denominada Constituição de Weimar.

No pós-Segunda Guerra Mundial, o modelo de Estado de Bem-Estar Social ampliou-se e aperfeiçoou-se em outros países, onde foram criados sistemas de proteção social abrangentes e sofisticados. Nos Estados Unidos, a jurisdição constitucional também evoluiu, e a Suprema

---

<sup>102</sup> GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>103</sup> DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

Corte passou a interpretar a Constituição de forma mais ampla e a abraçar o Estado de Bem-Estar Social. Já na França, buscou-se a positivação desse modelo de estado no texto constitucional, de forma a torná-lo um preceito paradigmático, isto é, um princípio fundamental a ser seguido em todas as políticas públicas. Acrescenta-se que essa positivação do Estado Social nas Constituições contemporâneas faz com que as políticas sociais e econômicas sejam consideradas prioritárias e que os direitos sociais e econômicos sejam tratados com a mesma importância que os direitos civis e políticos.

Até o final da 2ª guerra mundial, se acreditava que a melhor forma de promover os direitos era por meio dos poderes elegíveis, no caso o Legislativo e o Executivo. Entretanto, após esse período, isso foi desmentido, pois se verificou a necessidade de controlar os abusos praticados pelas maiorias políticas e, a partir, de então, o controle de constitucionalidade realizado pelo judiciário passou a ser visto com bons olhos e foi se espalhando no cenário mundial.

O modelo americano começou, então, a ser dominante no mundo. Entretanto, não foi hegemônico, pois houve uma mistura com o modelo Europeu de Controle de Constitucionalidade criado por Hans Kelsen em 1920 a pedido do governo austríaco.<sup>104</sup>

Logo, o modelo norte-americano misturado com o Kelseniano, caracterizou-se pela forte presença do Controle de Constitucionalidade e teve suas bases fixadas em constituições sociais analíticas que se espalharam pelo mundo, sob inspiração francesa de prever os direitos no texto.

Como já abordado, operou-se uma modificação de paradigma quanto à geração da norma jurídica, em que, na primeira metade do século, era comum a diferenciação entre princípios e normas jurídicas, considerados como esferas diferentes, distintas e, na segunda metade daquele século, passou-se a considerar norma jurídica como gênero do qual são espécies a norma-princípio e a norma-regra.

Isso implicou uma mudança radical de conceitos quando da aplicação legislativa, analisando em maior emancipação ao Magistrado em sua ocupação interpretativa. As normas-princípios ganham efetividade e aplicabilidade por parte do julgador, notadamente, quando se trata da hermenêutica Constitucional, o que não era possível quando separadas as normas dos princípios, reclamando assim uma nova apresentação do Magistrado, sendo este, portanto, uma das razões que movimentam a prática do ativismo judicial.

---

<sup>104</sup> KELSEN, Hans; tradução MACHADO, João Baptista. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Teixeira<sup>105</sup> conceitua ativismo judicial positivo como sendo aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca ratificar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição.

Este modo de apreciação proativo faz-se, até mesmo, necessário para a própria autopreservação do texto Constitucional, segundo analisado por Konrad Hesse em seu texto “A Força Normativa da Constituição”.<sup>106</sup>

Logo a conduta ativista dos juízes é estampada quando se tem a utilização de métodos flexíveis na interpretação das normas sob o prisma de concretização dos direitos fundamentais. Entretanto, isso não significa que o juiz que adota técnicas ativistas seja um ativista, afinal, um comportamento não define a identidade, existindo momentos que levam a um ou a outro posicionamento. Desse modo, o ativismo judicial passa a ser retratado como um método interpretativo que, às vezes, é usado e, em outras vezes, fica guardado, semelhante àquela muda de roupa que hora se veste e hora se prefere deixá-la guardada. Entretanto, a questão não é sobre qual seria o problema de se usar ou não usar uma determinada muda de roupa, no caso da metáfora, o ativismo judicial, mas sim quando usá-la.

E, por oportuno, ao se falar na crescente participação dos juízes na concretização de direitos sociais, retoma-se aqui a origem da expressão ativismo judicial, que, como já mencionado no corpo desta pesquisa, inicialmente apareceu como uma crítica do historiador norte-americano Arthur Schlesinger<sup>107</sup> à atuação de magistrados da Corte de Warren, envolvendo posicionamentos de dois grupos de juízes: um grupo composto por Hugo Black e William Douglas dizia que o direito e a política eram inseparáveis e por isso a Corte deveria adotar uma postura ativa na promoção do bem-estar social; e o outro grupo, liderado pelos juízes Felix Frankfurter e Robert Jackson, defendia uma postura de autocontenção judicial e uma atitude de respeito aos demais poderes.

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro com a expansão da esfera de atuação do legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista

<sup>105</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 13 fev. 2023.

<sup>106</sup> HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

<sup>107</sup> BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, [s.l.], v. 09, p.258-301, 2008.

que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.<sup>108</sup>

No que concerne à questão da expansão da atuação do legislativo e da contenção da atuação do judiciário, salienta-se que o Controle de Constitucionalidade firmado na ideia de Constitucionalismo Social em constituições analíticas acaba por gerar uma perplexidade envolvendo a segurança jurídica. Quando o Poder Judiciário, que possui menos legitimidade democrática, já que seus membros não são eleitos, atua retirando uma norma do ordenamento jurídico, tem-se uma atuação contramajoritária. Dessarte, tal procedimento deve ser feito com cautela.

## 2.6. A Rigidez Constitucional e o Garantismo

Ferrajoli<sup>109</sup> destaca que a rigidez constitucional não é, propriamente, uma garantia, mas sim uma característica estrutural das Constituições ligadas à colocação destas no vértice da hierarquia das normas, razão pela qual as constituições são rígidas por definição, pois, se não o fossem, não seriam, na realidade constituições, mas equivaleriam a leis ordinárias.

A constituição se identifica com o grau supraordenado das normas em relação a todas as demais oriundas de outras fontes do ordenamento jurídico. Naturalmente, é este o sentido de rigidez das Constituições, afinal, aquelas expectativas que são universais, tais como os direitos fundamentais, a rigidez constitucional confere a tais direitos uma dupla normatividade, ou seja, como sendo normas superiores a todas as outras, não podem ser modificadas por fontes subordinadas, e como expectativas negativas ou positivas, com respeito a seus titulares, da sua não violação e da sua atuação. Portanto, para que tais direitos sejam garantidos, não basta a sua mera positivação, sendo necessária também a sua rígida constitucionalização, pois, do contrário, em se tratando de uma Constituição flexível, seriam eles derogáveis pelas leis ordinárias.

---

<sup>108</sup> PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial” como um “cliché constitucional” deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 134-168.

<sup>109</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político; tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Importante destacar que a rigidez apresentada, conforme exposta e ilustrada acima, ocasiona um aprisionamento às gerações futuras, afinal, chegará o momento em que os vivos estarão vivendo as vontades dos mortos e não as suas próprias, não por menos que a Constituição Francesa de 1793 dispôs em seu artigo 28<sup>110</sup> que “Um Pueblo siempre tiene el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar á sus leyes á las generaciones futuras”. Ou seja, todo povo sempre tem direito de rever, reformar e alterar a sua Constituição e uma geração não pode sujeitar as suas leis às gerações futuras.

O constitucionalismo garantista inverte este argumento. O princípio do constante direito de todas as gerações de decidir a respeito de seu futuro serve, com um aparente paradoxo, para sustentar a tese exatamente oposta à da existência de um poder constituinte permanente e radical como expressão da soberania popular. Esse princípio, atua em favor, precisamente, da tese de que a própria rigidez constitucional é uma garantia essencial à soberania popular das futuras gerações e dos próprios poderes das futuras maiorias. Dito de outra forma, a rigidez engessa a geração presente aos seus postulados e impede as futuras gerações de revisar os mesmos.<sup>111</sup>

Analisado o sentido sobre rigidez da Constituição, evidencia-se, com mais clareza, a natureza das garantias constitucionais, como garantias da rigidez, ou seja, da normatividade da Constituição. Elas não se identificam com a rigidez, que é uma característica da Constituição enquanto tal, mas sim com as regras idôneas a assegurar a sua efetividade, pois como já mencionado, o termo Constituição, por si só, já deve, naturalmente, ser uma norma supraordenada em relação a todas as demais oriundas de outras fontes do ordenamento jurídico. Sendo as garantias constitucionais primárias, respectivamente, negativas e positivas, impostas à legislação, a proibição de violar e a obrigação de concretizar as normas constitucionais e os direitos por elas estabelecidos.<sup>112</sup>

Em outras palavras, as regras que estruturam a esfera do “não decidível que” e do “não decidível que não”, são garantias constitucionais secundárias. Por outro lado, os controles requeridos à jurisdição sobre a ilegitimidade das violações à Constituição, ou seja, as regras predispostas à proteção da esfera do “não decidível” nas situações de inobservância, por comissão ou omissão, das garantias constitucionais primárias.

Dizer que as garantias primárias e as garantias secundárias exprimem a normatividade e, simultaneamente, garantem a efetividade das Constituições equivale, segundo a abordagem garantista, a ler as suas violações como antinomias ou como lacunas

---

<sup>110</sup> **Constitución Francesa, de 1793. Disponível em:** [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_fra.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf). Acesso em: 23 out. 2022.

<sup>111</sup> DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

<sup>112</sup> BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 37, n° 145, jan/mar 2000.

estruturais, as primeiras por comissão e as segundas por omissão. Trata-se de antinomias e de lacunas estruturalmente diversas das antinomias e das lacunas que ocorrem entre normas de um mesmo nível. Na verdade, utilizo “antinomia” e “lacuna” em um significado mais restrito em relação aos usos correntes. Com estes termos, centrais no modelo garantista da democracia constitucional, designo somente as antinomias e as lacunas geradas pela virtual divergência deontica entre normas sobre a produção e normas produzidas, as primeiras de grau supraordenado às segundas. Diversamente das antinomias e das lacunas entre normas do mesmo nível, tais aporias podem ser configuradas como violações, que comportam, se não removidas por intermédio de intervenções das autoridades, a inaplicabilidade da norma violada, no primeiro caso pela existência e aplicabilidade de uma norma subordinada com ela em contrastante; e, no segundo caso, pela inexistência das suas normas de atuação.<sup>113</sup>

Portanto, para Ferrajoli, as garantias primárias e secundárias têm o papel de expressar a normatividade das constituições e garantir a efetividade dos seus preceitos. No contexto do garantismo, as violações a essas garantias podem ser vistas como antinomias ou lacunas estruturais. Esses termos são aplicados especificamente para descrever as contradições deonticas entre normas de produção e normas produzidas. As antinomias surgem quando há um conflito entre uma norma superior e uma norma subordinada, levando à inaplicabilidade da norma violada. Já as lacunas ocorrem quando não existem normas de atuação para tornar efetiva uma norma. Ambas são consideradas violações que podem levar à inaplicabilidade das normas, a menos que sejam corrigidas por intervenção das autoridades competentes.

## 2.7. Antinomias e o Garantismo

As possíveis antinomias, como sendo violações às garantias primárias e secundárias, em se tratando de uma abordagem garantista, Ferrajoli explica que antinomia são, na verdade, quaisquer conflitos entre normas, não apenas de hierarquia diversa em violação ao princípio da legalidade, mas também entre normas de épocas ou extensão diversas. Além disso, vale destacar que antinomia, como explicado, se diferencia de lacunas, pois enquanto as primeiras são tidas a partir de um conflito de normas, as segundas seriam quaisquer ausências de normas:<sup>114</sup>

Trata-se, ao contrário, de duas ordens de fenômenos profundamente diversos. O conflito entre normas de épocas ou de extensões diversas é comumente resolvido pelo intérprete mediante a aplicação do critério cronológico ou do critério da especialidade; analogamente, a ausência de normas que expressamente obriguem, proibam ou permitam determinada ação é superada pelo intérprete – onde isso não esteja excluído expressamente, como ocorre em matéria penal – mediante o raciocínio analógico ou o recurso aos princípios gerais de direito. A mesma coisa não se pode dizer em relação às

<sup>113</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25.

<sup>114</sup> Idem. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 46.

antinomias e às lacunas que são determinadas pelos desníveis normativos, como as que ocorrem entre normas constitucionais e normas legais e que, portanto, chamei de “estruturais”. Somente estas, e não aquelas outras, são frutos de violações jurídicas e, por isso, exigem, quando se tratar de antinomias, um provimento jurisdicional que declare sua invalidade, anulando as normas indevidamente existentes; e, quando se tratar de lacunas, uma intervenção legislativa que introduza as normas de atuação indevidamente inexistentes. Somente elas, e não as demais, contradizem a hierarquia das fontes, tornando inaplicáveis as normas constitucionais: as antinomias pela indevida presença de normas com elas em contraste, e as lacunas pela indevida ausência das respectivas leis de atuação. Por fim, somente elas, e não as demais, consistem em vícios: não existe, na verdade, nenhum vício na norma precedente ou na norma geral, respectivamente derogadas pela norma posterior e pela norma especial; tampouco na aparente incompletude colmatada pela analogia. Enquanto são aparentes as antinomias e as lacunas resolvidas pelo intérprete com a prevalência conferida à *lex posterior* ou à *lex specialis*, ou com o recurso à analogia, são reais, pois estruturais, as antinomias e as lacunas consistentes em violações da Constituição, isto é, consistentes em normas com esta em contraste ou na ausência de normas de atuação em relação a ela. Em conclusão, são estes vícios que, a meu ver, merecem o nome de antinomias e de lacunas: vedadas as primeiras pelas garantias constitucionais negativas, primárias e secundárias; e as segundas vedadas pelas garantias constitucionais positivas.

Etimologicamente, *anti* significa conflito, *nomia* (ou “nomos”) significa norma. Portanto, de fato, é o conflito entre normas, como mencionado por Ferrajoli, visto acima. Entretanto, para que haja antinomia jurídica é preciso três condições básicas, sendo: as normas precisam ser contraditórias, válidas e estarem em vigor no momento do conflito. Ou seja, por exemplo, as normas seriam contraditórias quando uma delas permite determinado comportamento e outra proíbe o mesmo comportamento, sendo elas válidas e em vigor no mesmo ordenamento jurídico, esse é o fenômeno conhecido pela doutrina como antinomia jurídica, que afeta diretamente a segurança jurídica, devendo ser evitado no ordenamento jurídico, afinal, como afirma Bobbio:

A situação de normas incompatíveis entre si é uma das dificuldades frente as quais se encontram os juristas de todos os tempos, tendo esta situação uma denominação própria: antinomia. Assim, em considerando o ordenamento jurídico uma unidade sistêmica, o Direito não tolera antinomias.<sup>115</sup>

Para Bobbio, antinomia

é aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, entre as quais uma obriga e a outra desobriga ou proíbe, ocasionando uma contradição, ou ainda, uma norma obriga e a outra simplesmente permite, gerando contraditoriedade.<sup>116</sup>

Os verbos seriam proibir, obrigar e permitir, cada um coexistindo com uma norma conflitante, gerando assim antinomias. Além das situações mencionadas, para que haja

<sup>115</sup> BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6 ed. Brasília: UnB. 1995, p.25.

<sup>116</sup> Op. cit, p.85.



antinomias, é necessário que as duas normas coexistam no mesmo espaço, devem ter o mesmo âmbito de validade, seus comandos ser incompatíveis e persistir a insustentabilidade da posição do destinatário da norma, ou seja, o indivíduo deve ficar numa posição insustentável, sem nenhuma regra jurídica que aponte uma solução positivamente válida para a solução do conflito.

Existem, ainda, algumas espécies de antinomias jurídicas, sendo: antinomia real, antinomia aparente e antinomia entre os critérios de solução, as quais são abordadas a seguir. Antinomia real é aquela em que as colisões entre duas normas fazem com que se excluam reciprocamente, por ser impossível, remover a contradição com os critérios existentes no ordenamento jurídico, portanto, não pode ser resolvida.

Como exemplo pode-se mencionar um conflito entre normas de mesma hierarquia, publicadas no mesmo dia e no mesmo grau de generalização para o fato. Para esses casos, não existem soluções em abstrato, caberá ao intérprete, em face do caso concreto, fazer ponderações de princípios e regras, aplicando a norma mais razoável e proporcional ao caso, em observância a todo o sistema normativo constitucional em vigência.

Vale destacar que a ponderação exposta acima não supre a antinomia, porém, resolve o caso concreto, afinal, não poderia o intérprete e aplicador da norma deixar de apreciar o caso concreto, em razão dos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional e da vedação ao *non liquet*.<sup>117</sup> Assim sendo, nenhuma situação posta ao Poder Judiciário poderá deixar de ser decidida sob alegação de não haver norma compatível no sistema jurídico. Por isso, o aplicador do direito terá que encontrar a melhor solução, podendo assim fazer uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.<sup>118</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>119</sup> dispõe no mesmo sentido:

O reconhecimento desta lacuna não exclui a possibilidade de uma solução efetiva, quer por meios ab-rogatórios (edita-se nova norma que opta por uma das normas antinômicas), quer por meio de interpretação equitativa, recurso ao costume, à doutrina, a princípios gerais do direito, entre outros. O fato, porém, de que estas antinomias ditas reais sejam solúveis desta forma não exclui a antinomia, mesmo porque qualquer das soluções, ao nível da decisão judiciária, pode suprimi-la no caso concreto, mas não suprime a sua possibilidade no todo do ordenamento, inclusive no caso de edição de nova norma, que pode por pressuposição, eliminar uma antinomia e, ao mesmo tempo dar origem a outras. O reconhecimento de que há antinomias reais

<sup>117</sup> RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília. Ano 50, n.199, jul/set, p. 25-33, 2013.

<sup>118</sup> Art. 4º do Decreto Lei nº 4.657/1942. BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 01 jun. 2022.

<sup>119</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.

indica, por fim, que o direito não tem o caráter de sistema lógico-matemático, pois sistema pressupõe consistência, o que a presença da antinomia real exclui.

O ordenamento jurídico pode conter contradições entre normas, chamadas de antinomias, e embora existam formas de solucioná-las em casos específicos, a possibilidade de antinomias persiste, indicando que o direito não pode ser considerado um sistema lógico-matemático totalmente consistente. É importante destacar que o reconhecimento das antinomias reais indica que o direito não possui um caráter de sistema lógico-matemático, pois um sistema pressupõe consistência, o que é excluído pela presença de antinomias. Isso significa que o direito não pode ser totalmente reduzido a uma estrutura lógica perfeita, mas envolve elementos de complexidade e contradição.

### *2.7.1. Antinomia de primeiro grau*

Antinomia Aparente, diferente da antinomia mencionada acima, possui critérios para sua solução, logo, podem ser resolvidas e por isso não são reais, mas sim aparentes. Não é difícil o reconhecimento de quatro critérios para solucionar as aparentes antinomias, sendo eles: hierárquico, cronológico, especialidade e a norma mais benéfica ao destinatário:

a) Critério hierárquico: é o principal critério de solução das antinomias jurídicas no processo de interpretação. Desenvolvido sobre os ensinamentos de Hans Kelsen, com base na teoria da Construção Escalonada das Normas Jurídicas, este critério tem como norma mais importante a Constituição, servindo de fundamento de validade para as demais normas jurídicas.

Kelsen, para dar sentido a sua teoria, criou uma pirâmide hierarquizada de normas, onde no topo estaria a Constituição e o seu fundamento de validade é retirado de uma Norma Hipotética, pressuposta ao próprio jurista. A norma hipotética fundamental é a norma última superior, a mais elevada, não posta no ordenamento jurídico, mas sim pressuposta, servindo para fundamentar todo o resto.<sup>120</sup>

Dito de outra forma, uma norma só é válida se ela estiver em conformidade com a norma que lhe seja hierarquicamente superior, e assim sucessivamente, até alcançar a norma hipotética fundamental que lhes dá o fundamento de validade.

Logo, uma norma de hierarquia inferior jamais poderá se sobrepor a uma norma hierarquicamente superior, uma vez que extrai seu fundamento de validade dessa norma.

---

<sup>120</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 141.

Portanto, a estrutura lógica da ordem jurídica é piramidal, estabelecendo uma hierarquia, uma relação de subordinação.

Como exemplo prático à utilização do critério hierárquico, basta uma antinomia envolvendo a constituição e uma norma infraconstitucional, como leis, resoluções, decretos etc. Pelo critério hierárquico, resta evidente que a norma constitucional deve prevalecer sobre qualquer outra norma que esteja abaixo da Constituição, afinal, a norma infraconstitucional retira seu fundamento de validade da norma superior.

b) Critério cronológico: é também conhecido como critério temporal, este se baseia na origem das normas, especificamente, no seu tempo de criação. Tudo que vem depois estaria mais atualizado do que vem antes. Em outras palavras, norma posterior prevalece sobre normas anteriores naquilo que for contraditória.

A lei mais nova pode ou não revogar a lei mais antiga já existente no ordenamento jurídico, tanto de forma expressa quanto de forma tácita. A revogação expressa seria quando na nova Lei insere-se no seu conteúdo um dispositivo enunciando “esta lei revoga a Lei ...”. A revogação tácita envolve os casos de normas que regulam inteiramente os enunciados da norma anterior existente, sem precisar discriminar sua revogação no texto da norma recém-criada. Revoga-se a norma anterior também quando a norma atual for com ela totalmente incompatível. Nesse sentido, Alexandre Rosa, citando Norberto Bobbio, adverte: Se em um ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas.<sup>121</sup>

Esse critério possui fundamento no artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.<sup>122</sup>

c) Critério da especialidade: também chamado de *lex specialis*, em função da expressão latina *lex specialis derogat legi generali*, é o critério que consiste em determinar a aplicação da norma mais específica para o caso concreto, não acarretando revogação da outra norma preterida, de caráter geral, quando em conflito.

---

<sup>121</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Não se faça de Bobbio**: a importância do ordenamento jurídico. 2016. Disponível em <[https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/diario-classe-nao-faca-bobbio-importancia-ordenamento-juridico#\\_edn12](https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/diario-classe-nao-faca-bobbio-importancia-ordenamento-juridico#_edn12)>. Acesso em: 02 jan. 2023.

<sup>122</sup> BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 01 abr. de 2022

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, art. 2º, §2º dispõe que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.<sup>123</sup>Nesse sentido, Maria Helena Diniz<sup>124</sup> comenta:

Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim do *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadra na norma especial, embora também seja previsto na geral.

Nesse critério, portanto, a norma especial prevalece sobre norma geral, não acarretando revogação, apenas não aplicabilidade da norma geral naquilo que a norma especial trata mais detalhadamente, evitando o *bis in idem* e solucionando uma possível antinomia jurídica.

d) Critério da norma mais benéfica: a norma mais benéfica ao réu deve ser aplicada em detrimento da norma mais prejudicial. Parte-se do pressuposto de que nenhuma interpretação, em um eventual conflito de normas – antinomias, a que prejudicasse o destinatário pudesse vigorar, mais sim a que fosse mais benéfica.

### 2.7.2. Antinomia de Segundo Grau

Os critérios para solucionar as antinomias aparentes foram vistos no tópico anterior. Entretanto, ainda é possível que entre esses critérios de solução haja antinomia. São as chamadas antinomias de Segundo Grau:

a) Critério Hierárquico X Critério Cronológico: imagine que a norma “B” sancionada no ano de 1988, de ordem constitucional, entra em conflito com uma norma “C”, sancionada em 2018 e de ordem infraconstitucional, ambas tratando da mesma matéria. Qual dessas normas, “B” ou “C”, seria aplicada no caso concreto?

Nesse contexto, quando existir um conflito de antinomias sobre os critérios de solução, entre o critério hierárquico e o critério cronológico, prevalecerá o critério hierárquico, para todos os efeitos, afinal, a norma superior prevalece sobre a norma inferior (pirâmide de Kelsen).<sup>125</sup>

b) Critério Hierárquico X Critério Especial: imagine que a norma “A” sancionada no ano de 1988, de caráter geral e de ordem constitucional, entra em conflito com a

<sup>123</sup> Op. cit.

<sup>124</sup> DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40.

<sup>125</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: UnB. 1995, p.25.

norma “B”, sancionada em 2018, de caráter especial e de ordem infraconstitucional, ambas tratando da mesma matéria. Qual dessas normas seria aplicada no caso em discussão?

Nesse caso, tal como no primeiro, permaneceria a aplicação da norma “A”, prevalecendo o Critério da Hierarquia, uma vez que norma superior prevalece sobre qualquer outra norma inferior, não importando o grau de especialidade que a norma “B” estaria disciplinando no caso concreto. A norma “B” só teria prevalência sobre a norma “A” se fosse uma norma de mesma hierarquia normativa, ou seja, se estivesse no mesmo patamar hierárquico.

c) Critério Cronológico X Critério da Especialidade: imagine a seguinte situação: uma norma “A”, sancionada no ano de 2016 e de caráter especial, entra em conflito com uma norma “B”, sancionada em 2018 e de caráter geral, ambas tratando da mesma matéria. Qual dessas normas seria a mais apropriada para aplicá-la ao caso?

Nessa situação, não existe uma solução exata, pois não há prevalência de um critério sobre o outro. Logo, a solução deve ser extraída a partir das consequências e análise do caso concreto, obedecendo sempre a uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico vigente, ou seja, buscando o critério que torne a norma mais eficaz para a resolução do caso, respeitando-se os ditames constitucionais.

Portanto, o juiz, amparando-se nos princípios da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e da Vedação ao *Non Liqueat*, é sempre incumbido da motivação das suas decisões e da completa imparcialidade para apreciação do caso colocado para sua apreciação.

Logo, quando houver um conflito entre o Critério Cronológico ou Temporal e o Critério da Especialidade, o juiz analisará o conflito no caso concreto e decidirá qual deles irá vigorar em relação ao outro, solucionando a antinomia jurídica.

## **2.8. Conflito entre Normas Constitucionais e o Garantismo**

Há ainda uma outra questão, que é o conflito entre normas constitucionais. Como visto até aqui, a Constituição, por assumir o mais alto degrau de todo o arcabouço jurídico, porquanto dotada de supremacia formal e material, garante a unidade e coerência a todo o sistema.<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. **Revista de Informação Legislativa** (Brasília), a. 37, n° 145, jan/mar 2000, p. 95-99.

Assim, da mesma forma que a constituição preserva a harmonia dos preceitos que a integram, aspecto interno, no que concerne ao prisma externo, ela visa assegurar o processo de criação e a validade das demais espécies normativas.<sup>127</sup>

A unidade constitucional, compreendida como um dos princípios instrumentais de interpretação constitucional, funciona com um importante vetor de combate às antinomias, posto que possibilita “a integridade do sistema e contribui para a solução das contradições nele existentes”,<sup>128</sup> obstando, dessa forma, possíveis incongruências.

Contudo, aparecem, nas doutrinas, teorias negando a existência de conflito entre normas constitucionais.<sup>129</sup> Estas constituem posições minoritárias, afinal, quando ajustado a um modelo de sociedade pluralista, como a que vigora atualmente, sendo certo que valores e ideologias, não raras vezes, se contrapõem quando da resolução de um caso concreto, as divergências mostram-se inevitáveis, motivo por que não se faz consistente negá-las.

Emerson Garcia<sup>130</sup> elenca três principais motivos ensejadores dos conflitos:

- a) Edição de constituições compromissórias, nas quais ideologias distintas se mantêm abrigadas sob uma única e mesma unidade sistêmica;
- b) Má técnica legislativa, manifestando-se especificamente no exercício do poder reformador;
- c) Necessidade de coexistência de normas potencialmente conflitantes, como ocorre com aquelas que consagram os direitos fundamentais.

Os anseios e valores sociais que emergem dentro de um cenário democrático contribuem para a manifestação dos supracitados antagonismos normativos, de modo que não há que se falar na supressão desses, mas tão somente na sua resolução, que ocorrerá com o auxílio de técnicas de interpretação hermenêutica, ponderação de bens e valores e, conseqüentemente, na obediência a uma gama de princípios, tais como: o princípio da dignidade do ser humano, segurança jurídica, proporcionalidade e razoabilidade.

O conflito entre normas constitucionais pode ser verificado em dois planos: 1) no interior de um mesmo sistema constitucional ou denominado plano intrasistêmico, cujas antinomias são erigidas com a própria edição da Constituição por ato do poder constituinte

---

<sup>127</sup> GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>129</sup> GUEDES, Néviton. **A ponderação e as colisões de normas constitucionais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-dez-10/constituicao-poder-ponderacao-colisoes-normas-constitucionais>>. Acesso em: 03 jan. 2023.

<sup>130</sup> GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296.

originário ou ainda por ato do poder constituinte reformador, por meio do qual se garante a possibilidade de modificação do texto constitucional, seja por alterações formais ou não formais; 2) no plano intersistêmico, onde as hipóteses de divergência são verificadas entre sistemas constitucionais distintos, estando, nesse caso condicionado ao Direito Internacional Privado.

O cerne da presente pesquisa resta centrado na análise do conflito de antinomias entre normas constitucionais no plano intrasistêmico, bem como na apreciação de casos que envolvam o conflito entre princípios e entre regras constitucionais, para o fim de identificar-se, conseqüentemente, os métodos de solução empregados nas lides postas à apreciação judicial.

Com fundamento no princípio da unidade constitucional, que sustenta que os dispositivos normativos devem ser harmonizados e integrados, de modo a evitar possíveis conflitos e, assim garantir um sistema coeso, cumprirá ao intérprete, com observância dos limites que lhes forem impostos, valer-se dos mecanismos de interpretação constitucional para solucionar aquelas hipóteses de antinomias quando da resolução do caso concreto.

Para Luís Roberto Barroso<sup>131</sup>, as normas constitucionais possuem certas particularidades que lhes caracterizam:

- a) Superioridade jurídica;
- b) Natureza da linguagem;
- c) O conteúdo específico;
- d) O caráter político

Além disso, a constituição também se vale, com frequência, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Desse modo, para que seja conferida efetividade aos preceitos constitucionais, a norma de decisão do jurista deve pautar-se em valores tais como igualdade, moralidade e segurança, a fim de que possa conferir o melhor deslinde à demanda. Desse modo, Barroso evidencia como importantes princípios instrumentais de interpretação constitucional:

- a) O princípio da supremacia da constituição;
- b) O princípio da unidade constitucional;
- c) O princípio da interpretação conforme a constituição;
- d) O princípio da harmonização (ou concordância prática);
- e) O princípio da máxima efetividade;
- f) O princípio da Razoabilidade ou proporcionalidade.

---

<sup>131</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.339.

O princípio da supremacia constitucional dispõe que nenhum ato jurídico seja válido quando em desconformidade com o ato que lhe seja hierarquicamente superior, nesse sentido, sendo o superior, em última análise, a Constituição. Portanto, a partir desse princípio, surge um pressuposto para o controle judicial dos atos normativos, quer pela via incidental do controle de constitucionalidade, quer pela via principal ou abstrata do controle.

Já o princípio da unidade constitucional, entendido como um pressuposto essencial ao processo de criação normativa e à própria atividade interpretativa, mostra-se vinculado diretamente ao Princípio da Harmonização. Para tanto, nutre a ideia de que as normas constitucionais, isto é, os princípios e as regras, “não podem, nunca, ser tomadas como elementos isolados, mas sim, como preceitos integrados que formam um sistema interno unitário”.<sup>132</sup>

No tocante ao princípio da interpretação conforme à Constituição, por sua vez, tem-se que o intérprete, ao se deparar com atos normativos primários que possibilitem mais de uma forma de interpretação, ou seja, trata-se de norma polissêmica, o mesmo deve empregar aquela que melhor se coadune com os preceitos constitucionais.<sup>133</sup>

No que tange ao princípio da harmonização ou concordância prática, sendo os bens jurídicos tutelados da mesma hierarquia, o que deve fazer o intérprete é harmonizá-los, de forma que não haja a supressão de um direito em prol do outro. Essa concordância é feita através do critério da ponderação. Por outro lado, pelo princípio da máxima efetividade ou princípio da eficiência, determina-se que a interpretação conferida à norma constitucional deve ser aquela dotada de maior eficácia. Muito embora sua acepção inicial esteja relacionada à ideia de norma programática, a modalidade em questão assume grande destaque frente a toda espécie de norma constitucional, tendo em vista o valor prestado aos direitos fundamentais.<sup>134</sup>

Compete ao intérprete assegurar, dentre as diversas formas de interpretações, a que se mostre mais condizente com “a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicação da norma ou na ocorrência de omissão do legislador”.<sup>135</sup>

Por último, quanto ao princípio da Razoabilidade ou Proporcionalidade, concebidos nessa acepção como sinônimos, devem ser assegurados os mecanismos necessários, de maneira

---

<sup>132</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODVM, 2017, p. 179.

<sup>133</sup> DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 88-89.

<sup>134</sup> PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 134.

<sup>135</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 2016.



a se obter os fins estabelecidos na Constituição. Desse modo, valendo-se do entendimento que este princípio é crucial para a resolução de lides que envolvam a colisão de direitos fundamentais, o judiciário pode invalidar atos administrativos ou legislativos, quando verificadas as seguintes hipóteses:

- a) Quando não houver compatibilidade entre o fim desejado e o meio empregado para tanto;
- b) Quando a medida empregada não for adequada ao fim;
- c) Quando sopesadas as vantagens e desvantagens de uma determinada situação, as primeiras não forem capazes de superar as segundas.

Nesta perspectiva, deve o intérprete constitucional, quando da condução de sua atividade, pautar-se rigorosamente pela concretização dos aspectos axiológicos assegurados pelo Estado Democrático de Direito, em se deparando com eventuais conflitos normativos, seja referente à natureza de princípios ou de regras, conduzindo a questão da seguinte forma: na hipótese de antagonismos da primeira espécie, isto é, entre princípios, por estar vinculado ao plano de aplicação, o método a ser empregado será o da ponderação por meio do qual, observada as especificidades do caso, será empregada uma decisão de preferência entre os bens envolvidos.<sup>136</sup>

Por outro lado, sendo verificadas antinomias entre regras, pelas quais estão inseridas dentro do plano de validade, são aventadas duas possíveis soluções conforme enfatizado por Garcia.<sup>137</sup> Na primeira, “deve ser identificada a regra que será considerada válida, operação que exige a aferição da interrelação entre as regras contraditórias, sendo direcionada pelos clássicos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade” e, na segunda, compreenderá a “técnica da interpretação ab-rogante, derogante ou corretiva”.

### 2.8.1 Dos princípios, das regras e das antinomias constitucionais e o garantismo

Com a ascensão do neoconstitucionalismo, a Constituição Brasileira de 1988 assumiu um papel protagonista no sistema jurídico, diferente do que já havia sido conferido aos diplomas que lhes antecederam, pois mais do que impor limites à atuação do legislador, ela passou a constituir “um programa positivo de valores que devem ser concretizados”.<sup>138</sup> Desse modo, o

---

<sup>136</sup>DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 108.

<sup>137</sup> GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 111.

<sup>138</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

positivismo clássico, que concebia o sistema jurídico como uma estrutura fechada e autossuficiente, pautada num “sistema de regras” com fundamento na segurança jurídica, foi superado pela percepção de que a ordem jurídica está fundada num sistema aberto, “sensível aos influxos axiológicos do meio social que é diretamente influenciada pela realidade”.<sup>139</sup> A carga valorativa no contexto democrático passou a ganhar maior importância, conforme ensina Luciano Dutra<sup>140</sup>

Nessa senda, os princípios abandonam sua função meramente subsidiária na aplicação do Direito – quando serviriam tão somente de meio de integração da ordem jurídica (na hipótese de eventual lacuna) e vetor interpretativo – e passam a ser dotados de elevada e reconhecida normatividade.

Nesta esteira, sendo reconhecida a força normativa dos princípios, estes, assim como as regras, passam a ser concebidos como espécies do gênero norma. Ou seja, tanto as regras quanto os princípios possuem elevado grau de imperatividade, isto é, os seus ditames devem necessariamente ser observados, caso contrário estar-se-á incorrendo em atos injurídicos, passíveis, para tanto, da devida sanção.

Há na doutrina aspectos que diferenciam os princípios das regras. Nesse ponto, tem-se que as regras correspondem a dispositivos que expressam comandos objetivos, que se esgotam em si mesmas, seja por meio de uma permissão ou uma proibição. Já os princípios não determinam expressamente o que fazer, mas exprimem decisões políticas fundamentais, tais como o Estado Democrático de Direito e a Federação, valores traduzidos numa concepção ética, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade, bem como fins públicos a serem concretizados, como é o caso da erradicação da pobreza.<sup>141</sup>

Ademais, enquanto as regras correspondem a mandamentos, das quais são predeterminados os efeitos almejados, sem haver, portanto, ingerência significativa do intérprete quando no processo de concessão de seu sentido ou em caso de sua aplicação; os princípios, por outro lado, estabelecem exatamente a forma como pretendem ser praticados. Há, no entanto, uma quantidade ímpar de condutas que podem vir concretizá-los, nesse sentido, “princípios são normas predominantemente finalísticas, e regras são normas predominantemente descritivas”.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. 2 ed. São Paulo, Saraiva: 2015, p. 215.

<sup>140</sup> DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 94

<sup>141</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 243.

<sup>142</sup> Op. cit.

Além disso, outra distinção entre princípios e regras está no modo de aplicação, pois as regras são dotadas de pretensão de exclusividade e caso seja verificada sua hipótese de incidência, deverá ser aplicada em detrimento da outra, não havendo assim que se falar em harmonização de duas regras contraditórias.

Nesse sentido, uma regra só pode deixar de ser aplicada em determinado caso seja inválida ou outra lhe excepcione. Nessa conjuntura, deverão ser aplicados os critérios clássicos de resolução de antinomias jurídicas: hierárquico, cronológico e o da especialidade.

Já se houver colisões entre princípios, de outra forma, dependerá da análise do caso concreto, uma vez que, diferentemente das regras, estes não estão remetidos ao plano de validade. Nesse sentido, por apontarem em sentidos opostos, mas de mesmo valor jurídico, deverão ser sopesados, por meio do Critério da Ponderação.<sup>143</sup>

Em suma, as diferenças entre as aludidas espécies normativas são pormenorizadas em três principais aspectos,<sup>144</sup> quais sejam: quanto ao conteúdo, à estrutura normativa e ao modo de aplicação:

a) Quanto ao conteúdo: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados;

b) Quanto à estrutura normativa: regras se estruturam, normalmente no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas;

c) Quanto ao modo de aplicação: regras operam por via de enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipótese em que serão aplicados mediante ponderação.

Com vistas a garantir a máxima efetividade do texto constitucional, e, principalmente, a dignidade do ser humano, posto ser esta a pedra angular de todo o ordenamento jurídico, caberá ao intérprete dotado de sua função criativa, valer-se dos mecanismos que garantam justiça no deslinde da causa.

A título de exemplo de colisão entre princípios, é possível mencionar o aparente conflito entre o direito à proteção ambiental e o direito à manifestação cultural. Disposto no artigo 225,

<sup>143</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011, p. 94.

<sup>144</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 96.

caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>145</sup>, assim como o seu §1º, que dispõe que as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade, devem ser vedadas. Para obstar condutas abusivas de maus-tratos aos animais, a Lei nº 9.605/98, em seu art. 32, previu sanções penais e administrativas que devem incidir a quem cometer tais crimes.

Por outro lado, o meio ambiente cultural também foi tutelado pelo constituinte originário nos art. 215 e 216 da CRFB/88, por meio do qual assegura que “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

A prática da vaquejada, atividade recreativa “praticada por dois vaqueiros, montados em seus cavalos, os quais perseguem o boi desde a saída da sangra até o julgamento”, de modo que “devem tombar o boi até o chão, arrastando-o brutalmente, até que mostre as quatro patas” constitui modalidade de prática cultural, nos termos do artigo 225, §7º, da CRFB/1988,<sup>146</sup> em vários Estados da Região Nordeste, dentre os quais, Ceará, Paraíba e Rio Grande do Norte.

Tendo em vista, portanto, que ambos os direitos são protegidos pela Constituição, caberá, então, ao intérprete, considerando as peculiaridades do caso e verificada a importância de cada uma delas, determinar o que deve prevalecer. Já quando há conflito entre regras constitucionais, verifica-se a análise<sup>147</sup> das disposições previstas nos artigos 51, IV e 144, §1º, IV da CRFB/88. O artigo 51, IV, CRFB/88 dispõe ser da competência privativa da Câmara dos Deputados, dentre outras atribuições,

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados, por sua vez, assevera em seu art. 269 que, “quando, nos edifícios da Câmara, for cometido algum delito, instaurar-se-á inquérito a ser

<sup>145</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>146</sup> Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

<sup>147</sup> ROCHA, Carlos Odon Lopes da. Conflito aparente de normas constitucionais originárias e o princípio da unidade constitucional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, nº 1734, 31 mar. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11104>. Acesso em: 04 jan. 2023.

presidido pelo diretor de serviço de segurança ou, se o indiciado ou o preso for membro da Casa, pelo Corregedor ou Corregedor substituto”, manifestando, dessa maneira, que na hipótese de cometimento de crime no interior da CD, o inquérito a ser instaurado será realizado pelo Diretor da Política Legislativa (art. 6º, XI, Resolução 18/03).

Denota-se, pela leitura dos aludidos dispositivos, que o Departamento de Polícia Legislativa da Câmara dos Deputados acabou assumindo uma incumbência reservada à Política Federal, posto que conforme a redação do Art. 144, §1º, IV da CRFB/88, cabe a esta “exercer, com exclusividade, as funções de política judiciária da União”.

Considerando que os dispositivos em questão correspondem a normas constitucionais originárias, portanto, de mesma esfera espaço-temporal, e que o sistema jurídico não admite hipótese de normas constitucionais inconstitucionais, a solução do caso em questão se mostraria mais satisfatória caso adotasse o método de interpretação corretiva, entendida como aquela que “conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei”.<sup>148</sup>

Isto é, ao interpretar o disposto no art. 51, IV da CRFB/88, o qual elenca como uma das atividades da Câmara dos Deputados “dispor sobre sua polícia”, poder-se-ia interpretar no sentido de polícia preventiva ou ostensiva, de forma que assim, não comprometesse o pressuposto da unidade constitucional, por meio do qual se evidencia que os dispositivos normativos devem se manter harmônicos e compatíveis entre si.

Buscando evitar antinomias, Ferrajoli<sup>149</sup>, ensina sobre as garantias constitucionais negativas, como sendo uma forma, imposta pelo princípio da estrita legalidade, ao legislador originário, impedindo a este a produção de antinomias, nesse caso, de normas que contrariem a Constituição:

São garantias negativas primárias as proibições à legislação ordinária de produzir normas que contrariem as normas constitucionais, sejam as proibições incondicionadas ou condicionadas à adoção de um procedimento legislativo especial. São garantias secundárias as normas sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, consistentes na obrigação a cargo da jurisdição de anular ou deixar de aplicar as normas em contraste, por razões de forma ou de substância, com as normas constitucionais e que, portanto, violam as garantias constitucionais negativas primárias

---

<sup>148</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. Processo: HC 68793 RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 10/03/92. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709312/habeas-corpus-hc-68793-rj> Acesso em 04/jan./2023.

<sup>149</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Além das garantias constitucionais negativas, Ferrajoli também escreve sobre as garantias constitucionais positivas, sendo estas impostas pelo princípio da completude e indispensáveis à efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos e, sobretudo, dos direitos sociais, tais como: saúde, educação, lazer, moradia etc.

## 2.9. A Diferença do Constitucionalismo Garantista

Após a distinção entre antinomias, lacunas e critérios para solução, passa-se à análise crítica dos conceitos que fundam as raízes das teses neoconstitucionalistas ou principialistas do objetivismo ético e da conexão entre direito e moral, sustentadas com base no valor objetivamente moral assinalado aos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Duas questões controvertidas apresentadas por Ferrajoli<sup>150</sup> sobre a concepção do constitucionalismo merecem ser pontuadas: a primeira quanto à natureza das normas em que consistem os direitos fundamentais, se se trata de regra ou de princípios; já a segunda é sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, se são princípios ético-político de justiça que reestabelece a conexão entre direito e moral ou se são princípios juspositivista da separação entre eles.

Nesse ponto, Ferrajoli entende que a separação entre direito e moral é um postulado do positivismo jurídico e um corolário do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito positivo existente.

Quer dizer, apenas, que o “direito”, em um ordenamento nomodinâmico, é tudo e apenas aquilo que é posto como tal pelas autoridades juridicamente habilitadas a produzi-lo, quaisquer que seja – agrade ou não, seja isso considerado justo ou injusto.

Logo, o direito é entendido como algo diferente da moral, pois sua positivação não exclui a possibilidade de discussão quanto ao que é justo, injusto, moral ou imoral. Torna-se a justiça um irrelevante à condição de validade da norma.

Outro ponto que merece destaque quanto à separação entre direito e moral é a laicidade do Estado, por meio da qual um comportamento é mais autenticamente moral quanto mais for fruto de uma escolha autônoma e espontânea, portanto, desprendido de valores heterônomos, seja de caráter religioso ou jurídico, conforme ensina Ferrajoli<sup>151</sup>

Em ambos estes significados, a separação entre direito e moral representa um legado precioso do iluminismo jurídico e um traço distintivo da modernidade no sentido kantiano da palavra, pois funda a dúlice autonomia dos juízos morais em relação ao

---

<sup>150</sup> Op.cit.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 42.

direito positivo e do direito positivo em relação à moral ou a ideologias institucionalizadas, e confia as escolhas morais não à adesão a uma suposta ontologia moral objetiva e heterônoma, mas à espontânea autodeterminação e à responsabilidade individual.

Insta destacar que essa distinção proposta por Ferrajoli é importante para se chegar ao modelo do Constitucionalismo que optou chamar por garantista, lembrando que este modelo se difere dos dois já existentes (juspositivista e neojusnaturalista), sendo uma nova via, trazendo uma concepção do constitucionalismo e da democracia.

### *2.9.1. O garantismo e a separação dos poderes*

Ferrajoli <sup>152</sup> propõe uma distinção entre o que denominou chamar de direito vigente e direito vivente, sendo o primeiro, fruto das autoridades que são habilitadas à produção normativa, já o segundo, fruto da interpretação e das diversas circunstâncias de fato que formam a jurisprudência.

Ocorre que, no direito vivente (interpretado), é natural a ponderação. Entretanto, a escolha ponderada de uma norma em prejuízo de outra, admitindo-se a derogabilidade das normas constitucionais, é desprezar a sujeição do juiz à lei, por isso, a ponderação é juridicamente incompatível com o princípio da legalidade e com a lógica do Estado de Direito.

Portanto, é possível perceber um antagonismo entre direito vigente e direito vivente, mas, vale destacar que nem a legislação pode produzir ou alterar o direito vivente pelo qual é aplicada, tal como não pode a jurisdição produzir ou alterar o direito vigente ao qual é subordinada. Com isso, far-se-á necessário, para uma abordagem garantista, a distinção entre a separação dos poderes.

A ideia de direito vivente, baseado em precedentes e como fonte do direito em que se admite a técnica da ponderação, é uma tese inadmissível para a abordagem garantista, pois contradiz o princípio da legalidade.

Certamente os precedentes jurisprudenciais têm uma potente capacidade de influência sobre a jurisdição. Mas é essencial não confundir influência com autoridade, força persuasiva com força autoritativa. Somente a autoridade é fonte do direito. A força vinculante dos precedentes, ao contrário, tem o seu fundamento somente na sua influência ou plausibilidade substancial, e não em uma possível autoridade formal como é aquela exercida pelo poder legislativo. Os precedentes jurisprudenciais, em resumo, possuem nos nossos sistemas o valor de argumentos persuasivos, mas não o

---

<sup>152</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político, tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

valor de leis. Valem pela sua substância racional, e não em razão da forma ou do órgão pelo qual são produzidos. São citados por outras sentenças em razão do valor conferido à sua coerência e, portanto, a uma sua tendencial uniformização da jurisprudência, a qual, por sua vez, é promovida pelo princípio da igualdade perante a lei, e não pelo seu caráter de “fonte” vinculante enquanto tais. Influenciam na produção do direito vivente e não na produção do direito vigente. Em outras palavras, eles podem, mas não devem, ser assumidos como fundamento de outras decisões judiciais.<sup>153</sup>

A doutrina de Alexandre de Moraes<sup>154</sup> sobre a separação dos poderes, menciona que:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações como outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-a em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,<sup>155</sup> e é prevista no art. 2º da Nossa Constituição Federal.

A separação de poderes existe e foi concebida para evitar um superpoder, surgindo em oposição ao absolutismo, entretanto, deve-se entender que a independência não é absoluta, pois tem de guardar harmonia entre os poderes.

Dimitri Dimoulis<sup>156</sup> explica que a separação de poderes persegue o objetivo da divisão do poder e a liberdade individual de duas maneiras, impondo a colaboração e o consenso de autoridades estatais na tomada de decisões, e estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais:

[...] na base da separação de poderes encontra-se a tese da existência de nexos causal entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos. (grifos do autor).

<sup>153</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>154</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 312.

<sup>155</sup> **Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão** – “art. 16: Toda sociedade, na qual a garantia de direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

<sup>156</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Significado e atualidade da separação de poderes**. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 145-146.



Disto denota-se que o desenho institucional do sistema de freios e contrapesos existe para estabelecer mecanismos de fiscalização e responsabilização entre os poderes.

O sistema de separação de poderes pode ser percebido em diversas constituições contemporâneas, dentre elas, a Portuguesa. Canotilho,<sup>157</sup> a respeito do sistema de freios e contrapesos, explicita o porquê de sua existência:

Independente da discussão em torno da fundamentação empírica e categorial (apriorística) da divisão dos poderes, impõe-se a individualização em dois momentos essenciais da directiva fundamental da organização do poder político: (1) a separação das funções estaduais e a atribuição das mesmas a diferentes titulares (separação funcional, institucional e pessoal); (2) A interdependência de funções através de interdependências e dependências recíprocas (de natureza funcional, orgânica, ou pessoal); (3) o balanço ou controlo das funções, a fim de impedir um superpoder, com a consequência possibilidade de abusos e desvios. Pode afirmar-se que também entre nós este princípio d'art politique tem subjacente a ideia de constituição mista, a máxima política de divide e impera e a exigência de freio e contrapesos (checks na balances) Le pouvoir arrête Le puvouir.

Destarte, o princípio da separação de poderes visa justamente impedir a existência de um superpoder, mitigando a possibilidade de abusos e desvios, devendo, para tanto, se utilizar do sistema de freios e contrapesos.

Nesse sentido, Ferrajoli<sup>158</sup>

[...] estão levando ao colapso o paradigma constitucional do Estado de direito. Contra estes processos de acumulação e de confusão entre os poderes, o único remédio é o da separação, que, de um lado, é o seu principal fator de delimitação e, de outro lado, uma condição necessária à garantia de todos os direitos.

Contudo, a separação dos poderes na teoria garantista vai muito além da clássica separação entre poder legislativo, poder executivo e poder judiciário. Na teoria garantista, há dois pares de separação entre os poderes<sup>159</sup> conforme explicitado a seguir:

- a) O primeiro se relaciona à separação entre poderes públicos e poderes não públicos e extrainstitucionais: de um lado, entre poderes políticos e econômicos; de outro lado, entre poderes políticos e poderes sociais.

<sup>157</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra Almedina, 1993, p. 687-688.

<sup>158</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 76.

<sup>159</sup> MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17>. Acesso em: 22 fev. 2023.

- b) O segundo encontra-se no interior da esfera pública, relacionando-se somente aos poderes públicos.

No tocante à separação entre poderes públicos e poderes não públicos ou poderes políticos e poderes econômicos, refere-se ao restabelecimento da independência e o primado dos primeiros sobre os segundos. Afinal, um dos fatores da crise política é a sua subalternidade à economia, por sua concentração de poderes, pelo conflito de interesses e pelas várias formas de corrupção e de apropriação privada da esfera pública.<sup>160</sup>

Esta confusão entre interesses públicos e interesses econômicos compromete, como se demonstrou, seja a dimensão política seja a dimensão civil da democracia, ocasionando uma lesão dos direitos políticos e dos direitos civis que representam o fundamento daquelas dimensões. A garantia de tais direitos exige, assim, a rígida separação dos poderes nos quais aqueles direta ou indiretamente consistem, e, conseqüentemente, a separação da esfera pública da esfera econômica e o primado da primeira sobre a segunda: uma como esfera heterônoma, pois existe em função dos interesses da coletividade, a outra confiada à autodeterminação privada, pois existe em função dos interesses dos particulares.

Nesse sentido, é necessária a proibição dos lobbies envolvendo os poderes políticos e poderes econômicos, estabelecendo-se limites para o financiamento privado dos partidos políticos, das doações dos filiados ou simpatizantes. Além disso, devem existir sanções severas para a corrupção.

A próxima distinção no modelo garantista é sobre os poderes intra e extrainstitucionais: como uma condição à representação política há os poderes intra, sendo estes entre instituições representativas e partidos. Já o poder extrainstitucional é aquele representado pelos poderes sociais. Ferrajoli<sup>161</sup> faz uma crítica nesse ponto:

Um dos aspectos da hodierna crise da democracia é a crescente distância entre as várias formas de cidadania ativa, de mobilização civil a partir “de baixo” e de disponibilidade dos movimentos sociais para o empenho político e a burocratização dos partidos, transformados em oligarquias burocráticas fortemente integradas nas instituições públicas e cada vez mais desvestidas de representatividade política; uma distância que se tornou ainda mais intolerável pelo crescimento da maturidade civil de grande parte dos cidadãos, da consciência e do amor próprio destes, que ocorreram simultaneamente ao rebaixamento do nível intelectual e moral da classe política.

<sup>160</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 76.

<sup>161</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 76.

É possível, porém, superar esse distanciamento entre partido político e sociedade se os partidos forem restituídos ao seu papel de órgãos ou instrumentos da sociedade, como sujeitos representados, e não representantes e, portanto, como instituições de garantia dos cidadãos.

Nesse sentido Ferrajoli<sup>162</sup>

Os partidos deveriam, portanto, ser separados do Estado – não somente dos aparatos administrativos, mas também das instituições políticas eletivas – e ter por finalidade a formulação de programas, a escolha dos candidatos e a responsabilização dos eleitos, mas não a gestão direta da coisa pública.

Os motivos à separação são:

- a) Para consolidar a posição do partido político como instrumento de mediação entre instituições públicas;
- b) Evitar conflitos de interesses que se manifestam nas autocandidaturas dos dirigentes e nas várias formas de cooptação dos candidatos com base na fidelidade destes aos que, de fato, lhe designaram;
- c) Para impedir a confusão de poderes entre controladores e controlados e consentir a responsabilidade dos segundos em relação aos primeiros; e
- d) Para determinar uma mais rápida e fisiológica mudança da classe política, hoje tendencialmente inamovível.

Deve haver uma distinção entre cargos de partido e cargos eletivos institucionais, de modo que os dirigentes de partido tenham o ônus de se demitir no ato de assunção de suas funções públicas. Tal medida seria o fim da atual ocupação das instituições pelos partidos, os quais deveriam ter funções somente de endereçamento político, e não também diretamente de poderes públicos.<sup>163</sup>

Outra medida a ser adotada para a separação do partido político do Estado é uma drástica redução dos seus privilégios e dos altíssimos salários dos eleitos, pois criam um interesse econômico pessoal à eleição e, portanto, uma imprópria subordinação aos dirigentes de partido que formulam ou mesmo sustentam as candidaturas. Nesse sentido, os seus salários não deveriam superar a média dos ganhos dos trabalhadores assalariados.

Em se tratando da segunda distinção, aquela que envolve o interior da esfera pública, relacionando-se somente aos poderes públicos, ou seja, aos poderes legislativo, executivo e

---

<sup>162</sup> Op. Cit, p. 77.

<sup>163</sup> TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista da Faculdade de Direito de Franca**, v. 5, n. 1, p. 3-21, 2012. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156/98>. Acesso em: 26 jun. 2022.

judiciário, no modelo garantista do constitucionalismo há um repensar e uma reformulação em relação à tripartição dos poderes, uma atualização.

Nesse sentido Ferrajoli<sup>164</sup>

A distinção e a separação deveriam atualmente se relacionar, como tantas vezes já sustentei, entre instituições de governo e instituições de garantia: as primeiras relacionadas às funções políticas decisórias e de inovação normativa formando a “esfera do decidível” e, portanto, legitimadas pela representação popular; as segundas, relacionadas à garantia dos direitos fundamentais, isto é, à “esfera do indecidível”, legitimadas, portanto, pela aplicação da lei, seja ordinária ou constitucional. Colocam-se no âmbito das instituições e funções de governo o poder legislativo e o poder executivo, este último não mais confiado ao soberano, como no Ancien régime, mas legitimado, na democracia, pela representação política assim como o poder legislativo, ao qual além de tudo é vinculado, nos sistemas parlamentares, pela relação de confiança que, portanto, não é de separação, mas de codivisão do poder político. Colocam-se, por sua vez, entre as instituições de garantia não somente as funções jurisdicionais, mas também as funções administrativas destinadas de maneira primária à garantia dos direitos, como as instituições de ensino, as instituições hospitalares, as instituições previdenciárias e outras do mesmo gênero.

Desse modo, Ferrajoli sugere a separação dos poderes em dois modelos, o já tradicional que os diferencia em funções políticas de governo como sendo: executivas, legislativas e judiciárias. Além disso, há outra separação, porém, feita por intermédio da decomposição do conjunto de funções heterogêneas que foram acumuladas nas mãos da Administração Pública.

Essa segunda separação distingue funções administrativas de governo, auxiliares que seriam dependentes das funções políticas e as funções administrativas de garantias primárias dos direitos, que deveriam ser separadas das primeiras e tornadas independentes assim como as funções jurisdicionais de garantia secundárias.

Ferrajoli explica que a separação entre os poderes públicos é essencial à democracia constitucional:

Esta reformulação da separação entre os poderes públicos a meu ver é essencial para fins de fundação da democracia constitucional. A estrutura da esfera pública do Estado hoje modelada com base na velha tripartição de Montesquieu concentrou todo o desenvolvimento do Estado social e das suas prestações dentro dos aparatos burocráticos do poder executivo. A razão deste enquadramento é evidente: as funções de garantia primária dos direitos sociais – direito à saúde, à educação, à previdência, à subsistência – desconhecidas da experiência do século XVIII, e não podendo ser organizadas no interior do poder legislativo ou do poder judiciário, foram todas colocadas no grande e indistinto “container” que é a Administração Pública, sob a dependência do poder executivo ou de governo. Daí as práticas do spoils system, dos loteamentos partidários e dos condicionamentos políticos das instituições de garantia primária – a saúde pública, a escola, os institutos de previdência e de assistência –

<sup>164</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 78.

cuja legitimação política, ao contrário, reside não no consenso das maiorias contingentes, mas na aplicação da lei para a garantia dos direitos de todos.<sup>165</sup>

Para o modelo garantista do constitucionalismo, há garantias chamadas de primárias, como por exemplo os direitos sociais. Porém, não basta ter o direito sem que exista um órgão para o assegurar, ou seja, satisfazer o cumprimento das garantias primárias, daí a necessidade das instituições e funções jurisdicionais, perfazendo o papel das garantias secundárias, pois destinadas a intervir no caso de violação das garantias primárias.<sup>166</sup>

Pelo exposto, é evidente que a maior ameaça da contemporaneidade à democracia seja a onipotência econômica dos mercados, afinal, já há uma onipotência política das maiorias em relação à sociedade e uma impotência da política em relação à potência econômica dos mercados.

Por esse motivo, os postulados para assegurar o modelo garantista são:

- a) O princípio da legalidade, onde todos os poderes, públicos ou privados, devem ser submetidos à lei.
- b) O princípio da completude deontica como uma forma de expansão das garantias primárias ou legislativas dos direitos.
- c) O princípio da jurisdicionalidade, sendo uma garantia secundária, limitando a atuação dos poderes, sejam estes públicos ou privados.
- d) O princípio da acionabilidade que significa que onde existe uma jurisdição é necessário que haja a possibilidade de ativá-la.

Visto o modelo de constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, passa-se agora à análise, no terceiro e último capítulo, de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil.

---

<sup>165</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>166</sup> CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

### 3. DA ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS

#### 3.1 A Judicialização como uma Consequência do Ativismo Judicial

A Judicialização é uma atividade referente às demandas que são levadas ao judiciário com a finalidade de decretar uma sentença de mérito, buscando-se resolver o caso concreto, envolvendo questões que eram resolvidas anteriormente por outros meios, como a via política ou administrativa. Isso historicamente ocorreu por conta da promulgação da Constituição de 1988, pois a Carta Magna vigente redemocratizou o país e passou a dar acesso para que o Poder Judiciário interviesse em várias demandas.

A princípio, o ativismo judicial consegue traduzir ora um comportamento legítimo (amparado pela legislação posta), ora um comportamento ilegítimo (sem qualquer parâmetro posto). Assim, quando o assunto é referente à proteção de grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, a atividade expansiva do Judiciário, para garantir os direitos fundamentais contra as intolerâncias, é percebida como um fator positivo por grande parte dos juristas e pela sociedade, afinal, em se tratando de República deve-se observar o direito de todos e não apenas das maiorias.<sup>167</sup>

Entretanto, por conta da corrosão moderna do termo ativismo, talvez seja um bom momento para se assentar um novo termo em face a estas atuações judiciais, quando elas são virtuosas e humanistas, afinal, o termo ativismo judicial já é empregado, na praxe, com certa repulsa ao modo de decidir do Poder Judiciário.

Por outro lado, quando um juiz ou tribunal, ao julgar um caso, ignora ou contorna o direito vigente com o objetivo de promover os seus próprios valores, doutrinas ou opções políticas, é inegável que resta caracterizado um comportamento judicial impróprio, que pode comprometer a confiança da sociedade no sistema judiciário e na própria democracia.

Como se sabe, o juiz deve aplicar a lei de forma imparcial e objetiva, levando em conta apenas os fatos do caso em questão e as normas jurídicas aplicáveis, agindo dentro dos limites legais e da Constituição e garantindo o respeito aos direitos fundamentais e aos princípios democráticos, não sendo papel do magistrado, portanto, a criação do direito.

Em muitas situações, a ambiguidade e a imprecisão da linguagem, os conflitos entre normas ou valores subjacentes, assim como as desavenças morais razoáveis sobre a aplicação

---

<sup>167</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009, p.75.

do direito em um caso específico, que ocorrem quando há divergência entre diferentes concepções morais ou éticas que são plausíveis e fundamentadas em razões legítimas, podem levar a uma maior subjetividade e complexidade na operação de dizer qual é o direito.

Considerando o exposto acima, pode-se afirmar que a conduta do julgador estaria se afastando da ideia defendida por Hans Kelsen de que o juiz constitucional exerce um papel de "legislador negativo", ou seja, ao magistrado compete apenas controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, sem criar normas ou substituir o legislador.<sup>168</sup>

Contudo, essa crença kelseniana não é mais aceita hoje em dia sem grandes questionamentos, pois, contemporaneamente, muitos tribunais constitucionais têm assumido um papel mais ativo no surgimento do direito, tanto ao interpretar os textos constitucionais de forma mais ampla e dinâmica, quanto no que se refere ao desenvolvimento de novos conceitos e institutos jurídicos e ampliação dos princípios existentes para lidar com as novas realidades sociais, fazendo uso da interpretação da lei para tomar uma decisão que reflita a autenticidade da vida, ajudando a moldar o direito para se adaptar às necessidades da sociedade em evolução.

Hans Kelsen, na obra *Teoria Pura do Direito*,<sup>169</sup> disserta que o objeto de estudo do cientista do Direito é a dogmática, a qual seria um compartimento do direito que se aplica ao estudo crítico e à especificação dos preceitos usados como base e essência na construção dos valores jurídicos indispensáveis de uma sociedade. As normas devem ser atribuídas através de um mecanismo de imposição estatal que incentiva o seu cumprimento natural, sancionando sua inobservância. Assim sendo, o filósofo austríaco ressalta a importância da criação de um órgão estatal responsável por manter o controle da compatibilidade formal e material da lei ou decreto com a Constituição Federal, consistindo na premissa da manutenção da unidade normativa do ordenamento jurídico.

Para o Ministro Barroso,<sup>170</sup> o ativismo judicial pode ser compreendido como uma postura mais ativa do Poder Judiciário na interpretação e aplicação das normas constitucionais, em especial nos casos em que há lacunas ou omissões do Legislativo ou do Executivo. Nesse sentido, o ativismo judicial pode ser visto como uma forma de garantir a efetividade dos direitos fundamentais e da Constituição como um todo. No entanto, o Ministro também ressalta que o ativismo judicial deve ser exercido com prudência e moderação, evitando-se que o Judiciário se torne um legislador positivo ou um poder autoritário. Segundo ele, o ativismo judicial deve

---

<sup>168</sup> KELSEN, Hans; tradução MACHADO, João Baptista. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>169</sup>Op. cit.

<sup>170</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ser balizado pelos valores democráticos e pelos limites constitucionais, de forma a garantir a harmonia e o equilíbrio entre os poderes.<sup>171</sup>

Em síntese, enquanto Schmitt<sup>172</sup> defende a ideia de que o Judiciário deve exercer uma espécie de soberania sobre os demais poderes e que a Corte Constitucional é a única capaz de defender a Constituição, Barroso defende que o ativismo judicial deve ser exercido com prudência e moderação, respeitando-se os limites constitucionais e os valores democráticos.

Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.

Nesta alegórica contribuição para o direito Constitucional, Hesse visa contrapor a teoria de Ferdinand Lassale, segundo a qual há duas Constituições: uma efetiva e que perpassa das fontes reais de poder, e outra escrita sem qualquer força normativa e que não passa de mera folha de papel. Defende a normatividade do documento escrito e, para tanto, apresenta a necessidade de existir entre os titulares de poder o que chama de “vontade da constituição”, ou seja, um desejo legítimo de aplicar o texto Constitucional às relações sociais com perspectiva não somente de aplicação por si só da norma, mas, principalmente, que esta execução se dê em compasso à realidade na qual se está inserido o fato. Isso, segundo Hesse, auxiliou a perpetuação da força normativa da constituição.<sup>173</sup>

Existe uma relação entre ativismo judicial e judicialização, embora tenham significados distintos. O ativismo judicial pode ser observado quando o Judiciário intervém em situações envolvendo o Poder Legislativo e a sociedade civil, especialmente quando as demandas sociais não são atendidas de forma efetiva. Isso representa uma tentativa do Judiciário de participar mais ativamente na concretização dos fins constitucionais, interferindo no espaço de atuação dos outros poderes.<sup>174</sup>

A judicialização ocorre como resultado do panorama institucional e constitucional de um país, refletindo as competências e poderes conferidos ao Poder Judiciário. É uma tendência

---

<sup>171</sup> SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, 2009.

<sup>172</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/yznQKRvn5ZLvRb8gXrP9P4F/?lang=pt#>. Acesso em: 30 dez 2022.

<sup>173</sup> DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. **O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição**. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225). Acesso em: 22 fev. 2022.

<sup>174</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. *Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009, p.75.



em que questões políticas e sociais são levadas aos tribunais para serem decididas, muitas vezes devido a falhas ou lacunas no processo político. Por outro lado, o ativismo judicial refere-se à forma como os juízes exercem suas competências. É uma abordagem em que os juízes interpretam e aplicam a lei de maneira mais ampla e criativa, levando em consideração princípios constitucionais e circunstâncias sociais para promover a justiça social, a equidade e os direitos fundamentais.

É necessário um pouco de cautela por parte do Judiciário ao lidar com questões políticas e sociais é extremamente relevante. É fundamental que os juízes considerem sua capacidade institucional para resolver determinados conflitos, levando em conta os efeitos sistêmicos de suas decisões. Além disso, a falta de acesso a informações técnicas e específicas sobre determinado tema pode dificultar a análise adequada por parte dos magistrados.

A existência de limites e contenções na interferência do Judiciário em outros Poderes é crucial para preservar o equilíbrio de poder e evitar a extrapolação de suas competências. Esses limites são especialmente importantes em sistemas jurídicos do civil, como o do Brasil, onde não há um sistema de precedentes vinculantes consolidados, o que dá aos juízes maior liberdade interpretativa.<sup>175</sup>

### 3.2. Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão N° 26

O crime de homofobia é definido por Maria Berenice Dias,<sup>176</sup> presidente da Comissão de Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB, como o ato ou manifestação de ódio ou rejeição a homossexuais, lésbicas, bissexuais, travestis ou transexuais.

Esse grupo sofre constantemente com agressões, ameaças e discriminações, mas além disso, sofre também com a omissão de um Estado legislador que tem o dever constitucional de assegurar a dignidade da pessoa humana e a igualdade, porém, falha em seu objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme disposto no artigo 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>177</sup>, e, essa falha do Estado resta conhecida como reserva do possível em que alega escassez de recursos para efetivar os direitos sociais/prestacionais, onde se inclui a punição de atos atentatória dos direitos e liberdades

---

<sup>175</sup>TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>176</sup> MORAIS, Pâmela. **LGBTfobia no Brasil**: Fatos, números e Polêmicas. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbtfobia-brasil-fatos-numeros-polemicas/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

<sup>177</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

fundamentais no que tange à qualidade de vida das pessoas LGBTQIAPN+ (Lésbicas, Gays, Bi, Trans, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromânticas/Agênero, Pan/Poli, Não-binárias e mais), desde sua infância até a fase adulta.

Como presente no Art. 3º, IV, da CRFB, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: "Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."<sup>178</sup>

Além disso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, no seu artigo 5º, inciso XLI, no bojo dos Direitos Fundamentais, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Entretanto, em face de uma inércia do legislador em fazer aquilo que deve fazer, a sua omissão torna-se inconstitucional, afinal, trata-se de um dever de legislar e não uma mera faculdade, nesse sentido dispõe a Lei nº 9.868/1999 em seu artigo 12-B:

Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

Desse modo, o Partido Popular Socialista (PPS), atualmente chamado de Cidadania, confeccionou, no dia 19 de dezembro de 2013, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que deu origem a chamada ADO nº 26, proposta em face do Congresso Nacional, para o fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente, mas não exclusivamente, das ofensas individuais e coletivas, dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, pôr a criminalização específica decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, inciso XLII, da CRFB/88) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI, da CRFB/88) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88).<sup>179</sup>

A ação teve como relator o Ministro Celso de Mello, que dispôs no seu voto que, até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as

---

<sup>178</sup> Art. 3º, I, da CRFB/88 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022, p.32.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 79.

condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”).<sup>180</sup>

Por maioria e nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para:

- a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI +;
- b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
- c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99;
- d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI +, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e
- e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente.

O excelentíssimo senhor relator tratou do artigo 5º, inciso XLI da CRFB/88, como sendo um mandado de criminalização, ocorre que, em momento algum da leitura do dispositivo, é possível extrair o mandamento constitucional para criminalizar atos atentatórios a direitos e liberdades fundamentais, considerando que o dispositivo fala em “punir”, o que é diferente dos demais incisos do artigo 5º (XLII, XLIII e XLIV) que falam propriamente em “crime”.

Aqui importa destacar que, em momento algum, há uma rejeição à proteção de direitos fundamentais, como, por exemplo a liberdade ideológica de gênero. Pelo contrário, afinal, em

<sup>180</sup>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta de processo eletrônico**. Disponível em: <https://re-dir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjeto=4515053>. Acesso em: 20 de jan. de 2023.

um país Republicano, deve-se respeitar o direito de todos, seja das maiorias ou das minorias, não por menos existe a separação dos poderes em que um deles, o Poder Judiciário, não é elegível e, portanto, em se tratando de controle de constitucionalidade seus atos não são para maioria, mas sim contramajoritário (contra a maioria) buscando-se a proteção das minorias.

A análise que aqui se faz é sobre a proteção dessa liberdade ter se dado por ato do Poder Judiciário através da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26<sup>181</sup>, posto que, em consonância com o modelo de constitucionalismo garantista, estudado no capítulo anterior, tal medida não poderia ter sido adotada por aqueles que exercem um papel de censura, pautando-se tal afirmação no princípio da legalidade e, em especial, na separação dos poderes.<sup>182</sup>

No acórdão, foi reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se refere os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para efeito da proteção penal aos integrantes do grupo, à época LGBTI+, na atualidade LGBTQIAPN+.

Além disso, declarou a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, cientificou o Congresso Nacional, para os fins do disposto no artigo 103, §2º da CRFB/88.<sup>183</sup>

Até então, embora, como já exposto, o artigo 5º, XLI, da CRFB/88 não trate de mandado de incriminação, pois não se refere a crime, o Supremo Tribunal Federal está adotando um procedimento em estrita observância à legalidade, afinal, sua atuação encontra-se em consonância com o disposto no artigo 103, §2º da CRFB/88, bem como com a Lei nº 9.868/99.

Entretanto, o acórdão também deu interpretação em consonância com a Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos, segundo a decisão da Suprema Corte, nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 - Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de

---

<sup>181</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso 20 jan 2023.

<sup>182</sup> CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>183</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio de 2022. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

cor, até que sobrevenha legislativa autônoma, editada pelo Congresso Nacional, considerando, nos termos do voto do relator, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécie do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS, na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.<sup>184</sup>

Portanto, o Supremo Tribunal Federal adotou uma interpretação extensiva à qualificação da conduta de homotransfóbicas como espécie do gênero do crime de racismo.

### *3.2.1 Do ativismo judicial na ADO n.º 26*

Alicerçado na teoria do constitucionalismo garantista, o acordão proferido no julgamento da ADO n.º 26 foi contrário aos postulados elencados por Ferrajoli, posto que o primeiro é o princípio da legalidade, que, no constitucionalismo rígido, aparece como estrita legalidade.<sup>185</sup>

Nesse sentido, não pode ser considerado crime uma conduta que não esteja taxativamente prevista em lei como crime, afinal, isso contraria até mesmo o direito fundamental expresso no artigo 5.º, inciso XXXIX da CRFB/88 – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.<sup>186</sup> E, portanto, toda e qualquer interpretação que impute a prática de infrações penais deve ser restritiva e não ampliativa, ainda que seja, a criminalização benéfica à sociedade de um modo geral.

Certo que o Supremo Tribunal Federal não criou nenhuma Lei, pois a Lei do Racismo já existia desde 1989, Lei n.º 7.716/1989. Contudo, a Suprema Corte usou da analogia, em matéria penal, em face à anomia/lacuna legislativa para, segundo o STF, dar uma interpretação conforme a Constituição.

<sup>184</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta de processo eletrônico**. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq\\_objetoincidente=4515053](https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=4515053). Acesso em: 20 jan. 2023.

<sup>185</sup> CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

<sup>186</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022.

Pontua-se, como explicado no terceiro capítulo, que o intérprete deve se pautar em critérios de solução para as antinomias ou anomias legislativas, pois do contrário torna-se arbitrário e um poder sem limites.

Dentre os critérios doutrinários apresentados no item 2.5.1, existe o critério da norma mais benéfica ao réu que deve ser aplicada em detrimento da norma mais prejudicial, partindo-se do pressuposto de que nenhuma interpretação, em um eventual conflito de normas, seja por ação e ainda mais por omissão, pode prejudicar o destinatário, esse é um mandamento constitucional, a título de direito fundamental, conforme disposto no artigo 5º, inciso XL, da CRFB/88<sup>187</sup>, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Nesse ponto, já existe uma violação aos critérios de solução às antinomias e anomias. Outro ponto que diverge do modelo de constitucionalismo garantista é a separação dos poderes, naquilo que Ferrajoli chamou de direito vivente e direito vigente, sendo inadmissível, para a abordagem garantista, a ideia do direito vivente, fruto da interpretação e das diversas circunstâncias de fato que formam a jurisprudência, pois contradiz o princípio da legalidade.<sup>188</sup>

Insta destacar que a separação dos poderes existe justamente para evitar um superpoder, suprimindo a existência de abusos e desvios, valendo-se do sistema de freios e contrapesos.

Portanto, o ativismo judicial se faz presente na decisão de proteção das minorias, que pretendia obter provimento que conduzisse à criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente das ofensas individuais e coletivas, dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima.

Ao enquadrar a homofobia e transfobia no crime do racismo, o ativismo judicial, expande o sentido e alcance daquilo que está presente no texto constitucional – neste caso, os atos discriminatórios de raça e cor, concretizando os valores e fins presentes na Constituição Republicana de 1988 em uma decisão positiva para membros específicos da sociedade que também sofrem preconceito, mais especificamente, por conta de questões relacionadas à sexualidade e ao gênero, e que, por uma necessidade maior e omissão de um estado legislador, precisam ter seus direitos assegurados por decisões judiciais específicas, baseado no entendimento de que os iguais devem ser tratados como os iguais, e os desiguais devem ser

---

<sup>187</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: XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

<sup>188</sup> IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733/1757>. Acesso em 22 jan. 2023.

tratados como os desiguais, garantindo-se assim valores como da dignidade da pessoa humana e de liberdade para essas minorias.<sup>189</sup>

A ADO n° 26 trouxe uma análise positiva da aplicação do ativismo judicial, em especial para os grupos que compõe a LGBTQIAPN+ (Lésbicas, Gays, Bi, Trans, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromânticas/Agênero, Pan/Poli, Não-binárias e mais), pois impacta profundamente a sociedade que não pode depender apenas do poder legislativo para ter seus direitos assegurados, afinal, este poder político atua na maioria das vezes na busca de direitos majoritários e não minoritários.

Tal interpretação constitucional trouxe a uma parcela significativa da sociedade maior segurança e proteção jurídica em respeito aos atos discriminatórios, às violências físicas, verbais e psicológicas que os acompanham desde sua infância até a vida adulta, abrindo caminho para que se possa progredir na construção de uma sociedade onde o Estado Democrático de Direito assegura efetivamente bens como o de liberdade, segurança e justiça para lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.<sup>190</sup>

### 3.3 Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF N° 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, tendo por parâmetro constitucional a dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde com fundamento para o seu cabimento no artigo 1° da Lei 9.882/1999.

191

Já o objeto da ADPF foi o conjunto normativo representado pelos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal – Decreto Lei n° 2.848, de 7.12.1940, que aqui importa em destacar a sua redação:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento  
 Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:  
 Pena - detenção, de um a três anos.  
 Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:  
 Pena - reclusão, de um a quatro anos.

<sup>189</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

<sup>190</sup> CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>191</sup> Art. 1o A arguição prevista no § 1o do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231, de 2000)

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Considerou violação a preceito fundamental a interpretação de que não seja possível efetuar a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina.

Na petição, foi apresentada como definição de anencefalia, com fundamento na literatura médica, a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.

Em outras palavras, anencefalia é conhecida vulgarmente como “ausência do cérebro”, o que ocasiona a inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, sendo, portanto, incompatível com a vida extra-uterina.<sup>192</sup>

Uma importante argumentação apresentada na petição que interessa esta pesquisa está no item 9 da ADPF, reproduzido a seguir:

Note-se, a propósito, que a hipótese em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereça risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma.<sup>193</sup>

O autor da ação objetiva aponta uma anomia legislativa para a hipótese apresentada na ADPF, entendendo que este fato impede o exercício de direitos fundamentais e, que, portanto, não se pode privilegiar o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva.

<sup>192</sup> MELLO, M.A. **Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental** 54-8 distrito federal. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 23 maio 2022.

<sup>193</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta de processo eletrônico**. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. p. 02 – 25. Acesso em: 23 jan. 2023, p. 07.



### 3.3.1. Do ativismo judicial na ADPF n° 54

Em sede de cautelar, o relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Marco Aurelio, no dia 01 de julho de 2004, decidiu pelo reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestado a deformidade, a anomalia que atingiu o feto.

Os motivos que levaram à decisão cautelar foram que os valores em discussão se revestiam de importância única, como, por exemplo, saúde, liberdade, preservação da autonomia de vontade, legalidade e, acima de tudo, a dignidade do ser humano. Nos termos da decisão:

[...] O determinismo biológico faz com que a mulher seja portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entremetidas, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimento mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega no final da gestação, a sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivência, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo.

194

Ressalta-se que, na primeira manifestação da Procuradoria Geral da República, datada do dia 18 de agosto de 2004, o então PGR Claudio Fonteles optou pelo indeferimento dos pedidos formulados na ADPF n° 54, pois, adotando o método garantista quanto à separação dos poderes, informou que o princípio da separação dos poderes, embora não seja um princípio rígido, implica, em seu conteúdo essencial, a distinção entre legislação e jurisdição.

Além disso, com fundamento no princípio democrático, a decisão política deve ser tomada, diretamente ou através dos órgãos representativos politicamente responsáveis, pelo povo.

O rechaço ou abrandamento da separação entre o legislativo e o judiciário coloca em risco o próprio modelo democrático-representativo vigente. Portanto, não pode a jurisdição

---

<sup>194</sup> Ibidem, p. 207

constitucional usurpar o papel do legislador, pelo contrário, o seu papel é de verificação se a lei é ou não contrária à Constituição e não se substituir ao legislador na formulação das soluções conformes à Constituição.

Entretanto, em nova manifestação da Procuradoria-Geral da República, datada de 06 de julho de 2009, a então PGR Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira optou pela integral procedência da ADPF, para que fosse interpretada conforme a Constituição, reconhecendo a possibilidade da antecipação voluntária do parto terapêutico em caso de feto anencefálico, desde que a patologia fosse diagnosticada por médico habilitado, reconhecendo-se o direito da gestante de se submeter a este procedimento sem a necessidade de prévia autorização judicial ou de qualquer outro órgão estatal.<sup>195</sup>

Diante do exposto, deve ser julgada integralmente procedente a presente ADPF, para que seja dada interpretação conforme à Constituição aos dispositivos do Código Penal indicados na petição inicial de forma a declarar a inconstitucionalidade, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, de exegese de tais preceitos que impeça a realização voluntária de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, desde que a patologia seja diagnosticada por médico habilitado, reconhecendo-se o direito da gestante de se submeter a este procedimento sem a necessidade de prévia autorização judicial ou de qualquer outro órgão estatal.

No tocante aos argumentos apresentados na manifestação da PGR, esta enfatizou que a questão jurídica debatida nos autos da ADPF resulta do anacronismo da legislação penal brasileira, editada quando ainda não era possível diagnosticar a viabilidade da vida extra-uterina do feto.

Em 1940, quando foi promulgada a Parte Especial do Código Penal, a tecnologia então existente não permitia a realização de diagnóstico pré-natal da anencefalia, porém, tal quadro se alterou radicalmente nas últimas décadas, por força dos avanços científicos na Medicina.

Houve, na manifestação, uma suposição de que, à época, o legislador ao tipificar o aborto, não havia excluído do tipo penal a hipótese de interrupção da gravidez decorrente de grave anomalia fetal impeditiva de vida extra-uterina porque não podia adivinhar que futuros avanços tecnológicos possibilitassem um diagnóstico seguro.<sup>196</sup>

No acórdão, a ADPF n° 54 foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do

<sup>195</sup> [https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq\\_objetoincidente=2226954](https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=2226954). Acesso em: 23 jan. 2023, p. 15

<sup>196</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlatos. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

relator, Ministro Marco Aurélio, e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso.  
197

O ministro relator deixou claro que a discussão em sede da ADPF não envolvia um conflito real entre direitos fundamentais, mas sim um conflito aparente envolvendo a dignidade humana, usufruto da vida, liberdade, autodeterminação, saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.

Como visto, no terceiro capítulo, há critérios para solucionar aparente antinomia entre normas como hierárquico, cronológico, especialidade e da norma mais benéfica, entretanto, por se tratar de norma com a mesma envergadura, tais critérios não podem ser aplicados.

Nesse caso, com fundamento no princípio da unidade constitucional, é necessário a harmonização e integração das normas em aparente colisão. Para tanto, o intérprete deve se valer dos mecanismos de interpretação constitucional para solucionar o caso concreto. Retomam-se os importantes princípios instrumentais de interpretação constitucional como: supremacia da constituição, unidade constitucional, interpretação conforme a constituição, harmonização ou concordância prática, máxima efetividade, razoabilidade ou proporcionalidade.

No caso da ADPF nº 54, a decisão foi no sentido de reconhecer a possibilidade, em abstrato, da antecipação terapêutica do parto, sendo diagnosticada a anencefalia, afinal, tal hipótese só não havia sido prevista expressamente na legislação penal, pois o Código Penal de 1940 não tinha como prever esta possibilidade, uma vez que não havia meios para diagnóstico tão preciso de anencefalia.

O relator, ainda no seu voto, diz “Senhor Presidente, mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida”.<sup>198</sup> Não se pode também desconsiderar os argumentos apresentados no voto do relator, tais como:

- a) A República Federativa do Brasil como Estado laico;
- b) A anencefalia;
- c) Doação de órgãos de anencéfalos;
- d) Direito à vida dos anencéfalos;

---

<sup>197</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Consulta de processo eletrônico.** <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. p. 02 – 25. Acesso em: 23 jan. 2023.

<sup>198</sup> Ibid., p. 25.

e) Direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade.

Insta destacar que, embora louvável a construção histórica e dogmática sobre a laicidade do Estado, anencefalia, direito à vida e da autonomia da mulher, para dispor sobre a interrupção terapêutica da gestação em caso de anencefalia, esta inovação no campo do direito posto, em não reconhecer tal conduta interruptiva da gestação, como aborto quando em caso de anencefalia, vai contra o primeiro postulado do modelo de constitucionalismo garantista estudado no terceiro capítulo, ou seja, contrária à estrita legalidade.<sup>199</sup>

Além da violação ao princípio da legalidade ou taxatividade, tal inovação adentra na competência dos poderes políticos que é essencial para os fins da democracia constitucional, afinal, o desenvolvimento do Estado social na fixação das garantias primárias, tais como direito à saúde e educação estão sob a dependência do Poder Executivo que se dá por meio de legitimação política.

A jurisdicionalidade e acionabilidade, postulados do modelo garantista, como uma garantia secundária serve para limitar a atuação dos poderes sejam eles públicos ou privados e não para invadir os espaços de competência das escolhas políticas. Portanto, não pode o judiciário adotar um papel criativo do direito como fez no julgamento da ADPF n° 54.<sup>200</sup>

Nesse sentido, de acordo com Fabio Rosi do Nascimento,<sup>201</sup> o ministro Marco Aurelio, ao proferir o seu voto para algo tão sério como a vida ou morte de um feto, mesmo sendo este considerado anencefálico, baseado na vontade de se “permitir o preenchimento da omissão legislativa com aquilo que teria dito o legislador se tivesse conhecido os dados aterrorizantes da gestação de feto anencefálico”, é excesso de discricionariedade, portanto, ativismo judicial.

Podem-se notar características ativistas nas declarações do Ministro Gilmar Mendes e da Ministra Rosa Weber quando ambos discutem se a vontade do legislador deve prevalecer assim como é notável a ideologia ativista nas palavras do Ministro Fux quando o mesmo afirma que é função do STF se manifestar de forma definitiva sobre essa questão, porque a supremacia judicial só se instala quando o legislativo abre esse espaço de reflexão, porquanto politicamente não assume as suas responsabilidades como representante do povo.

<sup>199</sup> DINIZ, Débora. **A arquitetura de uma ação em três atos: anencefalia no STF**. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593/21784>. Acesso em: 15 jan. 2022.

<sup>200</sup>BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

<sup>201</sup> NASCIMENTO, Fabio Rosi do. **Ativismo judicial: definição e sua ocorrência na análise das decisões do STF na ADPF 132 e ADPF 54**. Orientador: Mário Sérgio Falcão Maia. 2020, 74 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido - UFRSA, Mossoró, 2020. Disponível em: [https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream/prefix/6244/1/F%c3%a1bioRN\\_MONO.pdf](https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream/prefix/6244/1/F%c3%a1bioRN_MONO.pdf) Acesso em: 20 set. 2022.

Partindo para outro ponto de análise, o ministro Ricardo Lewandowski votou pela improcedência da ADPF nº 54, por acreditar ser questão afeta ao papel do legislativo, segundo o qual, não seria lícito ao STF, a pretexto de realizar interpretação conforme a Constituição, “envergar as vestes de legislador positivo” e criar normas legais mediante decisão judicial:

#### VI – DA PARTE DISPOSITIVA

Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, **julgo improcedente o pedido.** (grifos do autor).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Ministro Cezar Peluso afirmou, que mesmo acometida de anencefalia, a eliminação do feto corresponde ao tipo penal aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica capaz de direcionar a uma conclusão diversa.<sup>202</sup>

Ora, pretender conferir a esse rol, que apenas explicita derivações práticas da extensão da liberdade pessoal da mulher, o sentido de reconhecimento da existência de poder absoluto de eliminar a vida intrauterina, é, com o devido respeito, insustentável demais, cuja menor consequência fora a completa reificação do conceito, transformado em mero objeto disponível, sem nenhuma dignidade jurídica.

#### X. Conclusão.

Diante das razões expostas, pesando-me, desta feita, não poder dar razão à douta maioria, julgo totalmente improcedente a ADPF.

Portanto, há nas manifestações expressas, conforme os votos dos ministros acima mencionados claramente um ativismo judicial na aceitação da interrupção da gestação de feto anencefálico.

### 3.4 O controle jurídico sobre os pressupostos constitucionais das medidas provisórias.

Como já estudado no terceiro capítulo, que tratou da separação dos poderes, pode-se dizer que a função de legislar cabe ao Poder Legislativo, logo, a interferência de outro Poder nessa atividade constitui uma violação à separação dos poderes.

---

<sup>202</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Consulta de processo eletrônico. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. Inteiro teor do Acórdão. p. 237. Acesso em: 25 jan. 2023, p.372.

Entretanto, no campo do conhecimento humano, não há verdades absolutas e, nesse sentido, tem-se a medida provisória, que, embora não seja Lei, tem força de Lei, conforme o artigo 62 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.<sup>203</sup>

A Medida Provisória - MP é um ato normativo, discricionário e de natureza política própria do Presidente da República, nesse sentido dispõe o artigo 84, inciso XXVI da Constituição da República Federativa do Brasil.<sup>204</sup>

Na constituição, há a previsão de dois pressupostos formais para edição de MP, são eles: a relevância e a urgência, portanto, a priori, não compete ao judiciário a análise desses pressupostos, pois como mencionado nas atribuições privativas do presidente da República, esta é da sua natureza.<sup>205</sup>

Ressalta-se que o Poder Legislativo participa do procedimento que envolve a Medida Provisória, porém essa participação ocorre apenas após a sua publicação, ou seja, num segundo momento, conforme dispõe a cabeça do artigo 62 e seu §3º.<sup>206</sup> Logo, o controle feito pelo Congresso Nacional quanto aos pressupostos da sua edição e ao mérito das Medidas Provisórias é feito ex-post à edição e publicação.

Nesses termos, cabe ao Poder Legislativo a análise sobre os pressupostos constitucionais à edição de MP, artigo 62, §5º e §9º, da CRFB/88.<sup>207</sup> O Congresso Nacional não pode converter a MP em Lei se não identificar os requisitos formais e materiais, alegando-se então ausência de pressupostos constitucionais.<sup>208</sup>

---

<sup>203</sup> Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022.

<sup>204</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

<sup>205</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Interpretação Constitucional: o controle judicial da atividade política**. In: *Hermenêutica Constitucional – Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia* (org.): Eduardo Ribeiro Moreira, Jerson Carneiro Gonçalves Junior, Lucia Helena Polleti Bettini. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

<sup>206</sup> § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022.

<sup>207</sup> § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. *Ibidem*.

<sup>208</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 707.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal admite, excepcionalmente, o exame pelo judiciário dos pressupostos constitucionais para elaboração da MP, ou seja, da relevância e da urgência, ainda que estes pressupostos pertençam à esfera discricionária do Presidente da República.<sup>209</sup>

Em análise sobre o tema em comento no sistema jurídico nacional, identificou-se a aplicação, em concreto, no Agravo de Instrumento nº 1402875-89.2016.8.12.0000, que teve por relator o Desembargador Alexandre Bastos, do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. O Agravo, em uma de suas alegações, questiona a constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.172-32/2001, do referido Estado, quanto aos pressupostos de relevância e urgência.<sup>210</sup>

De acordo com o relator, essa alegação não se mostrou coerente, pois a análise da relevância e urgência da medida provisória esbarra na discricionariedade administrativa, não competindo ao Poder Judiciário apreciar esse conteúdo afeto ao chefe do Poder Executivo, salvo se ocorrer abuso, o que não é o caso. A partir desse ponto, percebe-se que a medida – controle sobre os pressupostos da MP pelo Poder Judiciário – foi tratada de forma excepcional.

Nesse sentido, o relator, corroborando à sua argumentação, trouxe a ADI 1.397-MC/DF, cujo relator foi o ministro Carlos Velloso, em que dispôs que os pressupostos da MP têm caráter político e, em princípio, a sua análise cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, salvo se a relevância e a urgência se evidenciarem improcedentes.<sup>211</sup>

Decidiu-se, mais, que, quanto aos requisitos de relevância e urgência, a sua apreciação, em princípio, dado o seu caráter político, fica por conta do Chefe do Executivo e do Congresso Nacional. Todavia, se tais requisitos — relevância ou urgência evidenciarem-se improcedentes, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória. Na ocasião, reportei-me ao decidido no RE 62.739-SP, de que foi relator o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro (RTJ 44/54). O acórdão da citada ADIn 1.397-DF, por mim relatada, está na RDA 210/294.

---

<sup>209</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213-0 Distrito Federal**. Relator: ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 4 de abril de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1823899>. Acesso em: 26 jan. 2023.

<sup>210</sup> MATO GROSSO DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado de MS**. Agravo de Instrumento nº 1402875-89.2016.8.12.0000. Relator: Desembargador Alexandre Bastos, Dourados-MS, 19 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/517355239/inteiro-teor-517355249>. Acesso em: 26 jan. 2023.

<sup>211</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.397 Distrito Federal**. Relator: ministro Carlos Velloso. Brasília-DF, 2 dezembro de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?-docTP=AC&docID=266709>. Acesso em: 26 jan. 2023.

Além disso, destaca-se que a presença dos pressupostos à MP deve ser apresentada conjuntamente e não alternativamente. Nesse sentido, tem-se o Recurso Extraordinário nº 592.377, de relatoria do ministro Marco Aurélio e como relator para o acórdão, o ministro Teori Zavascki, em 2015, que analisou a constitucionalidade, material e formal, do artigo 5º da medida provisória nº 2.170-36/2001, onde previa em seu texto a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. De acordo com a decisão,

Não se pode negar o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/2001 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados.<sup>212</sup>

A decisão, no mencionado RE, identifica e justifica, de modo coerente, a importância dos dois pressupostos constitucionais à edição de MP, julgando constitucional a Medida Provisória 2.170-36/2001. Nesses termos, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal reforça a ideia de os pressupostos serem cumulativos, além disso, importa destacar que a conversão da MP em Lei não afasta a possibilidade de o controle judicial sobre os seus requisitos, sejam eles formais ou materiais.

Ademais, a conversão da MP em Lei não convalida eventual vício existente à época em que era Medida Provisória, logo, poderá sucessivamente ser objeto de controle de constitucionalidade.<sup>213</sup>

Portanto, com base nesse argumento, o STF analisa a ADI nº 5.599/DF, que tem por objeto a medida provisória nº 746/2016, posteriormente convertida na lei nº 13.415/2017, cuja matéria reformula a estrutura do Ensino Médio.

Sobre a ADI nº 5.599/DF, o PGR, em seu parecer, se manifesta dizendo que a MP visa reformas profundas no complexo sistema de educação, proposta cuja abrangência da matéria obrigaria, para sua aprovação, a realização de longos debates com a sociedade, o que por si já afasta o pressuposto da urgência, uma vez que tais debates abarcariam um tempo não coerente ao rito abreviado da MP, nesse sentido se manifestou pela improcedência:

---

<sup>212</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 592.377 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, com rel. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, 4 de fevereiro, 2015. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq\\_objetoincidente=2636792](https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=2636792). Acesso em: 26 jan. 2023, p. 1.

<sup>213</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.090-6 Distrito Federal**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2006. Disponível: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2190442>. Acesso em: 26 jan. 2023.



Sem pesquisas, sem debate nem amadurecimento, bons propósitos podem comprometer seriamente todo o arcabouço legislativo relativo à educação. Tudo isso é, obviamente, incompatível com a urgência das medidas provisórias. Esse requisito também influencia a tramitação do processo legislativo, que, pela própria concepção dessa espécie legislativa, deve ser expedita e encerrar-se em no máximo 120 dias (CR, art. 62, § 3º). Esse prazo é inibidor de debates sérios, consistentes e aprofundados como os que o tema exige, impede que se convoquem os atores relevantes para apresentar suas perspectivas, experiências e objetivos. Compromete-se inevitavelmente a própria tomada de decisão em assunto absolutamente fundamental para o futuro do país.<sup>68</sup>

### 3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina por procedência do pedido.

Entretanto, o ministro Edson Fachin julgou extinta a ADI em 20 de abril de 2017, por perda do seu objeto, afinal, houve alteração significativa na matéria durante a elaboração do Projeto de Lei de Conversão nº 34/2016, transformado na Lei nº 13.415/2017, deixando de refletir o texto original da MP.<sup>214</sup>

DECISÃO: Trata-se de agravo em face de decisão monocrática na qual julguei extinta, por perda de seu objeto, a presente ação direta. Proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), partido político com representação no Congresso Nacional (eDOCs 4 e 8), a ação contesta a constitucionalidade da Medida Provisória nº 746, de 22 de setembro de 2016.

Contudo, mantém-se o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal de que é constitucional o controle jurisdicional sobre os pressupostos discricionários do chefe do Poder Executivo quanto à relevância e à urgência na elaboração de Medida Provisória.<sup>215</sup>

Além disso, entendeu o ministro que a edição de medidas provisórias seja maculada pelo excesso de poder por parte do presidente, sendo que este, ao utilizá-las de modo reiterado, não excepcional e sem critérios justificáveis, apropria-se da função legislativa.

Nesses termos, cabe ao Judiciário controlar o exercício compulsivo da competência extraordinária de edição de medidas provisórias, caso contrário, há possibilidade de distorções no modelo político, gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação dos poderes.<sup>216</sup>

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.599 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Parecer: Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, 19 de dezembro de 2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5061012>. Acesso em: 26 jan. 2023.

<sup>215</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213-0 Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de abril de 2002. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1823899>. Acesso em: 26 jan. 2023.

<sup>216</sup> Ibidem, p. 297-298.

### 3.4.1 Do ativismo judicial quanto ao reconhecimento de controle jurisdicional dos pressupostos para edição de Medida Provisória

Embora admirável o esforço argumentativo do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 5.599/DF, em que, como visto, reconheceu a possibilidade de controle jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais à edição de Medida Provisória, sendo estes a relevância e a urgência. Tal medida destoava do modelo de constitucionalismo garantista, analisado no terceiro capítulo, pelos motivos a seguir elencados.

O primeiro é a violação à separação dos poderes, posto que o constituinte originário deixou a cargo da competência privativa do Chefe do Poder Executivo Federal a edição de Medida Provisória, conforme dispõe o artigo 84, inciso XXVI da CRFB/88.

De igual modo, dispõe a cabeça do artigo 62 da Constituição, expressamente, ser da competência do Presidente da República dispor sobre medida provisória. Certo que, para edição, a constituição exige o atendimento de dois pressupostos – relevância e urgência – incumbindo o Chefe do Executivo, discricionariamente, a disposição sobre eles.<sup>217</sup>

Isso não significa que, quanto aos pressupostos, haja uma discricionariedade absoluta do Presidente, afinal, o mesmo ordenamento jurídico constitucional exige que, após editada e publicada a MP, esta seja, imediatamente, encaminhada ao Congresso Nacional para que este faça análise, não apenas do mérito, mas antes disso, do atendimento dos seus pressupostos, conforme dispõe o §5º e §9º do artigo 62 da CRFB/88.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.<sup>218</sup>

O constituinte não deixou à margem do Presidente da República uma discricionariedade absoluta, posto que designou, para controle dos pressupostos constitucionais, o Congresso Nacional.

---

<sup>217</sup> Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República: XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 6. Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022.

<sup>218</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022.

Desse modo, o Poder Judiciário dispendo que pode, ainda que, de forma excepcional, realizar controle quando a ato discricionário do Chefe do Poder Executivo configura, além de uma violação à competência do Presidente da República, uma usurpação do controle que deve, nos termos da constituição, ser político, uma vez que determinada a sua feição pelo Congresso Nacional, e não pelo judiciário.<sup>219</sup>

Outro ponto que merece destaque sobre violação aos postulados do modelo de constitucionalismo garantista é a violação à legalidade, em seu sentido amplo, afinal, diante da situação em análise, controle dos pressupostos da Medida Provisória, não se está diante de uma anomia legislativa, pois o controle existe e tem previsão na norma constitucional, ficando a cargo do Poder Legislativo. Logo, inviável o esforço argumentativo do Supremo Tribunal Federal em dispor que tal controle também, ainda que de forma excepcional, pode ser realizado pelo Poder Judiciário.

O entendimento do STF, como o mencionado no parágrafo anterior, contraria as garantias secundárias, estudadas no terceiro capítulo, posto que a acionabilidade e a jurisdicionabilidade servem para combater violações às garantias primárias, ou seja, como uma medida de censura e não de transformação, evitando, com isso o chamado governo dos juízes.<sup>220</sup>

---

<sup>219</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

<sup>220</sup> FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A palavra “ativismo” sempre esteve relacionada à ideia de militância por uma causa, seja essa causa justa ou injusta e, para tanto, torna-se uma ação continuada com o objetivo de uma mudança social ou política. Dessa forma, o ativismo acaba carregando uma pecha, por ser associado a condutas que visam revolucionar. Logo, não é algo fácil ou tão simples. Trata-se de um projeto coletivo que interfere nos mais variados aspectos da vida e, por isso, muitos ativistas são vistos como pessoas que gostam de longas reuniões, gritam slogans e, geralmente, passam uma ou duas noites na prisão.<sup>221</sup>

Já o ativismo feito pelo judiciário, ou seja, o ativismo judicial, também não escapa de comentários negativos, pois, traz insegurança jurídica, riscos à legitimidade democrática, à politização da justiça, à separação dos poderes. Porém, há também pontos positivos, tais como o de se ter um papel proativo do judiciário que favorece a criação de técnicas para a integração de lacunas, resolução de conflitos e reconhecimento de minorias, ou seja, os magistrados dão uma resposta às partes que litigam em um caso concreto, evitando a ineficácia de decisões judiciais.<sup>222</sup>

Implica um agir do Poder Judiciário, desamarrado dos rigores do princípio da legalidade, quando, em face da anomia legislativa, sua maior justificativa é a busca pela integração de problemas sociais, econômicos e culturais, proporcionando, dessa forma, uma solução que o Poder Legislativo não havia previsto dentro da normatividade.

Isso denota um esforço do intérprete em revelar a norma, afinal, o judiciário é obrigado a julgar, ainda que não exista solução em abstrato ao caso. Logo, não pode se abster desse dever por ser vedado o *non liquet*. Nesse sentido, o intérprete passa a analisar o direito não apenas como uma norma em si, mas sim como um conjunto de integração coordenada das mais variadas normas que as compõem, surgindo então o ordenamento jurídico como um todo. Assim, por exemplo, o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não é a constituição, mas sim um dispositivo da constituição. Nessa linha de raciocínio, se, apenas com a análise do disposto no artigo 5º da CRFB/88, fosse possível dizer a interpretação da constituição sobre o direito à vida, esta não seria atribuída ao estrangeiro de passagem, posto

---

<sup>221</sup> PERELLA, Jessica. **Ativismo Social e o impacto na sociedade**. Disponível em <https://www.ajudaria.com.br/ativismo-social-e-o-impacto-na-sociedade/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

<sup>222</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29.

que o dispositivo, expressamente, apenas garante vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país.<sup>223</sup>

Logo, levando em consideração a literalidade do artigo mencionado acima, o direito à vida seria atribuído apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional. Entretanto, como poderia esse direito não ser atribuído aos estrangeiros, não residentes, se, a mesma constituição, dispõe, no seu artigo 1º, inciso III<sup>224</sup>, a título de princípio fundamental da República Federativa do Brasil de 1988, sobre a dignidade da pessoa humana, falando apenas em pessoa humana, não especificando se brasileira ou estrangeira e, também, não impõe que esta pessoa seja residente no Brasil. Tal situação aparenta ser uma antinomia entre normas constitucionais.

Outra situação seria o artigo 226, §3º da CRFB/88, que dispõe sobre o reconhecimento da entidade familiar, sendo esta, nos termos do dispositivo mencionado, a relação entre o homem e a mulher. Logo, numa interpretação literal, não poderiam se casar pessoas do mesmo sexo. Porém, a mesma constituição dispõe ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil prover o bem de todos, sem preconceito de sexo, nos termos do artigo 3º, inciso IV. Nesse caso, está-se diante de outra antinomia aparente.

Nos dois casos supracitados, o que o intérprete deve, portanto, fazer é analisar esse dispositivo como integrante de um todo e não como se fosse o todo. Com isso, revela-se a norma à solução do litígio. Nesse sentido, jamais se pode dizer que a constituição não assegure o direito à vida ao estrangeiro de passagem ou que não permita o casamento entre pessoas do mesmo sexo, pois, tal como o artigo 5º da CRFB/88 não é a constituição, o art. 226, §3º também não é, mas sim, são ambos dispositivos da constituição.<sup>225</sup>

O intérprete e aplicador do direito terá que olhar para o ordenamento jurídico como um todo, conjugando todos os dispositivos de forma harmoniosa, para, assim então, revelar a norma constitucional sobre a matéria. Dito de outro modo, ele deve analisar os dispositivos como

---

<sup>223</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. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccvil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022.

<sup>224</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. *Ibidem*.

<sup>225</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. *Ibidem*

§ 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.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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

integrante de um todo e não como se fossem o todo, dessa forma, revela-se a norma. Assim, não se pode entender os dispositivos que integram o ordenamento jurídico de forma isolada, ou seja, adotando-se uma interpretação literal, mas sim, a partir de normas interligadas que integram e formam um sistema normativo, ou seja, adotando-se uma interpretação sistêmica, posto que, as normas jurídicas existem dentro de um sistema e se relacionam umas com as outras. Havendo inconsistências ou imperfeições nas normas, conseqüentemente, haverá o enfraquecimento na eficácia do sistema normativo, surgindo com isso as antinomias jurídicas, que nada mais são que normas em conflitos de interpretação quando da aplicação a um caso concreto.<sup>226</sup>

Obviamente, um sistema com antinomias traz grande insegurança à sociedade, tendo em vista que o destinatário fica em uma situação insustentável, situação imperfeita, sem segurança em qualquer regra jurídica que aponte uma solução satisfatoriamente válida para resolver o conflito. Desse modo, havendo o conflito, o próprio ordenamento jurídico é capaz de encontrar mecanismos para solucionar as antinomias aparentes.

Destaca-se a antinomia aparente, pois, como visto no terceiro capítulo, nas antinomias reais, por mais que se encontre uma resposta para o caso concreto, por meio da ponderação de regras e princípios ou ainda pela analogia, costumes ou princípios gerais do Direito, a antinomia permanece, fazendo-se necessária uma intervenção legislativa eficaz para a retirada da norma contraditória.<sup>227</sup>

Infere-se que não é o ordenamento jurídico que se mostra incoerente. Pelo contrário, as normas que o compõem é que podem ser contraditórias, pois, diariamente, o legislador inaugura algum diploma legal que passa a integrar o ordenamento jurídico, sendo inevitável que, em algum momento, com não muita dificuldade, encontre-se alguma norma contraditória com uma já existente. Em meio a esses conflitos, o ordenamento jurídico acaba se tornando consistente, pois as soluções para todos os impasses, especialmente entre normas, nele se encontram presentes.

Como visto no terceiro capítulo, a concordância prática, unidade constitucional, máxima efetividade, supremacia, interpretação conforme, proporcionalidade, interpretação conforme e harmonização são os pressupostos pelos quais as normas constitucionais, regras e princípios, devem estar submetidas.

---

<sup>226</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

<sup>227</sup> FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013.

Na falta de concordância, seja por decorrência do exercício do poder reformador ou pela própria existência de direitos fundamentais potencialmente conflitantes, advindos de valores que marcam a sociedade pluralista atual, estar-se-á diante do conflito aparente de normas constitucionais, haja vista que o próprio ordenamento jurídico é capaz de oferecer alternativas e métodos que o solucionem.

Seja no caso de colisão entre princípios, entre regras ou ainda entre regras e princípios constitucionais, caberá ao intérprete e aplicador da lei solucionar a questão com vistas a atingir o resultado mais satisfatório à lide, orientando-se sempre pelo ideal de dignidade do ser humano, moralidade e segurança. Para tanto, a atividade hermenêutica do jurista evidenciada por meio do emprego dos princípios instrumentais de interpretação constitucional é erigida como um importante fator de resolução, porquanto possui como prerrogativa geral conferir a máxima efetividade ao texto constitucional.<sup>228</sup>

Por conseguinte, para o método garantista é preciso seguir os 04 (quatro) postulados, quais sejam: legalidade, completude, jurisdicionalidade e acionabilidade. A jurisdição, que exerce controle sobre as leis constitucionalmente inválidas produzidas pelo Poder Legislativo, deve, em especial, se atentar aos postulados do constitucionalismo garantista, pois, com um enorme crescimento do poder judiciário e de seu papel político, nasce o risco de se produzir um desequilíbrio nas relações entre os poderes públicos, o chamado governo dos juízes.

Entretanto, a crescente expansão do papel e do poder dos juízes torna-se necessária para assegurar o constitucionalismo garantista, considerando que é imprescindível que se interpretem os direitos fundamentais não como princípios confiados à ponderação e ao ativismo judicial, mas como regras vinculantes, destinadas à sua aplicação jurisdicional diante das respectivas violações.

Como analisado no decorrer desta pesquisa, o constitucionalismo principialista, enfraquece a normatividade da constituição e atribui à jurisdição uma discricionariedade imprópria comprometendo a sua sujeição à legalidade (primeiro postulado do constitucionalismo garantista). Além disso, com o ativismo judicial promovido por tal modelo corre-se o risco de ocasionar uma lesão ao Estado de Direito, pois há, de um lado, a inversão da hierarquia das fontes; a ponderação acaba por se resolver na escolha dos princípios constitucionais caso a caso considerados uns acima dos outros e, por outro lado, há uma violação à separação dos poderes, em razão do indevido papel criativo do direito atribuído à

---

<sup>228</sup> BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009, p.75.

função judiciária, lembrando-se que o poder judiciário exerce um poder de censura e não de transformação, ou seja, de conservação e não de inovação.

A separação dos poderes deve ser colocada a salvo das interferências do poder político sobre a jurisdição. Também deve ser igualmente colocada a salvo das indevidas interferências do Poder Judiciário sobre a política, pois desse modo, torna-se possível a adoção do modelo garantista. Assim, para a condução dos fins estatais, mostra-se de extrema importância, uma vez que a cada Poder cabe uma função distinta e necessária para se alcançar o bem comum da sociedade.

Além disso, deve haver um reforço das garantias constitucionais, em especial, do princípio da legalidade estrita, conseqüentemente, da taxatividade normativa, proporcionando-se uma rígida sujeição do juiz à lei, bem como da natureza tendencialmente cognitiva da jurisdição.

No quarto capítulo, em que foi feita uma análise das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, no que tange à ADO n° 26 e ADPF n° 54, evidenciou-se como totalmente coerente, razoável e proporcional a construção argumentativa em torno dos objetos das ações, com o enquadramento em um tipo penal das condutas de homofobia e transfobia e da possibilidade da gestante poder optar em interromper a gestação em caso de feto anencefálico.

Entretanto, como, para ambos os casos, não se tratava de antinomia entre normas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, sendo que, para tais casos, como fora evidenciado na presente pesquisa, existem critérios de solução. Nas situações mencionadas, trata-se de anomia legislativa, pois não há previsão taxativa de crime quanto à conduta homofóbica e transfóbica, bem como não há, taxativamente, causa excludente da ilicitude penal em se tratando de interrupção da gestação de feto anencefálico.

Diante desse fato e da obrigatoriedade em julgar, o Poder Judiciário é forçado a revelar a norma à solução dos casos, porém, ele não é forçado – e nem poderia ser – a inovar ou se tornar protagonista no campo legislativo.

O reconhecimento da homofobia como crime, sem dúvidas, foi salutar à uma parcela da sociedade, porém, insustentável às garantias constitucionais, como à separação dos poderes e aos postulados do modelo de constitucionalismo garantista. O mesmo ocorreu com o julgamento da ADPF n° 54, que afastou a tipicidade normativa do crime de aborto às causas de interrupção de gestação de feto anencefálico.

No caso do controle judicial, no que tange à atividade política do Executivo e do Legislativo sobre os pressupostos à edição de Medida Provisória, se mostra completamente atípica a realização de controle jurisdicional, especialmente, quanto aos pressupostos, uma vez



que, taxativamente, foram atribuídos à competência do Presidente da República a disposição sobre urgência e relevância, sendo o controle, nos termos da constituição, político, pois, o mesmo deve ser realizado pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, a intromissão jurisdicional à análise dos pressupostos para edição de Medida Provisória é uma violação aos postulados do modelo de constitucionalismo garantista, em especial à legalidade, pois há previsão expressa de quem deve realizar o controle e sobre quem compete dispor. Logo, é inviável o esforço argumentativo do Supremo Tribunal Federal, conforme exposto no quarto capítulo, em dispor que tal controle também, ainda que de forma excepcional, pode ser realizado pelo Poder Judiciário. Portanto, o que se pode concluir é que o ativismo, a depender da maneira com que seja operado pelo judiciário, pode ser compatível com o constitucionalismo garantista, quando observados os postulados do respectivo modelo, especialmente quando se trata de antinomia normativa.

Entretanto, quando e, principalmente, em situações de anomia legislativa forem renegados os princípios do constitucionalismo garantista, está-se diante de uma violação à separação dos poderes e, por mais benéfica que a medida possa parecer à sociedade, este estudo não se manifesta favorável a ela.

## REFERÊNCIAS

- ABERS, Rebecca Neera (Org). **Ativismo institucional**: criatividade e luta na burocracia brasileira. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/y9zwc/pdf/abers-9786558461593.pdf>. Acesso: em 20 jan. 2023.
- ANTUNES, José Engrácia. Prefácio a TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema auto-poietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.
- ARISTÓTELES. **Dos argumentos sofisticos**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. A. Pickard. São Paulo: Nova Cultura, 1987.
- BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlatos. Belo Horizonte: Del Rey, 1999
- BETIM, Felipe. **Brasil é o terceiro país mais letal do mundo para ativistas ambientais, só atrás de Filipinas e Colômbia**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-28/brasil-e-o-terceiro-pais-mais-letal-do-mundo-para-ativistas-ambientais-so-atras-de-filipinas-e-colombia.html>. Acesso em:20 jan. 2023.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos**: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, [s.l.], v. 09, p.258-301, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p.1-50, jan./jul., 2012. Semestral.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista de Direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar 2009
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed.- São Paulo: Martin Claret; 2011.
- BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlatos. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 37, nº 145, jan/mar 2000.
- BETIM, Felipe. **Brasil é o terceiro país mais letal do mundo para ativistas ambientais, só atrás de Filipinas e Colômbia**. Disponível em:

28/brasil-e-o-terceiro-pais-mais-letal-do-mundo-para-ativistas-ambientais-so-atras-de-filipinas-e-colombia.html. Acesso em: 20 jan. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Crisis de la Democracia**. Ariel: Barcelona, 1985.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6 ed. Brasília: UnB. 1995.

BRASIL. Artigo 386 do Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941. disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10643765/artigo-386-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm)-. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 01 abr. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº 26**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Consulta de processo eletrônico**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Consulta de processo eletrônico**. <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>. p. 02 – 25. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Consulta de processo eletrônico**. Disponível em: [.https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954](https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954). Inteiro teor do Acórdão. p. 237. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus**. Processo: HC 68793 RJ. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 10/03/92. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14709312/habeas-corpus-hc-68793-rj> Acesso em: 04 jan. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213-0 Distrito Federal**. Relator: ministro Celso de Mello. Brasília-DF, 4 de abril de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1823899>. Acesso em: 26.jan.2023. p.457.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5.599 Distrito Federal**. Relator: Min. Edson Fachin. Parecer: Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, 19 de dezembro de 2016. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5061012>. Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.397 Distrito Federal**. Relator: ministro Carlos Velloso. Brasília-DF, 2 dezembro de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266709>. Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3.090-6 Distrito Federal**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2006. Disponível: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2190442>. Acesso em: 26 jan. 2023. p. 49.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n° 592.377 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio, com rel. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, 4 de fevereiro, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2636792>. Acesso em: 26 jan. 2023, p. 1.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

CAMPOS, Bruna Villas Boas. **As raízes históricas do ativismo judicial na tradição jurídica norte-americana e sua repercussão no debate hermenêutico constitucional: o império dos homens sobre o direito**. Disponível em: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-9K9VW7/1/disserta\\_\\_o\\_completa\\_final.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-9K9VW7/1/disserta__o_completa_final.pdf). Acesso em: 03 out. 2022.

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

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra Almedina, 1993, p. 687-688.

CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e direito: proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Elementos de teoria da Constituição e da interpretação constitucional**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4565164/mod\\_resource/content/1/1.%20COELHO%](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4565164/mod_resource/content/1/1.%20COELHO%20)

2C%20Inoc%C3%Aancia.%20M%C3%A9todos%20e%20Princ%C3%Adpios%20da%20Int  
erpreta%C3%A7%C3%A3o%20Constitucional.pdf. Acesso em: 23 out. 2022.

**Constitución Francesa, de 1793.** Disponível em: [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_fra.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_fra.pdf). Acesso em: 23 out. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches: **Manual de Direito Penal:** parte geral. Salvador: Editora jusPodivm, 2015, volume único.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 54.

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. **O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição.** Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril\\_v57\\_n225](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225). Acesso em: 22 fev. 2022.

DIMOULIS, Dimitri. **Significado e atualidade da separação de poderes.** In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos. **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 145-146.

DINIZ, Débora. **A arquitetura de uma ação em três atos: anencefalia no STF.** Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24593/21784>. Acesso em: 15 jan. 2022.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal.** Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial.** 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

EXAME. **GRETA e premiê da Austrália trocam críticas na web por incêndios no país.** Disponível em: <https://exame.com/mundo/greta-e-premie-da-australiatrocam-criticas-na-web-por-incendios-no-pais/>. Acesso em: 23 dez. 2022.

FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia.** Salvador: Juspodivm, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador: JusPODVM, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **La ley del más débil**. Trotta: Madrid, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Interpretação Constitucional**: o controle judicial da atividade política. In: *Hermenêutica Constitucional – Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia* (org.): Eduardo Ribeiro Moreira, Jerson Carneiro Gonçalves Junior, Lucia Helena Polleti Bettini. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.

FONTE, Felipe Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MELO, Frederico Henrique Corrêa de. **Anencefalia e anomalias congênitas**: contribuição do patologista ao Poder Judiciário. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&id=S1983-804220150003004aff195#/>. Acesso em: 15 jan. 2022.](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&id=S1983-804220150003004aff195#/)

GERALDES, Helena. **Advogado que montou a maior limpeza de praia do mundo ganha prêmio da ONU**. Disponível em: <https://www.wilder.pt/historias/advogado-que-montou-a-maior-limpeza-de-praia-do-mundo-ganha-premio-da-onu/>. Acesso em: 20 fev. 2023.

GLOBAL WITNESS. **Brasil é o país que mais mata ativistas pela terra, de acordo com relatório da Global Witness**. Disponível em: <https://www.globalwitness.org/pt/decade-defiance-pt>. Acesso em: 20 jan. 2023.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONET, Paulo Gustavo. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica: IDP, 2000. p. 15-102.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2.ed. São Paulo: Forense, 2012.

GUEDES, Néviton. **A ponderação e as colisões de normas constitucionais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-10/constituicao-poder-ponderacao-colisoes-normas-constitucionais>>. Acesso em: 03 jan. 2023.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli**. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733/1757>. Acesso em: 22 jan. 2023.

KLANG, Marcio. A teoria da imprevisão e a revisão dos contratos. 2. ed, rev. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAS CONSTITUCIONES DE MEXICO. 3º Por la naturaleza y ante la ley, todos los hombres son iguales. 4º La ley es la expresión libre y solemne de la vo-.

LUHMANN, Niklas. **Teoria dos Sistemas na Prática**, v. I. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2018.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto Macedo. **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ln/a/yznQKRvn5ZLvRb8gXrP9P4F/?lang=pt#>. Acesso em: 30 de dez 2022.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17>. Acesso em: 22 fev. 2023.

MATO GROSSO DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado de MS**. Agravo de Instrumento nº 1402875-89.2016.8.12.0000. Relator: Desembargador Alexandre Bastos, Dourados-MS, 19 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/517355239/inteiro-teor-517355249>. Acesso em: 26 jan. 2023.

MELLO, M.A. **Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental** 54-8 distrito federal. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 23 maio 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, Pâmela. **LGBTfobia no Brasil: Fatos, números e Polêmicas**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbtfobia-brasil-fatos-numeros-polemicas/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

NASCIMENTO, Fabio Rosi do. **Ativismo judicial**: definição e sua ocorrência na análise das decisões do STF na ADPF 132 e ADPF 54. Orientador: Mário Sérgio Falcão Maia. 2020, 74 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal Rural do Semiárido - UFRSA, Mossoró, 2020. Disponível em: [https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream/prefix/6244/1/F%c3%a1bioRN\\_MONO.pdf](https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream/prefix/6244/1/F%c3%a1bioRN_MONO.pdf)  
Acesso em: 20 set. 2022.

NEGRELLEY, Leonardo. **O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto, Soares, Paulo Sérgio Gomes e Mendes, Alessandro Hofmann Teixeira. **Os Direitos Humanos no contexto do garantismo penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ms/517355239/inteiro-teor-517355249>. Acesso em: 26 jan. 2023.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**, 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial” como um “cliché constitucional” deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V.1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERELLA, Jessica, **Ativismo Social e o impacto na sociedade**. Disponível em <https://www.ajudaria.com.br/ativismo-social-e-o-impacto-na-sociedade/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

PRIETO, Luis Sanchís. **Garantismo y Derecho penal**. Madrid: Iustel, 2011.

PRIETO, Luis Sanchís.. **Constitucionalismo y positivismo**. Biblioteca de Ética, Filosofia del Derecho y Política n° 60, Editorial Fontamara: México, 1997.

PORTAL G1 '**Poucos adultos estão escutando**', diz Greta Thunberg, a adolescente indicada ao Nobel que criou uma greve global pelo clima. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/03/15/poucos-adultos-estao-escutando-diz-adolescente-indicada-ao-nobel-que-criou-uma-greve-global-pelo-clima.ghtml>. Acesso 22 nov. 2022.

PORTAL G1. **Greta Thunberg é escolhida ‘pessoa do ano’ pela revista 'Time', 2019**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/11/revista-time-escolhe-greta-thunberg-comopessoa-do-ano.ghtml>. Acesso em: 12 dez. 2022.



QUEIROZ, Paulo de Souza. **A teoria da imputação objetiva**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v.9, n.103, p. 06-08, jun. 2001

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 130.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de informação legislativa**, ano 50, número 199, jul./set. 2013, pág. 06.

ROCHA, Carlos Odon Lopes da. Conflito aparente de normas constitucionais originárias e o princípio da unidade constitucional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n° 1734, 31 mar. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11104> Acesso em: 04 jan. 2023.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal**: conforme a teoria dos jogos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 55-56.

ROSA, Alexandre Morais da. **Não se faça de Bobbio**: a importância do ordenamento jurídico. 2016. Disponível em <[https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/diario-classe-nao-faca-bobbio-importancia-ordenamento-juridico#\\_edn12](https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/diario-classe-nao-faca-bobbio-importancia-ordenamento-juridico#_edn12). Acesso em: 02 de janeiro de 2023.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

SOUZA, Juliana Vieira Bernat. **A trajetória histórica do constitucionalismo**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/54702/a-trajetoria-historica-do-constitucionalismo>. Acesso em: 30 dez de 2022.

SOUZA, Jaqueline Ferreira. **Os do ativismo judicial no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/4874/1/jaquelineferreirade-souza.pdf> . Acesso em: 20 set. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O Trabalho dos juristas na perspectiva do estado democrático de direito: da utilidade de uma crítica garantista. **Revista Doutrina**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 41-48, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Senso Incomum**. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 03 set. 2022.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATEMOTO, Rafael. **Líder Guajajara é morto em emboscada de madeireiros contra indígenas no Maranhão**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/11/02/lider-guajajara-e-morto-em-emboscada-de-madeireiros-no-maranhao>. Acesso em: 20 jan. 2023.

TÁVORA Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodium. 2015.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCSH-HytnrQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 13 fev. 2023.

TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista da Faculdade de Direito de Franca**, v. 5, n. 1, p. 3-21, 2012. Disponível em: <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156/98>. Acesso em: 26 jun. 2022

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 set. 2022.

VIANNA, Luiz Werneck, et. Al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999

XIMENES, Julia Maurmann. **Direito e políticas públicas**. Brasília: Enap, 2021.