

**FACULDADE DE DIREITO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO**

ELBIO FERRAZ JUNIOR

**LIMITES INTERPRETATIVOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**PORTO ALEGRE
2020**

ELBIO FERRAZ JUNIOR

**LIMITES INTERPRETATIVOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da
Fundação Escola Superior do Ministério
Público/RS

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roque Sbardello

Coorientador: Prof. Dr. Francisco José Borges
Motta

**PORTO ALEGRE
2020**

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Paulo Pinto de Carvalho e setor de Tecnologia da Informação, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Ferraz Junior, Elbio

Limites interpretativos da jurisdição constitucional: a execução provisória da pena e o supremo tribunal federal / Elbio Ferraz Junior. -- Porto Alegre 2020.

157 f.

Orientador: Fábio Roque Sbardellotto; coorientador: Francisco José Borges Motta.

Dissertação (Mestrado) -- Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, Porto Alegre, BR-RS, 2020.

1. Protagonismo Judicial. 2. Ativismo Judicial. 3. Democracia. 4. Direito Como Integridade. 5. Execução Provisória da Pena. I. Sbardellotto, Fábio Roque, orient. II. Motta, Francisco José Borges, coorient. III. Título.

*E a vida vai tecendo laços
Quase impossíveis de romper:
Tudo que amamos são pedaços
Vivos do nosso próprio ser.¹*

*Com amor, para a minha maior
fonte de inspiração: Cecília.*

¹ Manuel Bandeira, "A Vida Assim nos Afeiçoa" - A Cinza das Horas, 1917.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Fábio Roque Sbardellotto, pela valiosa orientação, pelas preciosas sugestões ao longo desta caminhada e pela disponibilidade em prestar todo o apoio necessário, encontrando tempo para nossas conversas, mesmo em meio a tantos compromissos institucionais.

Ao Professor Doutor Francisco José Borges Motta, pela inspiração, pelo exemplo que entusiasma e motiva, pelo compromisso acadêmico e profissional, bem como pelas contribuições oportunas e certeiras que me mostraram não o caminho mais fácil, tampouco o menos espinhoso, mas aquele que hoje posso chamar de caminho correto.

À Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, por todo o carinho, pelos conselhos, pelas palavras de amizade, de amparo e de motivação ao longo de todo o convívio na FMP e com sempre pude contar.

Aos colegas e amigos Luís Carlos, Bianca, Júlia, Roberta, Airton, Vítor, Rodrigo e Gabriela, pelo convívio, pela companhia, pelas discussões, pelas risadas e por tudo que aprendi com cada um, em especial porque este trabalho tem muito de cada um de vocês.

Às queridas Camila, Nathalia e Adelita, por sempre me receberem com um sorriso no rosto, sempre prontas a ajudar, orientar, auxiliar e dar todo o suporte necessário para as mais diversas atividades acadêmicas e administrativas do curso.

À minha família, pelo apoio incondicional, pelo incentivo, pela torcida, pela paciência, por compreenderem meus momentos de ausência, por acreditarem, por tudo, por tudo e por tudo.

RESUMO

A ascensão política e institucional do Poder Judiciário, em especial a partir do segundo pós-guerra, é inegável. Colaborou para esse fenômeno, em especial, um redesenho institucional que impulsionou uma reformulação na maneira de entender e aplicar o Direito, outorgando maior efetividade normativa à Constituição, com especial atenção à garantia de direitos fundamentais, tudo isso seguido da criação de tribunais constitucionais, como forma de dar-lhes concretização, e de uma crescente judicialização das coisas da vida pela facilitação do acesso ao judiciário pela população em geral. Fruto desses aspectos, mudou-se, também, a forma de se interpretar o texto constitucional, como forma de dar maior alcance e efetividade às suas normas e, dessa maneira, dando ensejo a uma postura ativista do Poder Judiciário que, por vezes, ultrapassa os limites de uma atuação legítima. O Brasil, ainda que de maneira tardia, não passou ileso a essas transformações. É que, na esteira de uma tendência mundial, o constitucionalismo brasileiro também ficou marcado pelo destacado papel que o Judiciário passou a desempenhar na definição de importantes questões sociais e políticas. Assim vistas as coisas, a atuação dos juízes e dos tribunais passou a ser compreendida a partir da perspectiva da judicialização da política e do ativismo judicial. Nesse sentido, o problema a ser enfrentado na presente pesquisa é o de identificar a eventual presença de posturas ativistas na corte constitucional brasileira, bem como o de se verificar quais os limites da jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais e quais os fundamentos democráticos que legitimam suas decisões quando resultam na redução da margem de apreciação dos poderes políticos majoritários. Para tanto, toma-se como base, as decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade ou não da execução provisória da pena, com especial atenção ao julgamento de mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54/DF, ocorrido em 2019. A hipótese que se trabalha é a de que a teoria do direito (e da decisão judicial) de Ronald Dworkin é instrumento que permite aferir a legitimidade das decisões tomadas em sede de jurisdição constitucional, porque estabelece limites claros à atuação jurisdicional, em especial, quando as cortes constitucionais atuam de forma contramajoritária ou provocam interpretações disfuncionais em temas de alta relevância social como a da execução antecipada da pena (prisão em segunda instância). Como objetivo, propõe-se investigar os limites da atuação da jurisdição constitucional e, por consequência, da sua legitimidade em face das posturas ativistas do Supremo Tribunal Federal, tudo isso sob as lentes da teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin e da sua concepção de democracia. Para que tal objetivo seja alcançado, o estudo encontra-se dividido em três capítulos. O primeiro capítulo desenvolve-se a partir de um resgate histórico dos fatores que levaram o Poder Judiciário ao atual protagonismo político e institucional nas Democracias ao redor do mundo, em especial a partir do segundo pós-guerra e, no Brasil, após o processo de redemocratização. O capítulo seguinte faz uma imersão na concepção de democracia de Ronald Dworkin e na sua teoria do Direito, como forma de apresentar as premissas e os elementos que as caracterizam, além de demonstrar que o arcabouço teórico do autor se reveste de um instrumento não só valioso, mas adequado para se aferir a legitimidade democrática das decisões proferidas pelas cortes constitucionais, notadamente quando atuam de forma contramajoritária. Ao final, busca-se, a partir da análise de casos práticos, promover um encontro entre a teoria e a prática jurisdicional, de tal forma que se possa concluir acerca da sua (i)legitimidade, verificando-se se as decisões respeitam a margem de apreciação político-discrecional do legislador ou se extrapolam os limites democráticos das competências constitucionais do Poder Judiciário, subtraindo de forma indevida as competências dos demais Poderes da República.

Palavras-chave: protagonismo judicial; ativismo judicial; Democracia; Direito como integridade; execução provisória da pena

ABSTRACT

The political and institutional rise of the Judiciary, especially since the second post-war period, is undeniable. In particular, an institutional redesign contributed to this phenomenon, which led to a reformulation in the way of understanding and applying the law, granting greater normative effectiveness to the Constitution, with special attention to guaranteeing fundamental rights, all of which followed by the creation of constitutional courts, such as way of giving them materialization, and of an increasing judicialization of things in life by facilitating access to the judiciary by the general population. As a result of these aspects, the way of interpreting the constitutional text has also changed, as a way of giving greater effectiveness and efficiency to its norms and, thus, giving rise to an activist posture of the Judiciary that, sometimes, exceeds the limits of legitimate activity. Brazil, albeit in a belated way, did not go through these changes unscathed. It is that, in the wake of a worldwide trend, Brazilian constitutionalism was also marked by the prominent role that the Judiciary began to play in the definition of important social and political issues. In this way, the role of judges and courts came to be understood from the perspective of the judicialization of politics and judicial activism. In this sense, the problem to be faced in this research is to identify the possible presence of activist attitudes in the Brazilian constitutional court, as well as to verify which are the limits of constitutional jurisdiction in the defense of fundamental rights and which are the democratic foundations that legitimize their decisions when they result in the reduction of the margin of appreciation of the majority political powers. For this purpose, the plenary decisions of the Supreme Federal Court on the possibility or not of the provisional execution of the sentence are taken as a basis, with special attention to the judgment on the merits of *Ações Diretas de Constitucionalidade* 43, 44 and 54 / DF, judged in 2019. The hypothesis that is being worked on is that Ronald Dworkin's theory of law (and judicial decision) is an instrument that allows the assessment of the legitimacy of decisions taken under constitutional jurisdiction, because it establishes clear limits to jurisdictional action, especially when constitutional courts act in a counter-majoritarian manner or cause dysfunctional interpretations on topics of high social relevance, such as the early execution of the sentence. As an objective, it is proposed to investigate the limits of the performance of the constitutional jurisdiction and, consequently, of its legitimacy in the face of the activist attitudes of the Supremo Tribunal Federal, all this under the lens of Ronald Dworkin's theory of judicial decision and his conception of democracy. For this purpose to be achieved, the study is divided into three chapters. The first chapter develops from a historical recovery of the factors that led the Judiciary to a position of political and institutional rise in Democracies around the world, especially after the second post-war period and, in Brazil, after the re-democratization process. The following chapter immerses Ronald Dworkin's conception of democracy and his theory of law, as a way of presenting the premises and the elements that characterize them, in addition to demonstrating that the author's theoretical framework has a not only a valuable instrument, but an adequate one to assess the democratic legitimacy of the decisions made by the constitutional courts, especially when they act in a counter-majoritarian manner. In the end, it seeks, based on the analysis of practical cases, to promote a meeting between theory and jurisdictional practice, in such a way that one can conclude about its (il)legitimacy, checking if the decisions respect the margin political-discretionary appraisal of the legislator or the democratic limits of the constitutional powers of the Judiciary are extrapolated, unduly subtracting the powers of the other Powers of the Republic.

Keywords: judicial protagonism; judicial activism; Democracy; Law as integrity; provisional execution of the sentence

**LIMITES INTERPRETATIVOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A ASCENSÃO POLÍTICA E INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O ESTADO DA ARTE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS..	12
2.1 A RELAÇÃO DE TENSÃO ENTRE A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	22
2.2 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL: CONTORNOS PARA A CORRETA DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS FENÔMENOS	31
2.3 DELIMITANDO O CAMPO DE ESTUDO: UM RECORTE DO AMBIENTE DEMOCRÁTICO BRASILEIRO PÓS-1988 SOB A ÓTICA DA EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	45
3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO: O LOCUS DO DEBATE POLÍTICO E O PAPEL DESTINADO AO PODER JUDICIÁRIO EM RONALD DWORKIN	56
3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: POR QUE RONALD DWORKIN?	56
3.2 A NOVA AGENDA DO DEBATE POLÍTICO: A REJEIÇÃO À DISCRICIONARIEDADE E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS	61
3.2.1 O <i>general attack</i> ao positivismo jurídico: o modelo de regras e o papel dos princípios em Dworkin	62
3.2.2 O papel dos princípios no Direito: Abertura ou fechamento do sistema?	69
3.3 A DEMOCRACIA EM RONALD DWORKIN: O <i>JUDICIAL REVIEW</i> COMO ELEMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DEMOCRÁTICA	73
3.3.1 O <i>judicial review</i> como elemento garantidor da democracia	80
3.3.2 Argumentos de princípio e argumento de política	87
3.4 A TRADIÇÃO COMO ELEMENTO CENTRAL DO DIREITO: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL LEVADA A SÉRIO	92
3.4.1 O Direito como uma atividade interpretativa: a tese do Direito como integridade e o romance em cadeia	92
3.4.2 Ainda sobre o Direito como uma atividade interpretativa: a metáfora da resposta correta.....	99
4 ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA: A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA	104
4.1 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO: A NECESSÁRIA AUTONOMIA DO DIREITO	106

4.1.1 O Direito como integridade e a evolução jurisprudencial da prisão em segunda instância: sintomas de uma democracia frágil.....	108
4.1.2 As Medidas Cautelares nas ADC 43 e 44/DF	113
4.1.3 Julgamento de Mérito das ADC 43 e 44 e 54/DF	117
4.2 ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO E ARGUMENTOS DE POLÍTICA: ENTRE A AUTONOMIA DO DIREITO e OS álibis retóricos	122
4.2.1 A presunção de inocência, o trânsito em julgado e os limites semânticos do texto: construções jurídico-argumentativas ou político-discrecionárias?	126
4.2.2 O populismo judicial e a desconstrução <i>ad hoc</i> do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal	131
4.3 BALANÇO FINAL: O SIGNIFICADO DA DECISÃO DE MÉRITO DAS ADC 43, 44 E 54/DF	135
4.3.1 A saída constitucionalmente adequada: a deliberação no fórum da política.....	139
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	145
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152

1 INTRODUÇÃO

A ascensão política e institucional do Poder Judiciário, marcadamente a partir do segundo pós-guerra, é fato incontroverso.

Fator determinante para esse fenômeno pode ser encontrado no novo desenho institucional que se deu ao longo da segunda metade do século passado, que impulsionou uma reformulação na maneira de entender e aplicar o Direito: outorgou-se maior efetividade normativa à Constituição, com especial atenção à garantia de direitos fundamentais, tudo isso seguido da criação de tribunais constitucionais, como forma de dar-lhes concretização, e de uma crescente judicialização das coisas da vida diante da facilitação de acesso ao judiciário pela população em geral.

Como consequência desse cenário, também mudou-se a forma de se interpretar o texto constitucional, no intuito de permitir um maior alcance e efetividade às suas normas. Esses ingredientes todos, somados, contribuíram sobremaneira para uma corrida ao Judiciário e pela tomada de posturas ativistas (discricionárias) das Cortes que, por vezes, ultrapassa os limites de uma atuação legítima sob a perspectiva democrática.

O ativismo judicial pode ser compreendido como uma postura deliberada e consciente assumida pelos magistrados que procuram atuar de maneira mais ampla e intensa, na intenção de dar maior concretização ao texto constitucional, expandindo o papel do Poder Judiciário, o que sugere, no mais das vezes, uma postura intervencionista nos demais Poderes da República, uma vez que há interferência direta no espaço de conformação política dos poderes representativos.

Por esse motivo, falar sobre ativismo é falar sobre o modo como os juízes decidem, uma vez que se trata de uma disfunção na prestação da tutela jurisdicional, em que o judiciário subtrai, de maneira ilegítima, parte do espaço de conformação política, notadamente, do legislador, a partir de decisões que se fundamentam em critérios e conceitos pessoais do julgador sobre aquilo que ele compreende como justo, certo ou errado, ou seja, a partir de fundamentos estranhos ao direito e, portanto, discricionários.

Sob essa perspectiva, o ativismo judicial também é traço característico do modelo constitucional que se desenvolveu no mundo ocidental no segundo pós-guerra e, no Brasil, ainda que de maneira tardia, após o a promulgação da Constituição Federal, no Brasil, sendo fruto dessa nova forma de se interpretar e aplicar a constituição.

Em certa medida, pode-se dizer que o ativismo é um fenômeno próprio das democracias contemporâneas, que, invariavelmente, gera debates acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, em especial quando se verifica um protagonismo do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, uma vez que ele impõe suas decisões aos legitimados pela política representativa majoritária.

Nesse sentido, e de forma indiscutível, o Brasil também foi atingido pela onda constitucionalista a partir do processo de redemocratização que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que contemplou um capítulo inteiro dedicado a direitos e garantias fundamentais, mecanismos de manutenção e promoção da democracia por meio da delimitação das competências atribuídas a cada um dos três Poderes da República, permitindo que fossem traçadas as balizas que pavimentaram a transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito.

Esse processo de expansão da atividade jurisdicional e ascensão institucional do Poder Judiciário pode ser analisado sob mais de uma ótica: a necessidade de superação de Estados autoritários mediante a instituição de Estados de Direito, no mais das vezes democráticos; a adoção de constituições dotadas de alta carga principiológica; a preocupação com a constitucionalização de instrumentos de fortalecimento das instituições garantidoras da democracia, como o próprio Judiciário e o Ministério Público, repercutindo, por exemplo, no combate a atividades criminosas que corroem o Estado Democrático e corrompem seus atores, como nos casos que envolvem a persecução de casos corrupção e lavagem de dinheiro envolvendo a alta classe política; entre outros.

Seja como for, o fato de as Constituições incorporarem, ao longo do tempo, uma série de princípios, direitos e garantias fundamentais, abriu espaço para um novo horizonte na interpretação constitucional, notadamente a promovida pelas cortes constitucionais, ampliando sobremaneira a participação do Judiciário na agenda do debate político nacional em praticamente todo o mundo ocidental.

Esse redesenho institucional começou a apresentar contornos mais nítidos ao longo da segunda metade de século XX, sendo marcado por reflexões filosóficas que contestam a premissa positivista que dominava o pensamento jurídico à época, de separação entre Direito e moral. O direito constitucional passou a ser, em boa parte, produto da reaproximação entre esses dois domínios. Dessa forma, os valores morais predominantes em determinada comunidade migraram do campo moral para o jurídico, na forma de princípios, explícita ou implicitamente expressos (mas, sem dúvidas abrigados) na Constituição.

Sob esse novo horizonte, três grandes mudanças contribuíram de forma determinante para o novo desenho institucional, notadamente no âmbito do Direito continental: o reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição; uma nova dogmática da interpretação constitucional, fundada na reaproximação entre Direito e moral; e a expansão da jurisdição constitucional.

Ocorre que, apesar do festejado sucesso da democracia brasileira, vivemos um momento histórico de profunda crise democrática e de uma intensa polarização política e ideológica. Diante desse cenário, pode-se dizer que o *status* de protagonismo institucional alcançado pelo Poder Judiciário é tanto uma das causas (ativismo), como é consequência (judicialização) da atual crise democrática pela qual o Brasil tem passado.

Exemplo desse cenário é o do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, segundo o qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”.

Ao longo das decisões plenárias tomadas pelo STF sobre o tema, notadamente nos últimos 3 anos, verificou-se uma enorme repercussão em todos os setores da sociedade, muito em razão dos atores políticos envolvidos diretamente como interessados nas ações julgadas e pelos reflexos diretos e indiretos nas megaoperações envolvendo o alto escalão da política nacional, evidenciando uma certa fragilização institucional a partir de votos, que por vezes formaram maioria, onde se deu uma ampla utilização de argumentos e critérios discricionários em geral: políticos, ideológicos, estatísticos, matemáticos, consequencialistas, ativistas, voluntaristas, dentre outros, em detrimento de argumentos de princípio, de argumentos jurídicos típicos nas cortes judiciais.

Portanto, esse é o horizonte que se descortina no estágio atual do processo de avanço civilizatório e democrático brasileiro: um acentuado protagonismo político do Poder Judiciário que, por vezes, extrapola os limites de sua atuação constitucional pelo uso deliberado de posturas ativistas (discricionárias); intensos debates acerca da legitimidade de algumas das suas decisões indiscutivelmente ativistas; eventual necessidade de se ter um instrumento que permita aferir o grau de legitimidade dessas decisões, à luz de uma teoria da decisão judicial fundada em uma concepção de democracia substancialmente lastreada em princípios de justiça social e equidade.

Nesse sentido, o problema a ser enfrentado na presente pesquisa é o de identificar a eventual presença de posturas ativistas na corte constitucional brasileira, bem como o de se verificar quais os limites da jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais e quais os fundamentos democráticos que legitimam suas decisões quando resultam na redução da margem de apreciação dos poderes políticos majoritários. Para tanto, toma-se como referência, de forma mais detida, o caso concreto das decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade ou não da execução provisória da pena desde 1988, com especial atenção ao julgamento de mérito das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54/DF, ocorrido em 2019.

Para tanto, a hipótese que se trabalha é a de que a teoria do direito (e da decisão judicial) de Ronald Dworkin é instrumento hábil a aferir a legitimidade das decisões tomadas em sede de jurisdição constitucional, no sentido de estabelecer limites claros à atuação jurisdicional, em especial, quando as cortes constitucionais atuam de forma contramajoritária ou provocam interpretações disfuncionais em temas de alta relevância social como a da execução antecipada da pena (prisão em segunda instância).

Como objetivo, propõe-se investigar a jurisdição constitucional a partir de uma perspectiva histórico-jurídica, que permita compreender o atual estágio de desenvolvimento institucional do Poder Judiciário, marcado por um destacado protagonismo em relação aos demais Poderes. A partir disso, se buscará desvendar os limites da atuação da jurisdição constitucional e, por consequência, da sua legitimidade em face das posturas ativistas do Supremo Tribunal Federal, tudo isso sob as lentes da teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin e da sua concepção de democracia.

Para que tal objetivo seja alcançado, o estudo encontra-se dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo desenvolve-se a partir de um resgate histórico dos fatores que levaram o Poder Judiciário a uma posição de ascensão política e institucional nas Democracias ao redor do mundo, em especial a partir do segundo pós-guerra. Da mesma forma, aponta os principais fatores sociais e políticos que colaboraram para que ele assumisse uma posição de protagonista em relação aos demais Poderes da política majoritária, além de trazer importantes noções ao presente estudo, tais como o do papel contramajoritário das cortes constitucionais, dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. Em seguida, faz-se uma abordagem do mesmo caminho no âmbito do contexto brasileiro, de expansão da atividade jurisdicional e franca ascensão institucional, notadamente do Supremo Tribunal Federal, tendo como marco histórico, político e social a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Por seu turno, o capítulo seguinte faz uma imersão na concepção de democracia de Ronald Dworkin e na sua teoria do Direito e da decisão judicial, como forma de apresentar as premissas e os elementos que as caracterizam, além de demonstrar que o arcabouço teórico do autor se reveste de um instrumento não só valioso, mas adequado para se aferir a legitimidade democrática das decisões proferidas por cortes constitucionais, quando, em controle de constitucionalidade, atuam de forma contramajoritária, na intenção de proteger direitos e garantias fundamentais.

Por fim, o último capítulo traz uma análise da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, desde 1988, dos casos envolvendo a execução provisória da pena julgados pelo plenário da Corte, em especial o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54/DF, julgados em 2019. Dessa forma, a partir dos casos práticos é possível, sob as lentes de Ronald Dworkin, promover um encontro entre a teoria e a prática jurisdicional, de tal forma que será possível concluir acerca da sua (i)legitimidade, na medida em que se estará diante de decisões que respeitam a autonomia do Direito, porque se utilizam de argumentos de princípio, ou que fazem prevalecer a vontade pessoal do julgador e os seus critérios pessoais daquilo que é justo, correto ou mais importante. Dito de outra forma, será possível concluir se as decisões respeitam a margem de apreciação político-discrecional do legislador ou se extrapolam os limites democráticos das competências constitucionais do Poder Judiciário, subtraindo de forma indevida as competências dos demais Poderes da República.

2 A ASCENSÃO POLÍTICA E INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O ESTADO DA ARTE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

A ascensão política do Poder Judiciário, em especial a partir do segundo pós-guerra, é inegável. Colaborou para esse fenômeno, marcadamente, um redesenho institucional que impulsionou uma reformulação na maneira de entender e aplicar o Direito. Dessa forma, outorgou-se maior efetividade normativa à Constituição, com especial atenção à garantia de direitos fundamentais, tudo isso seguido da criação de tribunais constitucionais, como forma de dar-lhes concretização, e de uma crescente judicialização das coisas da vida diante da facilitação de acesso ao judiciário pela população em geral.

Ocorre que, fruto desse contexto, também mudou-se a forma de se interpretar o texto constitucional, como maneira de dar maior alcance e efetividade às suas normas. Esses ingredientes todos, somados, colaboraram decisivamente para uma corrida ao Judiciário e pela tomada de posturas ativistas das Cortes que, por vezes, ultrapassa os limites de uma atuação democraticamente legítima.

Ao tempo que descreve de forma sintética o processo de ascensão política do Poder Judiciário, traço marcante das democracias contemporâneas, Luís Roberto Barroso (citado ao longo da pesquisa como autor acadêmico, não como juiz) também demonstra suas preocupações com os possíveis desdobramentos desse fenômeno, adiantando parte do nosso debate:

Um dos traços mais marcantes do Estado constitucional contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador (BARROSO, 2015b, p. 530-531).

O debate acerca da jurisdição constitucional, notadamente em relação ao processo que levou à ascensão e ao protagonismo do poder judiciário, está intimamente ligado à evolução histórica do constitucionalismo.

De forma curiosa, o resgate desse processo histórico nos leva a uma situação inusitada, pois envolve uma característica paradoxal que tem origem na própria gênese do constitucionalismo: ao mesmo tempo em que a Constituição nasce como instrumento de

contenção do poder sem limites do modelo de Estado absolutista, revela-se, com o tempo, num instrumento indispensável de contenção do poder das maiorias. É nesse contexto, em meio a essa dupla dimensão ontológica das constituições, que surge o mecanismo contramajoritário, que dá forma à própria noção de jurisdição constitucional, em suas diversas fases, até tomar a conformação atual diante do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2017b, p. 111).

No início do século XX era a lei quem ostentava um *status* de centralidade no ordenamento jurídico, tendo a Constituição o papel de mero documento político, desprovida de normatividade, tendo sua eficácia dependente e vinculada às ações do legislador e do administrador. Vigorava, portanto, um Estado Legislativo de Direito, período histórico em que se destacou o que se convencionou chamar de supremacia do parlamento (ZAGREBELSKY, 2011, p. 23).

As agruras da Segunda Grande Guerra Mundial e as atrocidades cometidas pelo regime nazista, tiveram repercussão inimaginável e deixaram marcas em todas as esferas da atuação humana. O Direito de matriz romano-germânica não ficou imune. O período pós-guerra impulsionou um redesenho institucional que fez com que o Direito, em especial o Constitucional, nunca mais fosse o mesmo, passando por uma profunda e irreversível transformação na maneira de interpretar e aplicar as suas normas, com repercussões em praticamente todo o mundo ocidental (FERRAJOLI, 2007, p. 72-73).

Havia a necessidade de que toda a sorte de atos desumanos e cruéis cometidos sob o véu da legalidade durante regimes totalitários, como o nazista, não se repetissem, motivo pelo qual se tornou necessária uma ruptura com concepção de Direito vigente à época, que buscava a legitimidade da sua estrutura legal no mero atendimento do devido processo legislativo: para que uma lei fosse considerada válida, bastava que tivesse sido atendido o rito procedimental de criação das leis estabelecido em uma norma hierarquicamente superior (FERRAJOLI, 2007, p. 73).¹

Dieter Grimm (1999, p. 194) chega a defender que o mundo precisou das experiências autoritárias da primeira metade do século XX com todo o “seu desdém pelos direitos humanos

¹ Para fins de contextualização, faz-se importante ressaltar que nesse momento histórico o Direito era visto sob as lentes do positivismo jurídico: sob essa ótica, quando se fala em lei ou norma, está-se falando em regras. E para que uma regra fosse considerada válida e fosse capaz de produzir efeitos, ela deveria encontrar sua conformidade em regras hierarquicamente superiores a ela. Esta estrutura hierárquica permite determinar a validade de uma regra por meio de uma prova de origem ou linhagem - pedigree - ou seja, do exame da cadeia legal de derivação da qual a norma faz parte. Para uma melhor compreensão sobre a regra de reconhecimento recomenda-se a leitura de HART. H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994, p. 79 e ss.). Sobre a tese do pedigree a recomendação recai, também, sobre DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 27 e ss).

para superar as antigas reservas e abrir as portas para o julgamento constitucional”, para que houvesse uma mudança de paradigma no modo de se compreender e aplicar o Direito, notadamente em razão de tais crimes contra a humanidade terem sido promovidos dentro do quadro de legalidade vigente e em nome da lei.

Portanto, conforme sustenta Luís Roberto Barroso (2015a, p. 28), veio o pós-guerra e, na sua esteira, uma série de mudanças foram experimentadas no mundo ocidental, tendo em comum a preocupação de que as barbáries perpetradas pelo nazismo não se repetissem – em especial aquelas que foram patrocinadas com base no conceito de *Direito* vigente à época, colmatado na visão do positivismo jurídico. Com o objetivo de superar esse paradigma, novas Constituições foram promulgadas por toda a Europa continental, compartilhando a característica de conterem a positivação de extensos catálogos de direitos fundamentais, os quais passam a ser o “centro de gravidade do constitucionalismo contemporâneo”.²

Mônia Clarissa Hennig Leal (2018, p. 178) assinala que a segunda metade do século XX exigiu uma ruptura paradigmática, frente “às aspirações e às novas formas de Estado que vinham se organizando”. O advento do Estado Social exigiu que a tradicional postura negativa e abstencionista desse lugar a uma postura prestacional, com a finalidade precípua de “assegurar a realização e promoção de direitos, prestados por meio de serviços”. Nesse sentido, destacando o caráter principiológico das novas Constituições, a autora prossegue:

O Estado Democrático de Direito, nessa linha, juntamente com o ideal de dignidade humana, traz à Constituição um caráter mais principiológico e, assim, com conteúdo mais amplo, dotando de grande importância a figura do controle de constitucionalidade. O Poder Judiciário configura-se como um importante ator nesse modelo de Estado, reforçando a ideia de proteção à Constituição e de seu conteúdo – o qual engloba os direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente. [...] Acompanhando a evolução dos Estados, “constitucionalizaram-se catálogos mais ou menos amplos de direitos econômicos sociais e culturais – direitos esses que, contrariamente aos direitos de liberdade, não são meros poderes de agir, mas de exigir”.⁸ Um catálogo de direitos em uma constituição é norma de maior hierarquia e, quando passa a existir, gera consequências jurídicas, não podendo, assim, a Constituição ser apenas uma norma reguladora de estrutura de governos e da sua relação com os governados.⁹ Essa característica concede aos direitos fundamentais uma posição que permite a sua justiciabilidade, vinculando, desse modo, o Estado a sua realização (LEAL, 2018, p. 178).

Diante desse cenário, as constituições passaram a ocupar lugar central no ordenamento jurídico, submetendo todo o ordenamento à sua autoridade (supremacia), regulando o próprio processo de produção das leis e dos demais atos normativos e tendo sua força normativa reconhecida, especialmente no tocante aos seus princípios. Os Tribunais Constitucionais foram

² A expressão *centro de gravidade do constitucionalismo contemporâneo* é utilizada por Cláudio Ari Mello, em sua obra *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 125.

criados, recebendo, dentre outras atribuições, a de declarar nulos, por meio do controle de constitucionalidade, leis e atos que violassem os preceitos constitucionais. Tudo isso diante de uma “expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação” (BARROSO, 2015a, p. 28).

Nesse diapasão, Barroso (2015b, p. 282) assenta que nesse momento histórico o positivismo jurídico perdeu fôlego e integridade como teoria do direito, uma vez que suas premissas deixaram de apresentar respostas adequadas ao estágio de avanço civilizatório alcançado. Esse momento histórico é bastante importante para a compreensão do redesenho político, social e institucional que se deu a partir de então, pois havia essa necessidade de superação do modelo atual, sendo certo afirmar que o retorno ao jusnaturalismo não era uma opção.

O pós-positivismo surge, então, como o caminho do meio: ele guarda uma “deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”, colocando em xeque o baluarte do positivismo jurídico até a obra de Hart, de completa separação entre Direito e moral, passando a incrementar uma Teoria do Direito umbilicalmente conectada com a Filosofia política e moral, que, sem desprezar o direito positivado, ia além da legalidade estrita, num empreendimento que busca “uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.” (BARROSO, 2015b, p. 282-283).

Ao corroborar essa visão, Aharon Barak (2012, p. 381) destaca que o modelo constitucional que adotava o controle de constitucionalidade, se proliferou a partir da metade do século XX, e que ele é uma das principais características das democracias modernas, podendo ser percebido como um importante aprendizado que se originou da necessidade de se afastar o modelo de “direito” vigente durante a ascensão do nazismo ao poder, e um dos meios mais eficazes de impedir que situações semelhantes se repitam.

A consolidação das democracias alicerçadas na soberania popular e na representatividade majoritária denotam, sem dúvidas, um importante avanço no marco civilizatório, em especial, quando se compara ao período das monarquias absolutistas de outrora. Contudo, longe de alcançarem patamares de perfeição, esse avanço social e político não foi capaz de impedir o surgimento dos governos nazi-fascistas e populares do século XX. Quando desprovidas de instrumentos de controle eficazes, essas ditas democracias se tornam vilãs capazes “de destituir as pessoas de seus bens e de sua dignidade e, onde a pena de morte é legal, até mesmo de matá-las sem titubear.” A experiência mostra, portanto, que não há força

suficientemente hábil a controlar agentes políticos sujeitos a agir em razão própria, “nas democracias em que a soberania da lei da maioria é absoluta e incondicional” (BEATTY, 2014, p. 2).

Portanto, pode-se dizer que no modelo constitucional que surgiu a partir do segundo pós-guerra, o Poder Judiciário, com a criação de tribunais constitucionais que receberam a outorga de uma jurisdição própria para questões de viés constitucional, passa a desempenhar a função de guardião especial dos princípios constitucionais fundamentais, incluindo o estado de direito, a separação de poderes, a função democrática e os direitos específicos que a constituição garante. As decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional têm por objetivo a proteção desses princípios fundamentais contra legislações hostis e contra quaisquer outras ações estatais (WEINRIB, 2006, p. 92). Esse novo cenário institucional marca, assim, do ponto de vista do Direito, a transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional de Direito.

Dessa forma, se o Estado Legislativo de Direito teve sua origem com o surgimento do Estado moderno, tendo sua matriz normativa fincada no monopólio da produção jurídica, o Estado Constitucional de Direito, por seu turno, é resultado, em especial, da profusão de Constituições rígidas pelos países do continente europeu e da previsão de instrumentos de controle de constitucionalidade que, por isso, deu origem a uma mudança de paradigma e de concepção de elementos fundamentais, até então vigente, o que permitiu que se formassem as condições para a ascensão do Poder Judiciário nos cenários nacionais, como: (i) na natureza e estrutura do Direito; (ii) na natureza da ciência jurídica; e (iii) na natureza da jurisdição (FERRAJOLI, 2009, p. 14).

Detalhando seu ponto de vista, Luigi Ferrajoli (2009, p. 18 e ss.) aduz que essa mudança de paradigma leva em consideração o fato de que neste último meio século, com o advento das Constituições rígidas e hierarquicamente superiores às leis, elas passaram a exercer o papel fundamento de validade do ordenamento e, portanto, das leis.

Desta forma, dirá Ferrajoli (2009, p. 18) a primeira mudança de paradigma diz respeito às condições de validade das leis, que não dependem mais apenas da forma de sua produção, como acontecia durante o Estado Legislativo, mas, também, de que seu conteúdo seja compatível e adequado aos princípios constitucionais. Se na matriz paleo-juspositivista a vigência da norma não dependia de critérios de justiça, agora, passa a não depender somente da higidez do processo formal de elaboração, podendo ser declarada inválida se, substancialmente, for incompatível com o texto constitucional:

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. a existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea substancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales. Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a esta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas (FERRAJOLI, 2009, p. 18).

Mônia Clarissa Hennig Leal (2007, p. 98) entende que, por meio do controle de constitucionalidade, os tribunais constitucionais analisam a compatibilidade do ato normativo com a Constituição. Nessa toada, esse instrumento representa uma espécie de sistema de defesa da democracia, que se traduz em um filtro constitucional. Filtro esse que, ainda que usado contra a soberania popular, visa resguardar a sua própria vontade, vale dizer, visa garantir a concretização da Constituição.

Pela primeira vez, na contemporaneidade, a lei é submetida a uma situação necessária de adequação e, portanto, de subordinação a um norma superior que vincula todo o ordenamento jurídico, o que vem a representar a delimitação dos fundamentos do Estado de Direito pela sujeição completa da funções estatais ao Direito, diga-se, à vontade popular expressada na Constituição. Sem embargo, trata-se da realização do princípio do governo das leis e não do governo dos homens³, que reflete uma das bases ideológicas do Estado de Direito (ZAGREBELSKY, 2011, p. 34).⁴

O segundo paradigma que rompe com o modelo anterior, se refere à natureza da ciência jurídica, para a qual uma possível discordância entre o texto constitucional e a lei, implica num papel que já não é mais somente explicativo, mas, também, crítico em relação ao seu próprio objeto. Significa dizer que a Constituição não só normatiza o processo de produção legislativa, mas também impõe proibições e obrigações substantivas em seu conteúdo.

Na mesma esteira, altera-se o próprio papel da jurisdição, que impõe o dever de se aplicar somente aquelas leis que forem constitucionalmente válidas. Da mesma forma, impõe o

³ O próprio Zagrebelsky (2011, p. 34) alerta para o fato de que não se trata de uma realização plena, que somente seria possível numa visão jusnaturalista, uma vez que o elemento político emanado pela vontade dos homens está circunscrito relegado ao ato constituinte.

⁴ Para um aprofundamento sobre o tema, ver SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Francisco Ayala. Salamanca: Alianza Editorial, 1986, p. 149 e ss.

dever de que seja declarada inconstitucional quando não seja possível compatibilizá-la com as normas constitucionais. De acordo com Ferrajoli (2009, p. 18-19), trata-se da subordinação da lei à Constituição, no sentido de que se passa a ter a introdução de uma dimensão substancial nas condições de validade das normas, mas, também, na natureza da própria democracia⁵, para a qual essa dimensão substancial representa um limite, ao mesmo tempo que a completa:

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación son siempre, por esto, también un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten (FERRAJOLI, 2009, p. 18-19).

Nesse sentido, a dimensão substancial na natureza da democracia, explica Luigi Ferrajoli (2009, p. 19), representaria um limite ao seu exercício, porque aos direitos constitucionalmente estabelecidos necessariamente corresponderiam proibições e obrigações impostas aos poderes das maiorias que, de forma diferente, seriam absolutos. Por outro lado, a dimensão substancial completaria a democracia, porquanto estas mesmas proibições e obrigações teriam o caráter de garantias dos direitos de todos, frente aos abusos de poder pela maioria que, com a experiência nos ensina, poderiam, de outro modo, se apoderar, junto com os direitos, da própria democracia.

Hay, finalmente, una cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo rígido. La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión substancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que - como la experiencia enseña - podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático (FERRAJOLI, 2009, p. 19).

Clarissa Tassinari (2012, p. 29) assevera que tais mudanças de paradigma implicaram, portanto, em “uma nova resposta à pergunta pelo conceito de Direito”, onde, em razão das cicatrizes que restaram no corpo social no pós-guerra, provocando profunda reestruturação da organização política, jurídica e social de vários países, que também reclamaram um nova

⁵ Ferrajoli aborda essa mesma temática em *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; e em *El derecho como sistema de garantías. In: Derechos y garantías. La ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 15-35.

compreensão do “fenômeno jurídico, que passa a ser percebido sob um viés de materialidade (de substancialidade).” Tal rompimento de paradigma seria alicerçado, reforça a autora, nas principais características do novo modelo de Estado: o “reconhecimento da força normativa da Constituição (Konrad Hesse) e de seu caráter prospectivo, que condiciona materialmente a legalidade; e da incorporação de novas garantias, novos direitos aos cidadãos, com seus respectivos meios (instrumentos) assecuratórios.”

Nessa toada, com essa nova veste das constituições contemporâneas, a distinção hobbesiana entre lei e direito⁶ abandona o *status* de mera conceituação hipotética ou de simples aspiração *moral*. Ao contrário disso, essa distinção se reflete num princípio jurídico do qual derivam importantes consequências. Uma vez que as constituições rígidas do segundo pós-guerra passaram a exibir um extenso rol de direitos, cuja finalidade foi a de protegê-los contra os abusos ou contra a inércia do poder político majoritário. A experiência constitucional a partir desse momento passa a ter uma dupla dimensão: “a dimensão da lei, que expressa os interesses, as intenções, os programas dos grupos políticos majoritários, e a dimensão dos direitos invioláveis, atribuídos diretamente pela Constituição como patrimônio jurídico de seus titulares, independentemente da lei”. Pode-se afirmar, portanto, que as constituições do segundo pós-guerra determinam a adoção de uma concepção do ordenamento jurídico que necessariamente exija que as leis estejam em harmonia com o texto constitucional (ZAGREBELSKY, 2011, p. 51).

Enfrentar essa dupla dimensão do constitucionalismo significa o compreender que se está diante de um paradoxo, representado pelo especialíssimo modo como esse fenômeno é engendrado na história moderna-contemporânea”. A constituição nasce com uma contradição que lhe é própria, pois que, se de um lado objetiva a contenção do poder do Estado, de outro se “transforma em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias”. Essa relação paradoxal da constituição com ela mesma, é a essência da “própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2017b, p. 111 e ss.).

Portanto, corolário dessa nova formatação do Estado, que surge como proposta de superação do modelo anterior, tem-se que a noção de Constituição também evoluiu. Sua função já não se restringe a impor limites à atuação do Estado, incumbindo a ela, também, “organizar a articulação e os limites da formação política da vontade e do exercício do domínio, senão que

⁶ Ver mais sobre a distinção hobbesiana entre direito e lei, em HOBBS, Thomas. *Elementos de Derecho Natural y Político*. Traducción de Dalmacio Negro Pavón. Salamanca: Alianza, 2005.

se converte em positivação jurídica dos ‘valores fundamentais’ da ordem da vida em comum” (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 40).

Sobre o significado que passou a acompanhar as constituições nas democracias contemporâneas, Dieter Grimm (1999, p. 196-197) sustenta que as Constituições podem ser traduzidas como sendo a expressão da vontade popular, ao tempo em que estabelecem os limites pelos quais a autoridade pública deve ser exercida, sendo dotada de força normativa, regulando a atividade legislativa de tal forma que submete e condiciona a validade formal e substancial de produção das leis aos seus parâmetros, servindo de “moldura ou base para o exercício legítimo do poder”. O texto constitucional fundamenta, portanto, todo o ordenamento jurídico e a própria atuação do Estado, nas suas mais diversas concepções.

Nesse cenário, as democracias constitucionais, ao final da segunda metade do século XX, já tinham se tornado uma realidade. Pode-se dizer que, em grande medida, isso se deu graças à inestimável contribuição do constitucionalismo norte-americano à teoria política, que oportunizou a difusão da ideia de controle judicial de constitucionalidade e de aplicação e proteção dos direitos fundamentais pelas cortes constitucionais (DWORKIN, 1986, p. 71).

Logo, a jurisdição constitucional pode ser vista sob dois vieses diferentes. Um primeiro, que percebe a Constituição como fonte direta de aplicação de suas normas àquelas situações que encontram seu fundamento direto no seu texto. E um segundo, que diz respeito à aplicação indireta da Constituição, que se manifesta nas situações em que o intérprete a tem como fonte de conformação das demais normas infraconstitucionais, aferindo-lhes validade ou atribuindo-lhe o melhor sentido, dentre aqueles possíveis. Em outras palavras, significa dizer que a jurisdição constitucional se resume no “poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição” (BARROSO, 2015b, p. 436-437).

Não obstante as importantes contribuições da jurisdição constitucional na consolidação das democracias modernas, notadamente quando no exercício do controle de constitucionalidade, Mônia Clarissa Hennig Leal (2007, p. 81) assenta que frequentemente são testados os contornos e limites dessa atuação, porquanto atingem diretamente os atos dos demais Poderes, suscitando questionamentos acerca da relação que se estabelece entre o Judiciário e os Poderes Legislativo e Executivo, num contexto democrático.

Esse cenário favoreceu uma série de “construções hermenêuticas” patrocinadas pelos tribunais constitucionais no bojo de suas atuações em prol da efetivação dos textos constitucionais, o que, naturalmente, levou a uma ruptura com as concepções mais tradicionais de suas competências, em especial, quanto ao controle de constitucionalidade, “impondo questionamentos sobre quais os limites desta atuação e quais os contornos, dentro do contexto de uma ordem democrática, de sua relação com a figura legislativa” (LEAL, 2007, p. 81).

Nesse diapasão, diante desse quadro de notória proeminência do Poder Judiciário, ocasionada pelo quadro de ascensão política e institucional em relação aos demais Poderes da República, faz-se imperioso que sejam trazidos à discussão algumas noções importantes sobre aspectos inerentes a esse novo arranjo político, com a relação, por vezes conflituosa e paradoxal, entre democracia e direitos fundamentais, no bojo do exercício do papel contramajoritário das cortes constitucionais.

Ademais, também serão realizadas algumas reflexões acerca dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, ambos frutos do atual paradigma constitucional, embora possuam contornos e fatos geradores distintos, com destaque ao último, pois que diretamente ligado a decisões que, no mais das vezes, ultrapassam os limites de uma atuação legítima, imiscuindo-se no espaço de decisão política típica da representação majoritária, democraticamente eleita para tal e cuja soberania não pode ser colocada em xeque pela vontade pessoal do julgador.

Portanto, são esses os três temas que passarão a ser abordados a seguir: *(i)* a relação entre a democracia e os direitos fundamentais; *(ii)* o papel contramajoritário das cortes constitucionais; *(iii)* e a judicialização da política e o ativismo judicial.

Juntos, esses temas trazem a lume a discussão subjacente à relação entre os três Poderes: a legitimidade e os limites do Judiciário para invalidar atos dos Poderes representativos da soberania popular, notadamente quando originadas em posturas ativistas; a relação de tensão entre os Poderes da República; além do ativismo judicial como externalização de posturas discricionárias.

2.1 A RELAÇÃO DE TENSÃO ENTRE A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL CONTRAMAJORITÁRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Com certo grau de tranquilidade, pode-se dizer que o constitucionalismo democrático foi o modelo vitorioso do século XX, ao menos no mundo ocidental. Esse modelo trouxe consigo algumas das grandes promessas da modernidade: “poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, solidariedade, tolerância”. O novo horizonte que se descortinou perante todos permitiu que países devastados por regimes autoritários pudessem se reerguer como sociedade. Mais do que isso, segundo Barroso:

O ideal constitucional e a doutrina democrática forneceram a energia e a inspiração que ajudaram a reconstruir países devastados pelo nazismo e pelo fascismo, a superar projetos socialistas autoritários e a derrotar as ditaduras civis na Europa e militares na América Latina e na África. No Brasil, o florescimento de um sentimento constitucional proporcionou-nos o mais longo período de estabilidade institucional desde a Independência, vencendo um passado de golpismo e de quebras da legalidade (BARROSO, 2015b, p. 531-532).

Ocorre que ao falarmos em democracia, não basta que um número elevado de cidadãos participe das decisões coletivas, da mesma forma que não basta o mero respeito a procedimentos que privilegiem cláusulas majoritárias. Mais do que isso, é indispensável que a todos que participarão das deliberações coletivas sejam assegurados os assim chamados “direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação”, dentre outros. Dito em outras palavras, devem ser assegurados os direitos do preexistentes ao próprio Estado Liberal, cuja base é o reconhecimento de direitos *invioláveis* do indivíduo. Portanto, o procedimento formal, matemático ou estatístico que privilegia a cláusula majoritária deve ser precedido da concretização das liberdades individuais. “As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo” (BOBBIO, 1986, p. 15).

Não é diferente o pensamento de Dworkin sobre a relação entre a democracia e a jurisdição constitucional. O autor possui uma concepção de democracia que rejeita a premissa majoritária, motivo pelo qual sustenta que “em certas ocasiões a vontade da maioria não deve predominar”. O autor entende que o mero fato de decisões coletivas se submeterem a um critério que revele a vontade de uma maioria, não significa que uma democracia seja justa. Assim sendo, o objetivo da democracia é o de que as decisões políticas sejam “tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da

comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN p. 1996, p. 17).

Daí Dworkin (1996, p. 17) sustentar que a democracia implica na limitação do poder da maioria, marcadamente na defesa de direitos individuais. A concepção meramente majoritária e, portanto, formal e estatística de democracia, não basta em si mesma. Mais do que isso, uma democracia exige que as decisões políticas considerem princípios de equidade e justiça social a todos os membros da comunidade, conferindo, a cada um deles, o mesmo grau de respeito e consideração. Ainda que os agentes representativos eleitos pelo voto popular se utilizem de um mecanismo majoritário para a tomada de decisões, elas devem ser sempre orientadas “em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria”.

O *judicial review*, portanto, seria um instrumento contramajoritário, a ser utilizado sempre que houvesse necessidade de se assegurar ou promover a igualdade que, na concepção coparticipativa, é a “própria essência da democracia”, sem que isso implique em arrependimentos morais (DWORKIN, 1996, p. 17).

Logo, a tensão existente entre os direitos fundamentais e a democracia ou, em outras palavras, a tensão entre a legitimidade do controle de constitucionalidade e a sua relação, por vezes conflitante, com a legitimidade da política majoritária e com a divisão de Poderes, é tema permanente de debates no campo da teoria do Estado, sobretudo quando diz respeito ao Estado Democrático de Direito.

Como já vimos, a partir de Dworkin (1985, p. 57 e ss.), Barroso (2015b, p. 447-448) e Streck (2017b, p. 113), essa tensão não representa exatamente uma situação real de contraposição. O vocábulo *tensão* está mais relacionado à nem sempre nítida, e certamente nada fixa, linha que separa uma atuação legítima do Judiciário, de uma atuação arbitrária, naqueles casos em que o exercício da jurisdição constitucional implica na desconstrução de decisões tomadas pelos poderes majoritários de forma ilegítima.

Nesse sentido, várias são as denominações dadas para essa relação de tensão cujos polos representam os dois lados de uma mesma moeda: direito e política; jurisdição constitucional e democracia; direitos fundamentais e democracia; jurisdição e legislação; constitucionalismo e democracia; jurisdição constitucional e direitos fundamentais; princípio constitucional e princípio democrático, de tal sorte que qualquer destes binômios será utilizado como se fossem sinônimos.

A despeito da diversidade de nomenclaturas utilizadas para o mesmo fenômeno, o fato é que, guardadas as observações já feitas sobre a aplicação do vocábulo, existe uma delicada relação de tensão entre direito e política. O manejo jurisdicional de determinadas questões levadas às cortes constitucionais impõe, por vezes, a necessidade de decisões que se revelam contrárias às decisões políticas tomadas pelos poderes eleitos democraticamente pelo voto popular. Tal relação encontra lugar de fala nos debates acerca do papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, notadamente em relação aos critérios utilizados na construção das decisões judiciais e em relação à postura adotada pelos magistrados por ocasião dessa construção, sendo bastante difícil encontrar algum consenso.

Como já ficou assentado, as constituições contemporâneas são caracterizadas por dois papéis principais: (i) “o de condensar os valores políticos nucleares da sociedade, os consensos mínimos quanto a suas instituições e quanto aos direitos fundamentais nela consagrados;” bem como o de (ii) “disciplinar o processo político democrático, propiciando o governo da maioria, a participação da minoria e a alternância no poder” (BARROSO, 2015b, p. 447).

Este, pois, é o mister do Supremo Tribunal Federal: “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático.” Assim sendo, sempre que a jurisdição constitucional exercer seu papel contramajoritário na defesa e na efetivação dos direitos e garantias fundamentais ou dos procedimentos democráticos, tal atuação “se dará a favor e não contra a democracia”. Nos demais casos, juízes e tribunais devem adotar uma postura de deferência “às escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador”, sendo-lhes vedada a intervenção judicial que tenha por fundamento os valores pessoais do magistrado sobre aquilo que é certo ou errado, intervindo de maneira arbitrária no exercício legítimo da soberania popular. “Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes” (BARROSO, 2015b, p. 447-448).

No mesmo sentido, Lenio Streck (2017b, p. 113) afirma que a existência de uma tensão “irreconciliável entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno”. A contraposição que pode ser feita nessa discussão será “necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária”.

Da mesma forma, pode-se dizer que coexistência ou a harmonia entre o controle de constitucionalidade e a democracia, segundo Ronald Dworkin (1985, p. 57 e ss.), pressupõe, necessariamente uma bem estruturada teoria que vise a proteção de direitos e garantias

fundamentais, cujo papel seria justamente o estabelecimento de limites à atuação das maiorias eventuais.

O raciocínio construído a partir daqui tem como fio condutor essa relação conflituosa e, ao mesmo tempo, paradoxal, entre a democracia e os direitos fundamentais, por se entender que ela é essencial para os propósitos da presente pesquisa. Nesse sentido, Barroso (2015b, p. 448) sustenta que a arena política é lugar onde impera o domínio da vontade, a soberania popular e o princípio majoritário. Por outro lado, o Direito é conduzido pelo domínio da razão, onde vigora o respeito aos direitos fundamentais e o primado da lei.

Essa relação, denominada de paradoxal por Lenio Luiz Streck (2017b, p. 113), é inerente à própria Constituição, pois ela nasce tanto como instrumento de limitação ao poder absoluto da monarquia, como, ao mesmo tempo, acaba se tornando instrumento de limitação ao poder da dita soberania popular. Segundo sustenta, tal característica é própria “da história moderna-contemporânea”, porquanto, é “a partir de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito”.

Não obstante o Direito ser um dos principais produtos da política, ou seja, o Direito é expressão da vontade popular e, portanto, não há como separá-los no plano da criação, há que se ter em mente que no plano da aplicação o domínio do Direito adquire autonomia, para que possa exercer seu papel. Esta, talvez, seja uma das principais lições do constitucionalismo e uma das principais características e razões de ser de um Estado de Direito: as Constituições, ao mesmo tempo em que são expressão do poder político e o legitimam, também criam mecanismos jurídicos que impõem limites ao seu exercício por meio da aplicação do Direito (TASSINARI, 2010, p. 18).

Nessa quadra da história, Otto Bachof (1996, p. 10) ressalta que onde o Estado Democrático de Direito se consolida como modelo, ele traz consigo uma controvérsia própria da sua natureza: “a tensão entre jurisdição e legislação”, pois que não é incomum que as normas constitucionais sejam interpretadas com o aporte de valorações políticas, que, em certa medida, são subjetivas. Por essa razão, se torna inevitável e, até compreensível, que surjam relações de tensão entre o direito e a política. “O juiz constitucional aplica certamente o direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas”.

Essas relações de tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia, tem origem numa questão bastante simples: o controle de constitucionalidade consiste numa decisão judicial que se sobrepõe a atos do Legislativo e do Executivo. Dito de outra forma, o Poder Judiciário, no uso de sua competência e de suas prerrogativas, na guarda da Constituição e na proteção dos direitos fundamentais, torna nulos atos emanados pelos Poderes da democracia representativa. Portanto, em outras palavras, pode-se dizer que esta é uma das principais características da transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito: a mudança do protagonismo que sai do Executivo e passa para as mãos do Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade carrega em si justamente a distinção existente entre direito – império das leis – e poder – governo dos homens. Trata-se de um mecanismo de limitação do poder majoritário – poder político. Trata-se de mecanismo típico do sistema de *checks and balances*, cujo principal objetivo é materializar a submissão do poder do Estado à lei maior. “Coincide com o ideal constitucional do Estado limitado pelo direito ou pelo Governo da lei contra o Governo dos homens (no qual sempre se manifesta historicamente a tirania). É a limitação do poder político – majoritário - pelo exercício da atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade dos atos do executivo e do legislativo (BOBBIO, 1998, p. 328).⁷

Nesse contexto, a atuação das supremas cortes no desempenho da jurisdição constitucional, envolve uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a que se deu o nome de atuação ou dificuldade contramajoritária⁸. Há muitas décadas, esse é o tema central de pesquisas no âmbito da teoria constitucional ao se discutir a legitimidade democrática da invalidação de atos do Legislativo e do Executivo por órgão jurisdicional.

Segundo Alexander Bickel (1986, p. 16-23), o controle de constitucionalidade denota um *esforço contramajoritário* no sistema político. Quando uma corte suprema declara um ato do Legislativo ou um ato do Executivo, ambos eleitos pelo voto popular, incompatível com o ordenamento jurídico vigente (incompatível com a Constituição), o Poder Judiciário acaba exercendo sua jurisdição de tal forma que frustra a vontade majoritária. Logo, o controle de constitucionalidade pode ser definido como “o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em

⁷ Trata-se da 11ª edição da obra, cuja publicação original é datada de 1909.

⁸ O termo, no original, *the counter-majoritarian difficulty*, foi cunhado por Alexander Bickel, em sua célebre obra *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 1986, p. 16-23. Segundo o autor sustenta, uma das dificuldades enfrentadas pelo *judicial review* é justamente essa: a atuação contramajoritária dos tribunais, ou seja, a intervenção de grupos minoritários, destituídos de representação política tradicional, nas decisões oriundas da vontade da maioria eleita.

questões de maior relevância, contra a vontade de uma maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial.”

Esse *esforço contramajoritário*, no mais das vezes, assume duas formas fundamentais. A primeira tem relação com o conceito de força normativa da constituição: se a democracia (ao menos na sua concepção tradicional) é o método de tomada de decisão da maioria, a constituição, com sua força normativa, detém instrumentos de restrição ao que a maioria pode decidir. A segunda, relaciona-se diretamente com o controle de constitucionalidade: que legitimidade os juízes têm para invalidar decisões de um legislador, legítimo ator da política representativa.

O constitucionalismo, segundo Cláudio Ari de Mello (2004, p. 118), adquire contornos substantivos quando “reconhece direitos individuais que não podem ser usurpados por nenhum órgão do Estado.” Com o advento do controle de constitucionalidade, o constitucionalismo, de fato, ganha corpo. O Judiciário, cada vez mais independente e forte, se investe de autoridade para a proteção de direitos fundamentais, porquanto dotado de capacidade para anular os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo que ameacem tais direitos, capacidade que advém do próprio texto constitucional.

Nesse sentido, veja-se, quando um Estado vive em um ambiente democrático, onde o monopólio da criação do Direito é do Poder Legislativo, que é exemplo mais clássico da representação política majoritária, o afastamento de determinados veículos normativos da disposição do debatedor da arena parlamentar, vale dizer, do representante legitimamente eleito para produzi-los, e a “consequente limitação do sistema democrático por meio de direitos inflexíveis, parece entrar em choque com a própria razão de ser da democracia.” Essa relação paradoxal, entre direitos fundamentais e democracia é tão intrigante quanto complexa (MELLO, 2004, p. 143).

Fator que colabora para uma melhor compreensão dessa relação entre a jurisdição constitucional e a democracia, é o de que os direitos fundamentais correspondem a uma opção do constituinte (ou seja, da própria soberania popular): os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados no texto constitucional, correspondendo aos anseios político-sociais de determinada comunidade, como forma de proteção contra o Estado, quando da elaboração da carta política denominada Constituição. Significa dizer que, em certa medida, o constituinte, representante da soberania popular, já reduziu a termo a sua decisão sobre “o conteúdo, a extensão e a eficácia desses direitos, e esses elementos dos direitos fundamentais já não estão

à livre disposição dos órgãos de direção política do Estado, instituídos pelo mesmo poder constituinte originário.” (MELLO, 2004, p. 144).

No modelo de Estado Democrático de Direito, explica Barroso (2015a, p. 36), a Constituição encontra-se incumbida de garantir a “proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos”⁹, permitindo que se instalem as condições para que se possa exercer uma ampla participação política caracterizada pelo governo da maioria. Em contrapartida, cumpre à Constituição, também, “a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético”, ainda que para tanto, decida “contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”, ou seja, ainda que contrarie a soberania popular momentânea.

É bem de ver, com Dworkin (1985, p. 27-28), que a jurisdição constitucional é um elemento que contribui sobremaneira para a consolidação do nosso Estado Democrático de Direito, justamente porque representa a garantia de que as minorias serão respeitadas e terão sua dignidade e igualdades restauradas em relação aos demais membros da comunidade, sempre que for necessário, por meio da declaração de inconstitucionalidade das decisões majoritárias, num verdadeiro exercício de proteção e garantia de direitos fundamentais:

Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. O ganho para as minorias, sob essas condições, seria maior num sistema de revisão judicial de decisões legislativas (DWORKIN, 1985, p. 27-28).

Logo, é por meio da jurisdição constitucional que a Constituição materializa o seu papel de proteção das minorias contra a tirania das majorias¹⁰, que é uma expressão que pode ser definida como a possibilidade de uma norma produzida pela maioria, por meio de um processo legislativo democrático, resultar na opressão a um grupo minoritário. Trata-se de um fenômeno no qual a maioria dos eleitores dentro de uma sociedade democrática institui normas que violam direitos fundamentais das minorias, as quais não têm representatividade direta para barrar essas normas.

⁹ Para um aprofundamento da visão procedimentalista da jurisdição constitucional, recomenda-se a leitura de ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

¹⁰ A expressão foi utilizada inicialmente por John Stuart Mill, em sua obra *On Liberty*, 2009, p. 7: “[...] the tyranny of the majority is now generally included among the evils against which society requires to be on its guard.” A obra original é de 1859.

A democracia, portanto, reflete-se não só na dimensão procedimental, que leva ao critério majoritário, mas, também, em uma dimensão moral, substantiva, que inclui valores como igualdade, liberdade e justiça, cuja manifestação implica no fato de que os vencidos no processo eleitoral não são alijados do corpo social como se numa relação vencedores-vencidos, dominantes-dominados. O papel da jurisdição constitucional, no viés da defesa dos direitos fundamentais, em sua dimensão substantiva, portanto, é afirmar que os “vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte.” (BARROSO, 2015a, p. 36-37).

Como se observa, o cenário institucional que se forma em razão dos aspectos até aqui evidenciados, é de um ascensão do Poder Judiciário no cenário político, situação que tem origem numa nova ordem democrática que se alicerça na promessa de defesa dos direitos fundamentais, que não passou ileso a críticas diversas, especialmente pelo fato de a atividade jurisdicional não ter, em tese, legitimidade representativa, “sobretudo quando se trata de conferir a este poder atribuições e responsabilidades políticas até então reservadas tão-somente ao Legislativo e, numa perspectiva diferenciada, ao Executivo.” (LEAL, 2007, p. 88).

Uma das grandes questões que permeiam o debate acerca da legitimação democrática do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional diz respeito justamente ao papel contramajoritário. Não há novidade, nem surpresa, quando se afirma que os agentes públicos integrantes do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são eleitos e investidos de seus cargos como consagração da vontade popular, naquela que é a manifestação mais clássica e conhecida de democracia, exercida pelo voto direto.

No entanto, essa é uma realidade bastante diferente do que ocorre com os membros do Poder Judiciário, que ascendem aos cargos por meio de critérios técnicos, não sujeitos ao escrutínio popular. Pode-se dizer que esse é o cerne da questão, daí sobrevém a tensão entre a jurisdição constitucional e a democracia: de onde vem a legitimidade de o Poder Judiciário invalidar atos de Poderes que têm seus representantes eleitos pelo voto popular e, portanto, representantes da política majoritária, se eles próprios não são eleitos pela vontade da maioria? (BARROSO, 2015b, p. 113).

Sobre o tema, a título de reflexão, Mônia Clarissa Hennig Leal (2007, p. 89-90) se questiona sobre em que medida as decisões dos representantes do povo podem ser examinadas e suplantadas por decisões do Poder Judiciário, em detrimento da supremacia da Constituição, cujo texto estabelece mecanismos de controle sobre o espaço de discricionariedade política do legislador”. Afinal, quais os limites da possibilidade de controle e anulação de leis que foram

editadas por um Poder eleito democraticamente para tal (Legislativo) e de anulação de atos de outro Poder também dentro das regras do jogo democrático, por um terceiro Poder que ascendeu de forma alheia à soberania popular? “Como é possível, dentro deste contexto, construir-se, democraticamente, o sentido do texto constitucional?”

Faz-se importante frisar que o debate jurídico acerca do tema diz respeito apenas aos limites da atuação jurisdicional das cortes constitucionais, não adentrando no mérito da adoção modelo do controle jurisdicional de constitucionalidade. Conforme expõe Barak (2012, p. 382), críticas quanto ao reconhecimento ou à adoção do controle de constitucionalidade, por si só, não se revestem de pertinência, haja vista que se trata uma opção política legítima feita pelo poder constituinte, que pode ter sido explícita ou implícita, fruto da manifestação da vontade da soberania popular.

As críticas, prossegue o autor, devem se dirigir à forma como o controle é exercido, mais especificamente quanto aos seus limites, uma vez que uma atuação do Poder Judiciário em desacordo com as regras constitucionais é ilegítima e, portanto, passível de ser criticada. Isso porque uma decisão nessas circunstâncias viola a ordem constitucional, o que se observa com certa frequência em cortes ativistas. “Então se uma sociedade optou por adotar o controle constitucional de constitucionalidade, ainda que de maneira implícita, o exercício do controle pelos juízes é reflexo da própria vontade popular e, portanto, não só se adequa às noções mais basilares da democracia, como as fortalece” (BARAK, 2012, p. 382-383).

Nesse sentido, o novo desenho institucional, que deixou marcas profundas nas relações entre os Poderes e órgãos do Estado, em especial no tocante à justiça constitucional, também tem suscitado efusivos debates sobre dois fenômenos dentro daquilo que a doutrina convencionou chamar de judicialização e de ativismo judicial.

Ainda que tenham as mesmas raízes, o processo que leva a um e a outro são diferentes, razão pela qual não podem ser confundidos. Por isso, passa-se a fazer a necessária distinção entre os fenômenos, de tal forma que se possa, num segundo momento, dar atenção àquele que é o verdadeiro alvo da presente pesquisa: o ativismo judicial, porquanto denota uma postura deliberadamente adotada pelo Poder Judiciário e que acaba se refletindo em decisões que determinam “o modo como os governantes exercem os poderes do Estado” com base em critérios pessoais sobre aquilo que é certo ou errado, permitindo um perigoso flerte com critérios antidemocráticos, a despeito do que o Estado Democrático de Direito exige (BEATTY, 2014, p. 8).

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL: CONTORNOS PARA A CORRETA DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS FENÔMENOS

Feitas as considerações acerca da evolução do modo de se pensar o direito a partir do segundo pós-guerra, entende-se de fundamental importância que sejam tecidas algumas reflexões incidentes sobre as figuras da judicialização e do ativismo judicial, como forma de se tentar desvelar suas origens e, em especial, suas importantes diferenças, de maneira que cada fenômeno seja melhor compreendido e, a partir disso, se possa construir o argumento que embasará as conclusões acerca do momento de atual protagonismo do poder judiciário, notadamente, em razão da relação que se forma entre as cortes constitucionais e os demais poderes, nas democracias contemporâneas, quando, no exercício da sua jurisdição, invadem de maneira antidemocrática o espaço público do debate político.

Friedrich Müller (2003, p. 11), ao afirmar que o “Direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação nenhuma com o *decisionismo*”, dá um claro recado: existe um vínculo entre Direito e Política. No entanto, tal vinculação não significa que exista uma porta aberta para decisionismos. Dito em outras palavras, não há uma relação necessária entre a estreita ligação entre Direito e Política com a prática de decisionismos (ou voluntarismos, ou discricionariedades, ou ativismos, se o autor me permitir acrescentar).

Ocorre que são frequentes as referências aos fenômenos da *judicialização* e do *ativismo judicial* quando se discute as funções e a atuação da jurisdição constitucional no âmbito das democracias contemporâneas. A despeito de as expressões serem frequentemente tidas como sinônimas, não se pode confundi-las, pois possuem características e causas distintas.

Judicialização, nas palavras de Clarissa Tassinari (2012, p. 21-22), pode ser definida como um fenômeno do mundo prático do qual o judiciário não teve escolha. Trata-se de um fenômeno contingencial¹¹ que tem sua origem no próprio paradigma constitucional apresentado ao mundo no segundo pós-guerra. Isso acarretou uma gama de “transformações sociais, políticas e jurídicas”, que implicaram numa “maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, serão decididas no judiciário”.

¹¹ A judicialização como *fenômeno contingencial* é abordada por Lenio Streck, em sua obra *Verdade e Consenso* (2017b, p. 650 e ss.)

Dito de outra forma, significa que debates importantes do ponto vista político, social ou moral, estão deixando de ser travados nas arenas tradicionais, diga-se, no âmbito do Poder Legislativo e Executivo, para serem levadas à decisão do Poder Judiciário. Logo, a judicialização se trata de uma constatação daquilo que se observa atualmente, numa crescente desde a mudança de paradigma constitucional ocorrido com o surgimento do Estado Constitucional de Direito, apresentando-se como um fato social, “que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade” (TASSINARI, 2012, p. 21-22).

Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 29-31) concorda que é possível afirmar com certa tranquilidade que há um “deslocamento da legitimidade do Estado: do Poder Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário”. Dessa forma, o embate entre Poderes da República se dá naquelas situações onde há omissão, inércia ou, mesmo, incapacidade da política majoritária que, não raras vezes, sofre da falta de envergadura para dar efetivação ao texto constitucional e, por conseguinte, atender aos anseios da sociedade.

Perspectiva semelhante é adotada por Barroso (2015b, p. 437-438), para quem a judicialização importa no fato de que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. Trata-se de um fenômeno marcado por uma transferência de poder das instâncias políticas tradicionais (Legislativo e Executivo) para as instâncias judiciais. Essa expansão da atividade jurisdicional é consequência das mudanças “no modo de se pensar e de praticar o Direito no mundo romano-germânico”, num fenômeno comum a todos os sistemas, inclusive, nos países que adotaram o modelo inglês de jurisdição, “com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade”.

Dividindo das mesmas opiniões, Lenio Streck assim resume o fenômeno da judicialização:

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário. Ora, tal circunstância implica um novo olhar sobre o papel do direito – leia-se Constituição – no interior do Estado Democrático de Direito, que gera, para além dos tradicionais vínculos negativos (garantia contra a violação de direitos), obrigações positivas (direitos prestacionais). E isso não pode ser ignorado, porque é exatamente o cerne do constitucionalismo contemporâneo (STRECK, 2017b, p. 225).

Assim, esta mesma sociedade vê no Poder Judiciário o *locus* da concretização de seus direitos, uma vez que, agora, a Constituição possui normatividade própria e, portanto, especialmente em razão de privilegiar um extenso catálogo de direitos fundamentais, passou a ser o próprio fundamento jurídico dos pedidos junto aos tribunais, na busca da efetivação dos compromissos do Estado com e em prol do campo *contra-hegemônico*¹². Isto torna o judiciário “mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu recente protagonismo” e, por vezes, o leva a ultrapassar a tênue barreira que leva da judicialização ao ativismo (SANTOS, 2014, p. 29-31).

C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995, p. 194 e ss.) assentam que diversos fatores políticos colaboram para o atual ao quadro de crescente judicialização. Dentre eles, pode-se destacar: (i) um judiciário forte, a partir da consolidação da separação dos poderes, notadamente a partir do controle de constitucionalidade; (ii) a mudança na concepção tradicional da democracia, baseada na soberania popular, passando a admitir o Judiciário como representante do poder contramajoritário; e (iii) a falta de capacidade institucional das instituições representantes da política majoritária (Legislativo e Executivo), especialmente no tocante à implementação de políticas públicas e à concretização de direitos e garantias fundamentais.

Gisele Cittadino (2001, p. 137) alerta para o fato de que mesmo que a judicialização da política dê ensejo a alguma aproximação entre Direito e Política, isto é, leve à “ideia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras”, a facilidade de acesso à justiça pela população em geral, na busca da concretização de direitos e garantias fundamentais (e mesmo coletivos), deve ser vista como um aumento da participação do Judiciário na agenda política.

Ademais, importa destacar que tais circunstâncias (marcadamente o extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais e a crescente corrida aos tribunais com vistas a dar efetividade ao texto constitucional, aliado ao descrédito nos representantes da soberania popular), têm como consequência prática o fato de que os “tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhes são apresentadas” (CITTADINO, 2001, p. 137).

¹² Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 11) o *campo contra-hegemônico* seria “o campo dos cidadãos que tomaram consciência de que os processos de mudança constitucional lhes deram direitos significativos e que, por isso, veem no direito e nos tribunais um instrumento importante para fazer reivindicar os seus direitos e as suas justas aspirações a serem incluídos no contrato social. Porque o que eles veem todos os dias é a exclusão social; é a precarização do trabalho; é a violência que lhes entra pela porta nos seus bairros”.

Lênio Streck, Clarrisa Tassinari e Adriano Lepper (2015, p. 56) também contribuem para compreensão do que vem a ser o fenômeno da judicialização, ao anotar que:

Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos. Da mesma forma, Lenio Streck sustenta que esse deslocamento do polo de tensão dos demais poderes para o Judiciário é resultado, justamente, do paradigma inaugurado a partir do segundo pós-guerra, que deu ensejo a um judiciário mais forte, que reconheceu a centralidade da norma constitucional e a sua força normativa, somado ao caráter eminentemente hermenêutico assumido pelo direito e pelo quadro de falta de capacidade institucional e de ineficiência do Estado na implementação dos direitos previstos nas Constituições (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 56).

Logo, pode-se concluir que a judicialização pode ser entendida como um fenômeno que foge ao controle e às intenções do Judiciário, uma vez que está diretamente ligada, num primeiro momento, ao paradigma constitucional contemporâneo e, num segundo, ao próprio cenário político. Mais do que um fenômeno contingente, a judicialização pode ser vista como uma escolha do legislador, da qual o Judiciário não pode escapar.

O ativismo judicial, por seu turno, é um fenômeno mais complexo e de pouco consenso na doutrina em relação ao seu significado ou às suas características.

Segundo Keenan D. Kmiec (2004, p. 1443 e ss.), a expressão ativismo judicial foi utilizada, pela primeira vez em 1947, pelo historiador Arthur M. Schlesinger, em artigo intitulado *The Supreme Court*, publicado na revista *Fortune*, jan. 1947.¹³ Na ocasião, o autor traçou um perfil dos ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos com base em seus votos, sendo classificados como *ativistas* aqueles que se utilizavam de suas convicções e preferências políticas pessoais para definir aquilo que consideram justo ou classificados como *campeões de autocontenção* aqueles que adotavam uma postura de respeito e deferência à Constituição, às leis e aos precedentes.¹⁴

¹³ A mesma referência à origem do termo é feita por Albon P. Man, no ensaio *Mr. Justice Murphy and the supreme court*. p. 889 e ss., publicado em 1950, na *Virginia Law Review*.

¹⁴ Ao analisar o perfil dos integrantes da *Supreme Court*, Schlesinger os classificou em dois grupos. Os juízes que desempenhavam um papel mais afirmativo na promoção do bem-estar social foram chamados de *judicial activists* (Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge). Por seu turno, os juízes que entendiam que deveriam ser mais comedidos e que não lhes cabia ir além do espaço próprio do Judiciário, foram rotulados como *champions of self-restraint* (Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson). Um terceiro grupo, formado pelos juízes Frederick M. Vinson e Stanley F. Reed, foram colocados em um grupo intermediário, pois não seriam não encaixariam plenamente nem no primeiro, nem no segundo grupo (TEIXEIRA, 2012, p. 39).

André Maya (2017, p. 214-215) acredita que parte da dificuldade para se encontrar uma definição para o fenômeno, se dá em razão de a expressão *ativismo judicial* ser polissêmica. Não por acaso, o autor alerta que “um dos poucos consensos sobre a questão do ativismo judicial guarda relação com a sua origem norte-americana. Para além disso, a expressão carrega consigo múltiplos significados, invariavelmente marcados por conotações politizadas”. É o que também sustenta Francisco Motta (2017, p. 232): há um certo consenso de o vocábulo remonta a experiência constitucional dos Estados Unidos, onde, “pelo menos desde 1803, com o célebre caso *Marbury v. Madison*, discussões sobre o papel e os limites da atuação do Poder Judiciário passam a pautar o debate público norte-americano”.

Keenan D. Kmiec (2004, p. 1463 e ss.) compartilha do mesmo pensamento: a locução *ativismo judicial* não possui conceito único e fechado. No entanto, o autor vai mais longe, chegando a apontar cinco sentidos em que o termo tem sido empregado no debate americano, quase sempre com uma conotação negativa: a) invalidar ou afastar a aplicabilidade de atos de outros Poderes que não sejam claramente inconstitucionais;¹⁵ b) afastar a incidência de precedentes quando aplicável;¹⁶ c) atuar como legislador;¹⁷ d) distanciamento das metodologias de interpretação normalmente aplicadas e aceitas;¹⁸ e e) julgamentos visando resultados específicos.¹⁹

¹⁵ “Ocorre quando a decisão judicial considera nulo ou inaplicável ato do Legislativo ou do Executivo, mesmo sendo o ato em questão constitucional. Conforme já referimos anteriormente, *judicial activism* e *judicial review* não se confundem, pois neste existe um controle de legitimidade constitucional de atos normativos ou com força de lei, enquanto naquele a decisão se baseia em argumentos políticos, como, por exemplo, o fato de uma dada lei ter sido aprovada por liberais.” (TEIXEIRA, 2012, p. 46-47).

¹⁶ “Em sistemas de *Common Law* a força do precedente decorre do respeito ao princípio do *stare decisis*, o que importa dizer que um caso análogo já julgado somente não será aplicado a um caso futuro quando não ocorrer identidade entre os elementos que caracterizam ambos os casos, ou então quando for necessário uma inovação jurisprudencial, em virtude de princípios ou novas regras que demandam aplicação. O ativismo judicial pode deixar de afastar precedentes verticais, vindos de instâncias superiores ou inferiores, bem como precedentes horizontais. Esse último caso se mostra mais gravoso, uma vez que um entendimento consolidado pela própria Corte está deixando de ser aplicado a um caso que demandaria a sua aplicação.” (TEIXEIRA, 2012, p. 46-47).

¹⁷ “Mesmo tendo a legitimidade para atuar apenas como *legislador negativo*, isto é, para remover do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, outra prática nociva é a de proferir decisões que se constituem em verdadeiras criações legislativas, pois vão além das competências jurisdicionais, costumam ser *extra petita*, geram instabilidade institucional e culminam na produção de insegurança jurídica. Trata-se de algo por completo diverso de uma inovação jurisprudencial: o fundamento decisório está na própria decisão ou em uma interpretação torpe de legislação não aplicável ao caso, como, por exemplo, mediante analogia entre casos que não possuem a mínima identidade entre si.” (TEIXEIRA, 2012, p. 46-47).

¹⁸ “A diversidade de técnicas interpretativas e decisórias atribui ao julgador uma ampla gama de possibilidades para produzir a decisão. Todavia, o fato de estar prevista na doutrina não significa que já esteja sendo jurisprudencialmente empregada, o que pode dar ensejo a uma prática ativista nociva, quando não estiver vinculada à efetividade de direitos fundamentais ou supremacia da Constituição.” (TEIXEIRA, 2012, p. 46-47).

¹⁹ “Essa é a modalidade mais nociva de ativismo judicial: atender a um fim específico, mesmo que para tanto seja necessário uma decisão *contra legem* ou *extra petita*. Não podemos confundir essa situação com as naturais orientações morais, ideológicas e políticas que cada um de nós possui e influenciam o modo como interpretamos

Ademais, a despeito da sua origem e do sentido em que foi empregado pela primeira por Schlesinger, o ativismo judicial acabou adquirindo outros significados com o passar do tempo. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso faz um breve recorte histórico da atuação da Suprema Corte norte-americana associada ao ativismo, que nos ajuda a compreender as possíveis conotações da expressão:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora –, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2015b, 440-442).

Vale registrar que o debate acerca do ativismo judicial ultrapassou as fronteiras norte-americanas, tornando-se comum a outros sistemas. Dessa forma, ainda que as construções sobre o tema tenham sido erguidas a partir das peculiaridades daquele sistema jurídico, elas influenciam e servem de base para os debates realizados em países como o Brasil, que adota o sistema continental.

Como assinalado por Luís Roberto Barroso (2015b, 441-442), a expressão *ativismo judicial*, de fato, foi utilizada largamente por grupos sociais conservadores para rotular negativamente a jurisprudência altamente progressista e liberal da Corte Warren. No entanto, como é comum, o fenômeno já ocorria bem antes da criação do termo que o designa, ou seja: o ativismo judicial, em si, já existia desde muito antes. E suas origens remontam a uma postura essencialmente conservadora.²⁰

os fatos, o mesmo valendo para como os magistrados julgam, obviamente. Porém, ser influenciado por orientações pessoais de natureza diversa não significa estar orientado a determinado fim: a predeterminação remete ao decisionismo político, algo que merece maiores considerações.” (TEIXEIRA, 2012, p. 46-47).

²⁰ Explicando a origem do ativismo judicial (e não do termo que o designa), assim anotou Barroso (2015b, 441-442): “a expressão ativismo judicial foi amplamente utilizada para estigmatizar a jurisprudência progressista da Corte Warren. É bem de ver, no entanto, que o ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador. De fato, foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu no período que foi de meados da década de 50 a meados da década de 70 do século passado. Todavia, depois da guinada conservadora da Suprema Corte, notadamente no período da presidência de William Rehnquist (1986-2005), coube aos progressistas a crítica severa ao ativismo judicial que passou a

Segundo anota Anderson Vichinkeski Teixeira (2012, p. 38-39), a *origem* do ativismo judicial pode ser encontrada na decisão do caso *Lochner vs. New York*, onde a Suprema Corte norte-americana decidiu que o princípio da liberdade contratual encontrava-se implícito no devido processo legal (*due process of law*), cuja raiz encontra-se na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. O caso girou em torno da declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Nova York que limitou a jornada de trabalho semanal dos padeiros em 60 (sessenta) horas, sob o argumento de que tal lei era *desarrazoada, desnecessária e arbitrária*, violando a liberdade contratual das partes.²¹

O caso foi paradigmático por representar uma das primeiras decisões da *Supreme Court* a serem consideradas ativistas, dando início ao que ficou conhecido como a *Era Lochner*. Esse período é marcado pela “influência de um *laissez-faire* que marca a Suprema Corte, impedindo o Estado de tomar quaisquer medidas voltadas à regulação, por exemplo, das políticas de bem-estar relativas à segurança, à saúde, ao trabalho, etc.” Dessa forma, as leis que promoviam intervenções do Estado no domínio econômico eram seguidamente declaradas inconstitucionais (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 139).

Para Cass Sustein (1987, p. 874), a *Era Lochner* representou um período de intenso ativismo judicial, caracterizado por uma “invasão ilegítima de um reino reservado aos ramos políticos do governo”, o que deu oportunidade a uma série de reflexões, cujo principal legado desse período foi o da necessidade de uma maior deferência judicial aos atos legislativos.

Dessa forma, compreendendo a jurisdição constitucional norte-americana como o berço do ativismo judicial, pode-se afirmar que a importância histórica das decisões proferidas pela *Supreme Court*, ao longo dos anos, transcendeu as fronteiras do *common law*, inspirando modelos constitucionais e de controle de constitucionalidade ao redor do mundo. Dessa forma, ao analisar a evolução histórica da Suprema Corte norte-americana e a sua relação com o ativismo judicial, André Maya (2017, p. 217) sintetiza suas três marcantes fases, da seguinte maneira:²²

desempenhar.” No mesmo sentido, ver TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 53, 2011, p. 138 e ss.

²¹ U.S. Supreme Court. *Lochner v. People of New York*. 198 US 45 (1905).

²² Para um estudo mais aprofundado e com enorme riqueza de detalhes sobre a trajetória histórica da atuação da Suprema Corte norte-americana e a sua vinculação com as diversas conotações que o termo *ativismo judicial* adquiriu ao longo do tempo (a depender da postura conservadora ou progressista da Corte), recomenda-se a leitura de TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. *Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 53, 2011, p. 138 e ss. Da

[U]ma fase inicial em que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América pautava-se por uma concepção substancial da Constituição Federal, sobrepondo-a à legislação ordinária e rompendo com a premissa clássica de que o texto constitucional era formado por normas programáticas; uma fase intermediária, de transição, marcada por profunda reformulação dos magistrados da Corte, em que é identificada uma atuação pautada por forte componente político; e uma fase moderna, identificada na sua essência pela denominada Corte Warren, em que se operou verdadeira revolução constitucional na preservação dos direitos e garantias fundamentais. Nesta última fase, a Suprema Corte norte-americana, pautada no primado das liberdades civis, consolidou uma postura ativista na medida em que, “inseridos na tradição da *common law*, os juízes deixaram de simplesmente interpretar as leis e passaram a reescrevê-las” (MAYA, 2017, p. 217).

Portanto, para os fins desta pesquisa, adota-se a concepção de ativismo judicial que, em linhas gerais, remete o leitor a uma crítica à atuação das cortes constitucionais que, quando no exercício de sua atividade jurisdicional, adotam uma postura deliberada de vontade política que, invariavelmente, causa uma disfunção institucional que leva a uma subtração das competências dos poderes representativos da soberania popular, pois, de maneira insidiosa e intencional, extrapolam os limites democraticamente estabelecidos para a sua atuação.

Tal concepção é a mesma adotada por Ronald Dworkin (1986, p. 378), no âmbito de sua teoria do direito como integridade, onde o autor chega a afirmar que o ativismo seria algo perverso para o sistema de justiça, porquanto um juiz que adote esse tipo de postura estaria deixando de observar o próprio texto constitucional, o processo histórico de sua construção, bem como a tradição das decisões do próprio judiciário e da cultura política do seu povo, pois que ignoraria todos esses aspectos para “impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige”.

Seguindo essa perspectiva, o ativismo judicial pode ser definido como um fenômeno que está relacionado a uma postura deliberada e consciente dos magistrados que atuam de maneira mais ampla e intensa, com vistas à concretização dos valores e fins constitucionais, expandindo o papel do Poder Judiciário, de forma a preencher as lacunas deixadas pela omissão do Legislativo ou, ainda, determinando políticas públicas quando há omissão do Executivo na sua aplicação (BARROSO, 2015b, p. 318), o que sugere, em certa medida, uma postura intervencionista²³ do Judiciário que interfere diretamente no espaço de atuação dos demais

mesma forma, recomenda-se a leitura de BARROSO, Luís Roberto. *The Americanization of constitutional law and its paradoxes: constitutional theory and constitutional jurisdiction in the contemporary world*. ILSA Journal of International and Comparative Law 16, 2010, p. 579-625.

²³ Para mais sobre intervenção do Poder Judiciário nos outros Poderes, recomenda-se a obra *Verdade e Consenso*, de Lenio Streck. A título de ilustração, traz-se as seguintes citações: “[...] há que lembrar que não se pode cair em idealizações ou idealismos, como se fosse possível ignorar que o paradigma do Estado Democrático de Direito e o tipo de constitucionalismo instituído em grande parte dos países após o segundo pós-guerra aumentou sobremodo a demanda pela intervenção do Poder Judiciário (ou da justiça constitucional, na forma de tribunais

Poderes da República. Falar em ativismo é falar em uma disfunção na prestação da tutela jurisdicional, em que o judiciário subtrai, de maneira ilegítima, parte do espaço de conformação política, notadamente, do legislador (RAMOS, 2015, p. 109).

Para Georges Abboud (2019a, p. 3), os atos de ativismo judicial são ainda mais graves do que parecem: “é a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo”. Em outras palavras, o Judiciário suspende a Constituição e as leis para, em seu lugar, dar lugar à subjetividade do julgador. E assim arremata o autor:

A partir dela, o Judiciário se agiganta e invade, de forma indevida, a esfera dos outros Poderes (Legislativo e Executivo). Antes que se levantem objeções a essa afirmação, é óbvio que o Supremo Tribunal Federal, ao, por exemplo, declarar inconstitucional uma lei, está atingindo diretamente a esfera do Poder Legislativo. Ocorre que a Constituição o admite expressamente. O que nela não está previsto e, portanto, resulta absolutamente proibido, é que o Judiciário, na figura de qualquer mulher ou homem investido do dever-poder de julgar casos concretos, torne sem efeitos uma lei produzida democraticamente, por motivos de discordância política ou ideológica com o seu conteúdo (ABBOUD, 2019a, p. 3).

Para uma melhor compreensão do conceito e significado de ativismo judicial, faz-se oportuna a caracterização daquele que é fenômeno oposto ao ativismo, qual seja, a autocontenção (*self-restraint*). Trata-se de uma postura de deferência do Judiciário às decisões tomadas pelo legislador, que parte do pressuposto de que as escolhas políticas feitas nas casas representativas da soberania popular são legítimas, tanto sob o ponto de vista de ser uma escolha possível dentre outras que igualmente seriam, como pelo da não violação de direitos fundamentais, propugnando que a criação do Direito é incumbência do Poder Legislativo, de tal maneira que, ao Judiciário, incumbiria, tão somente, a aplicação do Direito e a preservação dos direitos e garantias fundamentais (KMIEC, 2004, p. 1445 e ss.).

Nesse sentido, o pressuposto teórico da discussão acerca do ativismo judicial pode ser buscado na própria evolução do constitucionalismo e no seu ideal de um governo que tem seu poder limitado pela lei e que tem sua estrutura baseada na separação de poderes, com uma clara divisão de competências, marcadamente incumbindo a órgãos distintos a criação do Direito e a sua aplicação.

No entanto, é importante referir que qualquer discussão acerca da conceituação de ativismo judicial não pode abrir mão da distinção subjacente às características próprias da

constitucionais).” (2017b, p. 416); e, também, “[...] em uma sociedade democrática e com instituições jurídicas consolidadas, mesmo que o Tribunal máximo queira, não poderá se colocar na contramão da legislação democraticamente produzida – com exceção das intervenções acerca da inconstitucionalidade de leis e das demandas por concretização, caso a caso, de direitos fundamentais.” (2017b, p. 653).

família do Direito romano-germânico (*civil law*) e da família do Direito anglo-saxão (*common law*), especialmente em razão do lugar em que toma assento a decisão judicial em cada um dos sistemas (RAMOS, 2010, p. 104).

Nesse sentido, em países como o Brasil, adeptos do *civil law*, pode-se “recusar às decisões judiciais o caráter de fonte em sistemas da família romano-germânica”, porquanto ao Judiciário cumpre a atribuição predominante de aplicar o Direito e não de produzi-lo. Dito de outra forma, sua atribuição está adstrita à resolução de litígios concretos, já deflagrados, cabendo ao Legislativo o papel de produzir normas de maneira geral e abstrata. De outro lado, em países como os Estados Unidos, que adotam o *common law*, onde as decisões judiciais criam o Direito e, portanto, a função jurisdicional se aproxima da função legislativa, os critérios para a definição e uma postura que se conforme como ativismo judicial se torna mais complexa e difícil (RAMOS, 2010, p. 104-109).

No entanto, é bem verdade que não é de hoje que o Brasil (e o direito continental em geral) flerta com o *common law*, por meio da utilização/importação de institutos típicos desse sistema jurídico. No campo do direito constitucional pode-se mencionar, a título de exemplo, os conceitos relativos à supremacia do texto constitucional, controle de constitucionalidade e o Poder Judiciário como último intérprete da Constituição, que possuem como marco o precedente histórico do caso *Marbury v. Madison*, onde ocorreu a primeira decisão na qual uma corte suprema afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade – ao menos foi a decisão historicamente mais relevante –, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais.²⁴ No campo do processo civil, temos exigência do art. 926, caput, do CPC, de que os tribunais uniformizem sua jurisprudência de forma coerente e íntegra. Mais recentemente, no campo do processo penal, temos a Lei nº 13.964/2019, mais conhecida como *Lei Anticrime*, que traz um instituto consensual inspirado no *plea bargain*.

Aliás, essa aproximação entre os dois sistemas é contingencial do paradigma constitucional do segundo pós-guerra, o qual reclama uma transformação na atividade interpretativa que, “ao adquirir um caráter principiológico e valorativo, vinculado, notadamente, aos direitos fundamentais, demanda uma atuação diferenciada do julgador na sua conformação e concretização” (LEAL, 2014, p. 129). Essa nova conformação da atividade

²⁴ U.S. Supreme Court. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. 137 (1803).

interpretativa tem uma tendência universalizante no âmbito dos dois sistemas, aproximando-os cada vez sob essa perspectiva:

A inovação não reside, aqui, na compreensão da jurisprudência como fonte do Direito, mas sim em sua relevância e fundamentalidade, pois ela passa, neste processo, de fonte supletiva a elemento central de conformação da ordem jurídica, pois a atuação do magistrado, no caso concreto, se afigura como determinante para a conformação do direito, por meio de uma atividade criativa, construtiva, de integração do texto normativo com a realidade. Percebe-se, portanto, uma transformação na compreensão da atividade interpretativa (associada à virada linguística e à chamada “Nova Hermenêutica”), bem como uma transformação do próprio Direito, que, ao adquirir um caráter principiológico e valorativo, vinculado, notadamente, aos direitos fundamentais, demanda uma atuação diferenciada do julgador na sua conformação e concretização. É nesta perspectiva, portanto, que se pode falar de uma certa aproximação entre os sistemas da *common law* (jurisprudencial) e da *civil law* (legalista), pois este último vem, progressivamente, reconhecendo maior espaço e relevância à atividade jurisdicional, vinculada à aplicação do direito – ainda que legislado – ao caso concreto (LEAL, 2014, p. 129).

Feitas essas considerações, que impactam diretamente na análise do ativismo judicial, e partindo de um pressuposto comum aos dois sistemas (o de que as constituições são instrumentos de limitação do poder), Elival da Silva Ramos (2010, p. 116-117) define o ativismo judicial como sendo “a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”, o que tem como consequência imediata a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.

Segundo Barroso (2015b, p. 218-319), a postura ativista adotada pelo Poder Judiciário – essa intervenção que constrange de maneira excessiva a atividade legislativa ou administrativa – se exterioriza por meio das mais variadas maneiras, dentre as quais vale destacar: a declaração de inconstitucionalidade leis com fundamento em critérios que não demonstram uma violação flagrante do texto constitucional; a imposição de medidas positivas ou negativas ao Poder Executivo com vistas à implementação de políticas públicas; e a aplicação direta da norma constitucional como fundamento de decidir, ignorando atos normativos do legislador ordinário, mesmo em “situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação” do Poder Legislativo.

Um dos traços mais marcantes do ativismo judicial, fruto dessa nova forma de se interpretar a constituição, que é inerente ao processo decisório na arena judicial do mundo contemporâneo, é o da criação do direito pelos juízes, com lastro na normatividade do texto constitucional (URBINA, 2011. p. 65). Essa característica, própria das democracias contemporâneas ocidentais, tem gerado debates acerca da legitimidade da jurisdição

constitucional, em especial quando se verifica um protagonismo do Poder Judiciário frente aos demais Poderes, uma vez que ele impõe suas decisões aos legitimados pela política representativa majoritária, bem como pela necessidade de se estabelecer limites para a atuação jurisdicional, como forma de se exercer seu controle. Neste sentido, veja-se a controvérsia acerca do cumprimento de acórdão penal condenatório em segundo grau de jurisdição, onde se verificou o uso indiscriminado de toda a sorte de argumentos para fundamentar posturas indiscutivelmente ativistas e, sob essa perspectiva, discricionárias.

Além da força normativa da Constituição, outras duas características inseparáveis da jurisdição constitucional são o fato de o tribunal constitucional ter a última palavra acerca da interpretação constitucional e o fato de não existirem parâmetros cartesianos para essa interpretação. E é na soma dessas duas características que reside uma questão nevrálgica, e bastante perigosa, que potencializa uma eventual postura ativista, de tal forma que eventualmente acaba por seduzir o aplicador da lei: estando vinculado à Constituição, e sendo o responsável pela sua interpretação e aplicação, as cortes submetem os demais Poderes a sua própria compreensão da norma constitucional, eis que elas, em última análise, são as detentoras do sentido que se dá ao seu conteúdo (LEAL, 2007, p. 105).

A fronteira entre uma postura de deferência ao legislador e uma postura ativista dos tribunais é bastante fluída, sendo, por vezes, de difícil visualização. No entanto, a jurisdição tem seu domínio próprio, de submissão à Constituição e à lei, dentro do qual deve permanecer, pois, caso contrário, se lançar mão de valores subjetivos e preferências pessoais em sua decisão, ingressará num domínio estranho à sua atividade, invadindo um espaço constitucionalmente destinado às deliberações políticas, no qual lhe é permitido ingressar somente em casos excepcionais, de flagrante desrespeito ao texto constitucional, mormente em violações a direitos fundamentais.

É nesse sentido o conceito de ativismo judicial delineado por Lenio Streck (2017, p. 651), para quem “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados).”

Portanto, é aqui onde se encontra o ponto nevrálgico da questão envolvendo o ativismo judicial: a postura ativista nada mais é do que um ato de vontade no clássico sentido kelseniano e, como tal, eivado de uma alta carga de discricionariedade, que se fundamenta em valores e opiniões pessoais dos magistrados sobre aquilo que acham ser justo, correto ou moral, o que é inconciliável com o Direito produzido sob bases e princípios democráticos, promovendo, como

no caso da prisão em segunda instância, decisões díspares, carregadas de argumentos políticos e morais.

Para Hans Kelsen (1967, p. 348 e ss.), lembre-se, a aplicação do Direito levada a cabo por órgãos que têm essa atribuição, se conforma como um ato de vontade do aplicador, uma vez que ele escolhe uma dentre as possibilidades que se revelam diante da interpretação. Isso se dá em razão da incerteza semântica dos textos.

Logo, segundo o autor, a interpretação feita pelos juízes e tribunais é um ato de vontade, uma vez que sempre há uma margem de incerteza, um espaço dentro do qual o intérprete tem liberdade de escolha, permitindo que o aplicador se utilize de critérios estranhos ao Direito para preenchê-lo (moldura normativa), o que dá azo a um alto grau de discricionariedade, uma vez que o julgador pode se utilizar de critérios morais pessoais sobre o entende correto, justo ou não, sem estar limitado sequer pela própria moldura da norma, uma vez que, mesmo que decida fora dela, sua decisão é legítima. O ato de vontade, na visão kelseniana é justamente o que caracteriza a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito de qualquer outra interpretação, tratando-se de uma interpretação autêntica (KELSEN, 1967, p. 348 e ss.).

De forma oportuna, e para que se evite mal entendidos, Georges Abboud (2019a, p. 3) assinala que a atuação contramajoritária das cortes constitucionais (leia-se: proteção dos direitos fundamentais contra as maiorias democráticas), é essencial em democracias frágeis como a brasileira. Ademais, o controle de constitucionalidade não é, por si só, um ato ativista, pois ele encontra legitimidade de forma expressa na própria Constituição Federal. Logo, não se pode confundir o ativismo judicial com a atuação jurisdicional que se dá nos limites da Constituição Federal e por ela legitimada, dos quais o autor destaca:

i) o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário, quando eles se mostrarem contrários, formal e/ou materialmente, ao texto constitucional e às leis; ii) a atuação contramajoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil e iii) atuação normativa do STF na correção da ação da omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, e.g., mandado de injunção. Tais condutas simbolizam atos de submissão e respeito à ordem democrática, cujos fundamentos se encontram em nossa Constituição Federal (ABBOUD, 2019a, p. 3).

Deixe-se consignado, ainda, que não parece ser adequado (nem seguro) querer *salvar* algumas posturas ativistas ao fazer uma distinção entre *bom* ou *mau* ativismo. Isso porque, “ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do

sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto”. Ademais, não existem critérios seguros para se aferir quando uma decisão é boa ou quando ela é ruim. Mais do que isso, uma decisão só será boa aos olhos da parcela da comunidade que for *beneficiada* por ela (o que sequer é garantia que será novamente favorecida por outra decisão igualmente ativista, já que o julgador não está constrangido por qualquer padrão ou critério passível de controle) (ABBOUD, 2019a, p. 4).

Isso porque, com Dworkin (1986, p. 378) – veremos com mais detalhe ao longo do trabalho –, não há espaço para o juiz decidir discricionariamente. O julgador tem um dever que emana da própria natureza do Estado Democrático de Direito: o de buscar a resposta correta para o caso, com base na história institucional, na tradição dos precedentes e na visão do Direito como integridade. Para o autor, o ativismo judicial “é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”, ou seja: ao adotar critérios pessoais para decidir, o juiz estaria ignorando o texto constitucional, seus propósitos e toda a historicidade das decisões anteriores que buscaram interpretá-lo. Assim, estaria impondo “a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.” O autor condena esse tipo de postura antidemocrática, entendendo ser necessário que, ao decidir, o juiz deve se adequar à *prática constitucional*:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la (DWORKIN, 1986, p. 378).

Portanto, a questão subjacente ao fenômeno do ativismo judicial não é outro senão o da discricionariedade judicial que, no atual estágio do constitucionalismo, encontra um ambiente bastante fértil para a sua manifestação. Discricionariedade essa, pela qual o ativismo encontra-se impregnado, porquanto o intérprete nega aplicação ao direito e, em seu lugar, lança mão de argumentos políticos e convicções pessoais sobre aquilo que é justo ou correto. É dizer, com Georges Abboud (2019a, p. 4), que o juiz ativista pode ser tanto progressista (ou *iluminista*) quanto conservador ou contido ou seja: para que o julgador se valha da discricionariedade basta que ele faça a opção de buscar a resposta fora do direito, construindo-a a partir de um espectro ideológico. Por essa razão, qualquer tentativa de classificar bons ou maus ativismos é ineficaz e sem sentido.

2.3 DELIMITANDO O CAMPO DE ESTUDO: UM RECORTE DO AMBIENTE DEMOCRÁTICO BRASILEIRO PÓS-1988 SOB A ÓTICA DA EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Conforme já assentado, a democracia constitucional se apresenta como o conjunto de convicções sociais, políticas e filosóficas que melhor retratou o século XX em boa parte do mundo, suplantando projetos autoritários aqui e acolá, que com ela disputaram espaço. Tal cenário institucional é fruto de duas noções distintas, cada qual dotada de uma trajetória histórica própria, mas que acabaram se complementando e criando as condições para a instalação do modelo de Estado contemporâneo: a democracia e o constitucionalismo. A primeira noção, a democracia, em seu sentido mais tradicional, traz consigo o ideal de “soberania popular, governo do povo, vontade da maioria”. A segunda, o constitucionalismo, “traduz a ideia de poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita” (BARROSO, 2015b, p. 475).²⁵

Trata-se de um panorama de reaproximação entre Política e Direito, materializado no Brasil pelo pacto político de 1988, onde pode-se notar uma cada vez maior judicialização das coisas da vida. O significado prático desse fenômeno é o de que “inúmeras questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância final decisória no Poder Judiciário e, com frequência, no Supremo Tribunal Federal” (BARROSO, 2015b, p. 476).

Nesse sentido, o debate acerca da jurisdição constitucional brasileira, notadamente em relação ao processo que levou à ascensão e ao protagonismo do Supremo Tribunal Federal, está intimamente ligado à evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, em especial, a partir do marco político representado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo a aurora de um Estado Democrático (e Social) de Direito, que tem como uma de suas principais características “um acentuado deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional” (MOTTA, 2012, p. 25).

Logo, passados os primeiros anos do novo paradigma constitucional (*do novo visto com os olhos do velho*), o Supremo Tribunal Federal passou a desempenhar, de forma gradativa, um papel cada vez mais ativo na vida institucional brasileira, notadamente a partir dos anos 1990. Como já anotado, esta não foi uma peculiaridade brasileira. O arranjo democrático

²⁵ Conforme sustenta Luís Roberto Barroso (2015, p. 475-476), em uma visão mais tradicional, a soberania popular é personificada na figura dos agentes públicos eleitos, ou seja: o Presidente da República e os membros do Poder Legislativo. De outro lado, a guarda da Constituição – vale dizer, do Estado de Direito e dos direitos fundamentais – é atribuição do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro: o Supremo Tribunal Federal.

contemporâneo, em diversas partes do mundo, alçou o poder judiciário a um *status* de protagonismo, tendo participação direta em importantes questões sociais, em especial por meio das cortes constitucionais, gerando diversas controvérsias quando a sua legitimidade para tal.

Mas nem sempre foi assim. No Brasil, na maior parte do século passado, o Poder Judiciário não participou dos debates envolvendo a agenda política do país, cumprindo aos tribunais, tão somente, a “figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu”. Nesse período, a construção do Estado, na América Latina como um todo, se preocupou muito mais com a incrementação da máquina burocrática do Executivo, relegando ao Judiciário um papel que se assemelhava ao de mero órgão técnico-burocrático do Estado “– um órgão para o poder político controlar – de fato, uma instituição sem poderes para controlar o Estado e seus mecanismos reguladores” (SANTOS, 2014, p. 19).

Vale recordar que, desde o final da Segunda Guerra Mundial, verificou-se, na maior parte das democracias ocidentais, uma mudança de postura no modo de se entender o que é o Direito, reconhecendo a força normativa das constituições e criando tribunais constitucionais com prerrogativas que lhes permitissem, em especial, aplicar eficácia e assegurar a proteção dos direitos fundamentais, sendo tais fatores determinantes para um alargamento da atividade da jurisdição constitucional, que ganhou espaço em relação à política majoritária.

Esse fenômeno ficou conhecido como um movimento de expansão global do Judiciário²⁶, caracterizado pelo “crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do Direito”, desenvolvido com maior intensidade a partir do segundo pós-guerra e que, a partir da Europa continental, se espalhou ao redor do mundo (SANTOS, 2014, p. 17). Esse processo promoveu mudanças profundas nas democracias ocidentais, em diferentes velocidades e em diferentes tempos, até chegar ao Brasil.

O Brasil, ainda que de maneira tardia, não passou ileso a essas transformações. É que, na esteira de uma tendência mundial, o constitucionalismo brasileiro também ficou marcado pelo destacado papel que o Judiciário passou a desempenhar na definição de importantes questões sociais e políticas. Assim vistas as coisas, a atuação dos juízes e dos tribunais passou a ser compreendida a partir de perspectivas recém exploradas: a da judicialização da política e/ou a do ativismo judicial.

²⁶ A expressão passou a ser amplamente adotada a partir da obra de Tate e Vallinder: *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.

André Karam Trindade e Fausto Santos Morais (2011, p. 152) dão destaque ao processo de redemocratização ocorrido no Brasil e, em especial, à sua semelhança com os demais processos ocorridos nas democracias ocidentais do segundo pós-guerra:

Como se sabe, a Constituição brasileira, ao seguir a mesma linha das demais constituições do segundo pós-guerra, é um verdadeiro marco, porque, de um lado, ela pode ser vista como o resultado de um processo lento e gradual que sepulta definitivamente a ditadura, com a abertura à redemocratização, contando, inclusive, com expressiva participação popular em sua elaboração, e, de outro, ela inaugura um novo modelo de Estado, voltado ao cumprimento das promessas da modernidade, cuja construção, porém, deve ser entendida como um exercício permanente da cidadania. Ocorre que a concretização deste projeto constitucional implicava uma mudança radical no perfil dos juristas, que deveriam abandonar a função de operadores e assumir o papel de atores jurídicos. Naturalmente, tal fenômeno nunca é imediato, de maneira que, durante praticamente uma década, o novo continuou sendo visto com os olhos do velho modelo: a Constituição de 1988, portanto, tardou a produzir seus primeiros efeitos, já que, no Brasil, não havia a cultura jurídica necessária para a sua devida e adequada compreensão. A título ilustrativo, convém recordar que a composição do Supremo Tribunal Federal permaneceu idêntica após a promulgação da Constituição de 1988, de modo que tanto sua renovação quanto a oxigenação de sua jurisprudência dependeu da aposentadoria dos ministros nomeados ainda durante a vigência do regime militar. O mesmo fenômeno ocorreu nas demais cortes do país (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 152).

Não há dúvidas de que o processo vivido pelo Brasil, que tem a Constituição Federal de 1988 como seu maior símbolo, permitiu que se criasse um cenário político e social embebido em uma atmosfera repleta de fatores que, somados a aspectos já estudados e comuns a outras democracias que passaram por processos de constitucionalização, contribuiu para que se atingisse o atual estágio de judicialização que se vê no Poder Judiciário brasileiro.

Dentre esses fatores, pode-se destacar o extenso rol de direitos e garantias fundamentais trazidos na Carta Constitucional, alguns de caráter prestacional, dentre os quais aqueles que possibilitam o amplo acesso ao Poder Judiciário para uma população que não passou pela experiência jurídica do Estado Social, num fenômeno que Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 25-26) chama de *curto-circuito histórico*, pois que, diferentemente de outros países que passaram por um longo processo de amadurecimento histórico de conquista de direitos (e por isso se falar em gerações/dimensões de direitos), a constitucionalização aqui ocorrida trouxe de uma só vez uma gama enorme de direitos sem que o próprio Estado tivesse estrutura e condições de formatar políticas públicas sociais com vistas ao provimento de tais direitos, fazendo com que o Poder Judiciário fosse cada vez mais acionado na busca da efetivação das promessas constitucionais.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2015b, p. 439) também aponta como fatores que colaboraram para o processo de judicialização da política e das relações sociais, o reconhecimento de que para a consolidação de uma democracia faz-se necessário um Judiciário

forte e independente; uma certa “crise de representatividade”, que dá azo a uma descrença na política majoritária, espécie de desilusão da população com seus representantes eleitos pelo voto popular; além do fato de os próprios atores políticos se absterem de tomar decisões com alto grau de repercussão social, preferindo “que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade”.²⁷

O autor afirma, ainda, que a judicialização adquiriu contornos bastante peculiares no Brasil, muito em razão de dois fatores: a opção por uma “constitucionalização abrangente e analítica”, destacando que a escolha por constitucionalizar determinado tema, significa dizer que esse tema não pertence mais ao universo do debate político, passando a compor o universo de “pretensões judicializáveis”; além do sistema de controle de constitucionalidade em vigor, que “combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional” (BARROSO, 2015b, p. 440).

No bojo do extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, foram contemplados direitos “civis, políticos, econômicos, sociais e culturais”, além de direitos de terceira ou quarta geração como “meio ambiente, qualidade de vida e direitos do consumidor.” Desta forma verificou-se um aumento substancial das expectativas dos cidadãos na concretização desses direitos, a despeito da “debilidade crônica dos mecanismos de implementação”, o que gerou uma corrida aos tribunais, com vistas a dar concretização às promessas feitas (SANTOS, 2014, p. 23).

Pode-se dizer que o efeito imediato dessa *constitucionalização abrangente*²⁸ ocorrida no Brasil, e que contribui sobremaneira para uma maior busca pelo Poder Judiciário, é que,

²⁷ Ao abrir mão de decidir sobre temas polêmicos e de grande impacto social, os atores políticos buscam evitar o desgaste na deliberação de tais temas, evitando perda de capital eleitoral, como “como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas” (BARROSO, 2015b, p. 439).

²⁸ O termo *constitucionalização abrangente* é utilizado por Luís Roberto Barroso (2015b, p. 439 e ss.), ao explicar as razões que deram causa ao intenso processo de judicialização no Brasil, onde destaca que alguns temas foram retirados da disponibilidade do debate político tradicional e foram constitucionalizados, permitindo a busca de sua efetivação pela via judicial. Como exemplo que sustenta seu argumento, Barroso cita diversas questões de relevância política, social ou moral que já foram levadas ao Judiciário, notadamente perante o Supremo Tribunal Federal: “(i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS - caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF).”

“constitucionalizar é, em última análise, retirar temas do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis” (BARROSO 2015b, p. 439).

A Constituição Federal de 1988 promoveu, ainda, o fortalecimento do próprio Poder Judiciário, dotando-o de capacidade institucional e permitindo que ele atuasse com independência na busca da concretização do pacto constitucional, o que fez com que ele deixasse de exercer um papel subalterno, de mero “departamento técnico-especializado” de aplicação da lei, para desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo.” (BARROSO, 2015b, p. 512).

O mesmo aspecto é destacado por Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 20) quando sustenta que, ao deixar de ocupar uma posição discreta no cenário institucional e alcançar o *status* de poder político, o Judiciário assume uma posição de proeminência e, conseqüentemente, passa a medir forças com a classe política majoritária em nome da proteção do texto constitucional, o que se manifesta, particularmente, em três situações distintas: “na garantia de direitos, no controle da legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política.”

Não é diferente a leitura feita por Paulo Bonavides (2004, p. 131), em relação à mudança do papel institucional das cortes judiciárias a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, com toda a sua carga principiológica e o papel conferido ao Poder Judiciário:

Com o advento do juiz constitucional, dos tribunais da Constituição, isto é, com a jurisdição constitucional se alargando, o juiz “legislador” assume cada vez mais nas estruturas judiciais contemporâneas o lugar do antigo juiz “servo” de lei e do juiz “intérprete” de textos. Os três “juizes” assim qualificados compõem a escala qualitativa da evolução jurisdicional da magistratura, numa sequência histórica que parte da inexistência do sistema de controle de constitucionalidade, em razão da impossibilidade teórica de estabelecê-lo por meio de juizes que eram inferiorizados no concerto dos Poderes, e se achavam em estado de absoluta submissão à vontade do legislador, aquela vontade declarada na lei, até chegar, num longo percurso, ao momento atual, de manifesta ascendência do juiz constitucional, porquanto a legitimidade das Constituições é, do mesmo passo, a legitimidade dos tribunais (BONAVIDES, 2004, p. 131).

Dito em outras palavras, a Constituição de 1988, ponto alto do processo de redemocratização do país, permitiu um redesenho institucional de grande impacto na estrutura do Estado. Além de reforçar o Poder Judiciário, com vistas a torná-lo forte, independente e capaz de cumprir com seu papel institucional, o pacto republicano pavimentou o caminho de ampliação do acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública, dentre outros.

Além disso, fortaleceu-se o Ministério Público, aperfeiçoou-se os instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, dos quais pode-se destacar a ação de improbidade administrativa, a ação civil pública e a ação popular, tudo isso *pari passu* com uma crescente conscientização e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos, levando o Judiciário a desempenhar um papel de proeminência em razão do seu mister de controlar os atos dos praticados pelos poderes da política representativa e dos próprios conflitos em que estivessem em jogo a proteção ou concretização de direitos e garantias fundamentais.

Luís Roberto Barroso (2015, p. 440) aponta, ainda, uma terceira causa dessa judicialização excessiva existente no país. Segundo o autor, o sistema híbrido de controle de constitucionalidade adotado a partir de 1988 também é responsável pelo fenômeno. A partir da ordem constitucional inaugurada durante o processo de redemocratização, o Brasil passou a adotar um sistema híbrido, combinando a matriz americana, de controle incidental e difuso, em que todo o juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto que lhe tenha sido submetido; e a matriz europeia, de controle concentrado ou abstrato, que permite a análise da constitucionalidade de leis e atos em tese, sem uma situação litigiosa concreta já deflagrada, admitindo ações diretas ajuizáveis perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 27-28) aponta, ainda, o combate à macrocriminalidade, notadamente crimes de lavagem de dinheiro e corrupção, como sendo outro fator que levou o Judiciário a uma posição de proeminência e protagonismo em relação aos demais Poderes. Segundo sustenta, durante muito tempo os tribunais se concentraram em julgar as classes mais populares, que durante muito tempo, “só tiveram contato com o sistema judicial pela via repressiva, como seus utilizadores forçados”. As classes mais abastadas, onde se encontram os chamados criminosos do colarinho branco, a macrocriminalidade, por muito tempo foram conhecidas por estarem inalcançáveis pela lei, marcadas pelo signo da impunidade. Essa “impunidade dos poderosos está inscrita na própria matriz do Estado liberal que, como se sabe, não é um Estado democrático na sua origem”.

Portanto, a partir do momento em que as cortes começaram a *olhar* para as classes mais altas, até então, intocáveis, alcançando grandes empresários e membros dos altos escalões da política nacional, essa imagem de impunidade começa a ser mudada. A aproximação de criminosos do alto escalão com o judiciário “judicializa a política e politiza os tribunais”, pois, se por um lado o combate à corrupção tem origem em determinada conjuntura política, por outro, também leva muitos desses conflitos políticos para os tribunais (SANTOS, 2014, p. 29).

Esse panorama desvela duas faces da judicialização: uma própria do sistema de justiça, de *baixa intensidade*, quando membros da classe política são investigados e processados de forma isolada por suas atividades delituosas, o que nem sempre terá conexão “com o poder ou a função que a sua posição social destacada lhes confere”; e outra face perversa, que vem à tona quando a classe política não consegue resolver seus embates internamente, por meio do próprio sistema político, e acabam transferindo seus conflitos para o Judiciário, por meio de “denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente.” (SANTOS, 2014, p. 29).

O que se denota, a partir das reflexões feitas até aqui, é que esse ambiente político e social que teve origem no arranjo institucional patrocinado pelo processo de redemocratização, se tornou solo fértil ao fenômeno da judicialização. Desta forma, sendo a judicialização uma soma de fatores externos que levam questões de largo alcance político e moral a serem decididas nas cortes, independentemente de qualquer postura ou opção política do Judiciário, constata-se que o cerne da questão está no modo como as cortes venham a exercer sua jurisdição, pois é a partir disso que se poderá determinar a ocorrência ou não de ativismo judicial (BARROSO, 2015b, p. 440).

Em que pese ter-se criado uma linha bastante tênue entre a atividade política e a atividade jurisdicional na contemporaneidade, pode-se dizer que o caso brasileiro é ímpar, dadas as características do constitucionalismo local, permeadas por uma realidade política bastante peculiar, um contexto social único e a inocência de uma democracia ainda muito jovem.

Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 29-31) concorda que se pode afirmar com certa tranquilidade que há um “deslocamento da legitimidade do Estado: do Poder Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário”. Desta forma, o embate entre Poderes da República se dá naquelas situações onde há omissão, inércia ou, mesmo, incapacidade da política majoritária, que, não raras vezes, sofre da falta de envergadura suficientes para dar efetivação ao texto constitucional e, por conseguinte, atender aos anseios da sociedade, que vê no Poder Judiciário o *locus* da concretização de seus direitos.

Isso porque, agora, a Constituição possui normatividade própria e, portanto, especialmente em razão de privilegiar um extenso catálogo de direitos fundamentais, passou a ser o próprio fundamento jurídico dos pedidos junto aos tribunais, na busca da efetivação dos compromissos do Estado com e em prol do *campo contra-hegemônico*. Isto torna o judiciário

“mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu recente protagonismo” e, por vezes, o leva a ultrapassar a tênue barreira que leva da judicialização ao ativismo (SANTOS, 2014, p. 29-31).

Dito de outra forma, o deslocamento do polo de tensão entre os poderes, que caminhou a passos largos na direção da jurisdição, notadamente a constitucional, é fruto, dentre outras coisas, do fato de a lei não conseguir acompanhar a velocidade, a complexidade e a dinamicidade das relações sociais, que estão sempre alguns passos à frente.

Logo, como adverte Streck (2017b, p. 97), quanto menor o espaço de conformação legislativa, de escolha política legítima, em razão da constrição promovida pelo exercício descontrolado da atividade jurisdicional, maior a necessidade de se eleger um instrumento de controle democrático “da aplicação (judicial) da lei”, uma vez que, como já visto alhures, constituições “com amplo catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos, inexoravelmente, geram um aumento de demandas.”

Ou seja, é preciso compreender que, nesta quadra da história, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação. À medida que aumentam as demandas por direitos fundamentais e que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios, invade, cada vez mais, o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao “poder hermenêutico” dos juízes. Quanto mais decresce a liberdade de conformação do legislador em detrimento do crescimento do espaço destinado à justiça constitucional – e as razões pelas quais isso ocorreu a partir do segundo pós-guerra têm natureza paradigmática –, torna-se necessário construir as condições para um controle democrático da aplicação (judicial) da lei. Textos constitucionais compromissórios, com amplo catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos, inexoravelmente, geram um aumento de demandas (STRECK, 2017b, p. 97).

Nesse aspecto, duas questões podem ser consideradas pacíficas e, em certa medida, são pressupostos da discussão: (i) a imprescindibilidade da atuação de uma corte constitucional na efetivação dos direitos e garantias fundamentais; e (ii) a necessidade de se discutir e estabelecer os limites para essa atuação, de tal forma que sejam respeitados os espaços de conformação dos demais Poderes.

Portanto, importa referir que o atual quadro de protagonismo do Poder Judiciário, que possui íntima ligação com a expansão da atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, não pode subsistir de forma violar a separação e a harmonia entre os Poderes, o que promoveria um desequilíbrio do sistema político, criando uma celeuma incompatível com o Estado Democrático de Direito que tem como alicerces, de um lado, a proteção dos direitos e garantias

individuais e, do outro, a soberania popular (uma das mais conhecidas expressões da democracia).

Assim como a judicialização da política, o ativismo judicial também ganhou espaço no vocabulário jurídico brasileiro, de maneira definitiva, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no bojo do processo de redemocratização que, como já visto, contemplou o texto constitucional com um extenso catálogo de direitos fundamentais, uma série de prerrogativas aos magistrados, garantias de acesso à justiça pela população em geral e a previsão de controle de constitucionalidade abstrato.

Luís Roberto Barroso (2015b, p. 442) aponta as manifestações ativistas do STF têm sido caracterizadas por três tipos de posturas que, em alguma medida, afastam os juízes e tribunais da sua razão de ser, a de aplicação do Direito, e o leva em direção a uma função mais próxima da legislativa, de criação do Direito: (i) “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário”; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) “a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador, como no de políticas públicas insuficientes”.

Vale salientar que o Brasil possui diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal considerados ativistas que, ao longo do tempo, têm se manifestado por diferentes linhas de decisão, das quais pode-se destacar:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; 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, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. Todas essas hipóteses distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do Direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação do próprio Direito (BARROSO, 2015b, p. 442).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o ponto de discussão subjacente às posturas ativistas reside no fato de que urge conciliar o controle de constitucionalidade com a soberania popular, sendo, para tanto, imprescindível que juízes não decidam “o modo como os governantes exercem os poderes do Estado” com base em suas opiniões pessoais sobre aquilo que é certo ou errado, o que impõe a necessidade de utilização de instrumentos hábeis a

identificar os limites da atuação jurisdicional no controle de constitucionalidade. Esse instrumento, por certo, seria um teoria com a capacidade de apresentar aos juízes uma maneira de permitir a identificação, por meio de critérios pré-estabelecidos, das leis que são expressão legítima do exercício da atividade legislativa, daquelas que não são, “sem se deixarem influenciar por seus próprios pontos de vista e predisposições pessoais.” (BEATTY, 2014, p. 8).

Mais do que isso, sob o argumento de que posturas ativistas encontram lastro em preceitos como o de *concretização da constituição* e de *abertura principiológica*²⁹, o Judiciário confere um ato grau de discricionariedade dos julgadores, dando margem tanto “à criação do direito quanto ao gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida na esfera legislativa”. Dessa maneira, o ativismo judicial praticado no Brasil adquire contornos próprios, porquanto “repristina a tese positivista da discricionariedade, na medida em que é o produto de uma aposta no protagonismo dos juízes, que devem atentar para os valores constitucionais e, a partir de uma ponderação de princípios, fundamentar suas decisões através de uma argumentação racional, cujo objetivo é neutralizar a subjetividade” (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 157).

Lenio Streck (2017b, p. 267-268) compartilha da mesma impressão em relação ao ativismo judicial e à discricionariedade que lhe é inerente (em tom de crítica à ponderação de Robert Alexy), mormente porque no positivismo (veremos em capítulo específico), o *casos difíceis* eram confiados à discricionariedade do julgador, de tal forma que qualquer decisão tomada por ele, seja qual fosse, era uma decisão válida, pois a ele cabia criar o direito diante das lacunas existentes. De outra banda, no constitucionalismo contemporâneo (ou no pós-

²⁹ Segundo Lenio Streck (2017a, p. 124), a despeito de teses que pregam uma *abertura semântica dos princípios*, como frequentemente ocorre em países com constituições dotadas de alta carga principiológica, como é o caso do Brasil, é sempre bom salientar que quem *abre a interpretação* é a regra. É a regra quem possui uma pretensão universalizante, ou seja: a regra é feita para ser aplicada a todos os casos, quando, na verdade, não é capaz de se aplicar a nenhum “sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica”. Nesse sentido, complementa o autor: “A regra jurídica (preceito) não trata de uma situação concreta, uma vez que diz respeito às inúmeras possibilidades. A regra “matar alguém” não diz respeito a um homicídio, mas, sim, de como devem ser tratados os casos em que alguém tira a vida de outrem. É nesse sentido que o princípio individualiza a *applicatio*. Princípio é, assim – insisto –, a realização da *applicatio*. O direito não cabe na regra, assim como as inúmeras hipóteses de aplicação do art. 97 da CF não cabem a súmula vinculante nº 10 do STF; tampouco os casos de uso abusivo de algemas cabem na súmula vinculante nº 11. Do mesmo modo, as inúmeras hipóteses de legítima defesa não cabem no enunciado jurisprudencial “legítima defesa não se mede milimetricamente”. Somente a reconstrução da situação concreta de um determinado caso dará significatividade (*Bedeutsamkeit*) ao precedente ou à regra. Em síntese, é esse o papel dos princípios”.

positivismo, se soar mais familiar), os casos difíceis passaram a ser resolvidos pela *ponderação de princípios*. É justamente esse o cerne do problema que se instaura, segundo o autor:

No fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart) é resolvido por delegação ao juiz. Assim, também nos casos difíceis dos quais falam as teorias argumentativas, a escolha do princípio aplicável “represtina” a antiga “delegação positivista” (na zona da penumbra, em Hart, ou no perímetro da moldura, em Kelsen). Cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, é tarefa (prerrogativa?) do juiz decidir nas “zonas de incertezas” e em face das “insuficiências ônticas” (para usar aqui uma expressão que faz parte do repertório que identifica a “dobra da linguagem” que sustenta a ausência de cisão entre hard e *easy cases*) (STRECK, 2017b, p. 268).

Logo, o presente trabalho propõe a obra de Ronald Dworkin como adequada a garantir a legitimidade democrática da atuação contramajoritária das cortes constitucionais, isto é, quando ela decide contra interesses da maioria, quando decide contra a soberania popular. Atuando com coerência e integridade, se estaria reforçando a própria democracia, uma vez que os juízes passam a decidir com respeito à historicidade e à tradição institucional, impondo limites palpáveis ao exercício da jurisdição constitucional, de tal sorte que impede a tomada de decisões ativistas, fundamentadas em critérios pessoais.

Sua aplicação e consideração por parte dos tribunais implica na manifestação de critérios de justiça e igualdade. É dizer que a proposta de vinculação do juiz a critérios de coerência e integridade estão justapostos à exigência de as demandas serem julgadas com a mesma parcela de envolvimento pelos juízes e alinhadas ao que já vem sendo decidido em situações semelhantes, com base nos mesmos raciocínios interpretativo-principiológicos (coerência) e com base em premissas comuns ao Direito como um sistema uno (integridade), sob uma ótica de adequação substancial e alicerçada em argumentos de princípio. Como assinala Francisco Motta (2012, p. 29), trata-se de afastar “a ideia de que o juiz seja o principal ator desta cena” e, dessa forma, alçar o Direito ao papel de protagonista.

Feitas essas considerações acerca do atual estágio da jurisdição constitucional brasileira que, acompanhando o movimento constitucionalista ocidental desde o segundo pós-guerra, é de flagrante ascensão institucional e cada vez maior proeminência do Poder Judiciário, torna-se imprescindível explorar os principais aspectos da obra de Ronald Dworkin, cujas teorias foram eleitas como referencial teórico desta pesquisa, em razão do seu incansável combate à discricionariedade, fenômeno pelo qual o ativismo judicial, na perspectiva adotada, encontra-se impregnado.

3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO: O LOCUS DO DEBATE POLÍTICO E O PAPEL DESTINADO AO PODER JUDICIÁRIO EM RONALD DWORKIN

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: POR QUE RONALD DWORKIN?

Antes de ingressarmos nos aportes da sofisticada e complexa proposta teórica de Ronald Dworkin, entende-se importante destacar os motivos pelos quais se fez a opção por pelo autor como referencial teórico da presente pesquisa.

Dworkin é um dos mais festejados e influentes jusfilósofos da segunda metade do século XX. Dentre suas reflexões, está a ideia de que o Poder Judiciário possui legitimidade para anular atos normativos emitidos pelo poder político majoritário, chegando a afirmar que o controle de constitucionalidade, com base na proteção dos direitos fundamentais, é um dos maiores legados do Direito norte-americano para as democracias contemporâneas (DWORKIN, 1986, p. 71).

Para Santos Pérez (2003, p. 5-6), o autor norte-americano representa hoje uma das maiores referências na teoria e na filosofia do Direito, com algo em torno de duzentas obras, entre artigos, livros e conferências, que constituem fonte de consulta obrigatória para pesquisadores em ambos os campos do conhecimento. Em sua vasta produção, o autor desenvolve uma teoria que propõe o Direito como uma atividade interpretativa e que tem como pressuposto a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio, negando práticas discricionárias aos julgadores³⁰, além de se utilizar do conceito de direito como integridade, visando a busca de boas respostas a todos os membros da comunidade política.

A influência de seus escritos pode ser percebida não somente em razão da conquista de simpatizantes e adeptos do seu pensamento, mas, principalmente, em razão da repercussão de seu pensamento na “agenda do debate dominante”, como, por exemplo, aquele que ficou conhecido como o debate Hart-Dworkin, um dos mais célebres e relevantes no meio jurídico de todos os tempos, promovido a partir de suas críticas ao positivismo jurídico de H. L. A. Hart, que impactou o modo de se pensar o Direito a partir de então, fixando “a agenda das discussões

³⁰ Veremos com maior profundidade logo à frente, mas é importante ressaltar, aqui, que a discricionariedade rejeitada por Dworkin (1977, p. 32) é a chamada *discricionariedade forte*, caracterizada pela ausência de *standards* estabelecidos por alguma autoridade, por um desapego a limites normativos para a atividade interpretativa e pelo uso de padrões estranhos ao Direito.

e dos problemas teóricos que passaram a ser dominantes nos foros acadêmicos e teóricos” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 29-31).

Ainda que suas reflexões tenham sido desenvolvidas no universo do Direito anglo-saxão, a contribuição de seu pensamento encontrou espaço países de origem romano-germânica, como o próprio Brasil, onde sua influência, notadamente na última década, tem sido facilmente percebida, uma vez que praticamente toda a sua obra já encontra tradução para o português³¹, o que denota a existência de demanda dessa natureza, a academia brasileira tem se debruçado com maior frequência e profundidade em sua obra, como forma de melhor compreendê-la, além de Supremo Tribunal Federal citar o autor com cada vez maior frequência em suas decisões, como ocorreu, por exemplo, no julgamentos do HC 84.078/MG (2009)³², do HC 126.292/SP (2016)³³, do HC 152.752/PR (2018)³⁴, além das ADC 43, 44 e 54/DF (2019)³⁵, todos versando sobre a possibilidade da execução da pena privativa de liberdade após acórdão penal condenatório em segundo grau (prisão em segunda instância).

No entanto, a despeito crescente influência do pensamento dworkiniano no direito brasileiro, um dos fatores de maior relevância para a sua escolha como matriz teórica de fundo para a presente pesquisa está na consistência de suas proposições metodológicas que, dentre outras coisas, repousam na rejeição à discricionariedade judicial, fenômeno pelo qual o ativismo judicial encontra-se impregnado.

Nesse sentido, Dworkin desenvolveu uma teoria que:

³¹ *Is Democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006, talvez seja a principal obra de Dworkin que ainda não encontra tradução para o português.

³² Voto do Ministro Menezes Direito: “Os princípios, segundo está no magistério de Dworkin, não seguem a ideia do “tudo ou nada”; ora se aplicam, ora não (*Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978. pág. 24). Mas isso não quer dizer que possam ser aplicados de forma discriminatória a situações que envolvam o mesmo conflito”.

³³ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso: “Já os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam “estados ideais”¹³. Uma das particularidades dos princípios é justamente o fato de eles não se aplicarem com base no ‘tudo ou nada’ [...] “O *insight* pioneiro neste tema encontra-se em Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977, p. 24 (onde se reproduz texto anterior, publicado como artigo, sob o título *The model of rules*, *University of Chicago Law Review* 35:14, 1967-1968).”

³⁴ Voto da Ministra Rosa Weber, talvez a maior entusiasta de Dworkin: “É que a integridade, na lição de Ronald Dworkin, ‘(...) exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.”

³⁵ Novamente a Ministra Rosa Weber: “Entendo que a decisão judicial deve se apoiar não nas melhores intenções pessoais do magistrado, mas na melhor interpretação possível do direito objetivo: a Constituição, as leis, a tradição jurídica, a prática institucional e os valores de uma sociedade. A interpretação judicial da lei, nesse sentido, “deve refletir não apenas suas convicções sobre justiça (...) – embora estas também tenham um papel a desempenhar –, mas também suas convicções sobre os ideais de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia.” – lição de Dworkin.”

[...] se de um lado reconhece o caráter (inexoravelmente) interpretativo do Direito, de outro, nega aos juízes a prática de um decisionismo arbitrário defendendo a existência de boas respostas (respostas corretas, se se quiser) no Direito para todos os casos que o interpelam. Com isso, apesar de Dworkin admitir a invasão da demanda política no âmbito do Direito, ele rejeita a ideia de que o juiz seja o principal ator desta cena, trabalhando e delimitando, hermeneuticamente (e essa hermenêutica é, demonstraremos, filosófica), as suas responsabilidades enquanto agente político e como intérprete. E isso tudo é feito, em Dworkin, com o reconhecimento da autonomia do Direito (o que não quer dizer que ele não se relacione com a Política e com a Moral, como se verá) e da Constituição enquanto topo normativo, tal como os (neo)constitucionalistas sustentamos. São aportes como esses que nos permitirão afirmar que o protagonista da dinâmica instaurada neste Estado Democrático de Direito é o Direito (e isso porque, repita-se, a Constituição assim possibilita e determina), e não o juiz individualmente considerado (peça importante – mas não a única e nem a principal – desta engrenagem) (MOTTA, 2012, p. 29).

Trata-se de uma verdadeira defesa da autonomia do Direito e da Constituição como pacto político fundamental.

Ao trabalhar e delimitar hermeneuticamente as responsabilidades dos juízes “enquanto agentes políticos e como intérpretes”, o autor alça o Direito à condição de protagonista, em detrimento do julgador, *individualmente considerado*, e de suas convicções pessoais daquilo que é justo ou correto. Ao sustentar que os tribunais são o fórum dos argumentos de princípio, Dworkin transmite a noção de que o Estado Democrático de Direito tem um compromisso com a defesa dos direitos fundamentais, com critérios de justiça social, equidade e, por assim dizer, com a própria Democracia (MOTTA, 2012, p. 29).

Logo, a proposta de uma teoria que vise dar legitimidade democrática à jurisdição constitucional parte do pressuposto de que existe uma necessidade urgente de se apontar critérios que proporcionem decisões íntegras sob o ponto de vista da Constituição. Estes critérios devem ser aptos a aferir o grau de valoração e cautela com que o Poder Judiciário ponderou “as exigências morais concorrentes” no caso concreto e não a “habilidade com que pretenderam evitá-las” (BEATTY, 2014, p. 46).

É nesse contexto que Dworkin apresenta a sua teoria do Direito, propondo-o como uma atividade interpretativa, o que não implica, necessariamente, em uma abertura interpretativa que dê margem à adoção de posturas relativistas no julgamento dos casos levados ao judiciário, uma vez que utiliza como pressupostos a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio, e do conceito de direito como integridade, tudo com vistas a encontrar *respostas corretas*.

Portanto, é disso que se trata: uma investigação sobre até que ponto é possível afirmar que existe um *déficit de legitimidade argumentativa* na jurisdição constitucional, mormente pela adoção de posturas ativistas do Supremo Tribunal Federal que, não raras vezes decide a

partir de fundamentos estranhos ao Direito e, eventualmente, tomando para si uma parcela da competência dos agentes eleitos pelo voto democrático.

Ademais, a teoria do Direito de Ronald Dworkin não só é compatível com o modelo democrático adotado no Brasil, como permite que, a partir dela, sejam feitas as reflexões que conduzem a presente pesquisa, voltadas a estudar os limites e, por conseguinte, a própria legitimidade da jurisdição constitucional, tudo a partir do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito brasileiro, inaugurado em 1988.

Isso porque Ronald Dworkin propõe uma *leitura moral* da Constituição: aos operadores jurídicos cabe interpretar e aplicar os princípios constitucionais (como o que assegura a presunção de inocência), sem esquecer que eles representam, sobretudo, princípios morais de justiça e equidade.

Nesse sentido, o artigo 5º, inciso LXII, da CF/88 – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, reconhece um princípio moral: o princípio de que o Estado não pode considerar alguém culpado, enquanto não houver uma sentença penal condenatória da qual não caiba mais recurso.

Logo, toda a vez que surge uma questão constitucional controversa, tal como a de saber se é possível decretar a execução provisória da pena com base em acórdão de tribunal de instância ordinária, as pessoas encarregadas de “formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato”. Em outras palavras, elas devem decidir se o verdadeiro fundamento do princípio moral de se preservar o estado de inocência, na forma como esse princípio foi incorporado ao direito nacional, também se aplica nos casos de condenação colegiada a pena privativa de liberdade prolatada por um tribunal de apelação (DWORKIN, 1996, p. 2).

A *leitura moral*, para Dworkin (1996, p. 7-8), reclama uma interpretação constitucional dos direitos e garantias fundamentais e sociais como referências a princípios morais abstratos e, portanto, incorporados “como limites aos poderes do Estado”. Nesse sentido, “o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*)”. Ademais, o Estado deve respeitar todas e quaisquer garantias individuais encartadas no texto constitucional que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais, o devido processo legal, o contraditório e a ampla de defesa e a presunção de inocência.

Ocorre que a democracia brasileira deve “conviver com a necessidade de que o Estado tenha igual interesse por seus cidadãos, sendo que este aspecto, por si só, já serve de ponte entre o Direito que se pratica no Brasil e os aportes substantivos da teoria de Dworkin”, motivo pelo qual Francisco Motta (2012, p. 37) reconhece pontos de contato entre as premissas teóricas do norte-americano (que tem por base a Constituição dos Estados Unidos) e a estrutura da Constituição Federal do Brasil, notadamente em razão do Título I (Dos Princípios Fundamentais) e do Título II (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos).

Portanto, se a Constituição Federal de 1988 fornece princípios abstratos oponíveis em face do Estado, os julgadores têm a responsabilidade política de “interpretar esses princípios de modo que, inserindo-se nessa história política, chegue a dignificá-la e melhorá-la”, sendo que, para tanto, devem ser “encorajados a levar em conta e assimilar os trabalhos de outras pessoas que refletiram e escreveram sobre esses difíceis assuntos” (DWORKIN, 1996, p. 304-305).

Outro fator de aproximação da teoria dworkiniana com Direito brasileiro diz respeito ao uso dos precedentes judiciais. Embora o nosso ordenamento não se encontre sustentado em um sistema de precedentes judiciais, como é o caso dos países da *common law*, o Brasil acabou adotando (a seu modo) o instituto, que se revela como um importante vetor interpretativo que, sendo bem empregado, permitirá agregar um maior grau de coerência e integridade nas decisões judiciais.

É que, veremos com maior detalhamento, uma aplicação integrativa e coerente do direito demanda do julgador que, antes de decidir, analise como os tribunais vêm aplicando o direito em determinada matéria, ou seja: exige que o juiz observe a historicidade dos tribunais que já se depararam com matérias semelhantes ao longo de sua trajetória institucional, para que decida coerentemente com o que já vem sendo decidido. A coerência, portanto, é condição de possibilidade da igualdade, uma vez que ela é uma garantia de que “os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes” Por seu turno, “a integridade significa rechaçar a tentação da arbitrariedade, que, no mais das vezes, é variante da discricionariedade” (STRECK, 2017b, p. 399).

Portanto, a partir de Dworkin, uma Constituição como a brasileira, de indiscutível viés principiológico, repleta de disposições marcadamente abertas, com alta carga de abstração, reclama uma atividade interpretativa que deve, necessariamente, considerar as concepções morais de cada indivíduo. Contudo, em razão da incerteza e das controvérsias próprias que cercam o conceito de moralidade política, cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre

a melhor interpretação do texto constitucional, por meio do controle de constitucionalidade, o que passa, necessariamente, por meio de uma leitura moral da constituição.

Por todas essas razões, entende-se que a teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin, pelas suas próprias características, é a opção que mais se adequa como marco teórico a presente pesquisa, orientada ao estudo do alcance, dos limites e da própria legitimidade da jurisdição constitucional no ambiente democrático brasileiro.

3.2 A NOVA AGENDA DO DEBATE POLÍTICO: A REJEIÇÃO À DISCRICIONARIEDADE E O PAPEL DOS PRINCÍPIOS

O juspositivismo foi a perspectiva teórica dominante no cenário jurídico ocidental, até primeira metade do século XX. Conforme explorado no capítulo anterior, o segundo pós-guerra marcou necessidade de serem resgatados e fortalecidos conceitos de dignidade da pessoa, direitos humanos e até de democracia, que passaram a ocupar lugar central no constitucionalismo.

O cerne das críticas de Dworkin dirigidas ao positivismo jurídico relaciona-se intimamente com essa necessidade de uma ruptura paradigmática. Tais críticas se revelaram como uma nova teoria do direito (e da decisão judicial), no bojo da qual se pretendeu afastar, dentre outras coisas, a questão da discricionariedade das decisões judiciais nos casos difíceis. Da mesma forma, essa nova teoria permitiu maior legitimidade às decisões judiciais, marcadamente em sede de jurisdição constitucional, o que foi possível a partir do reconhecimento do caráter normativo e, por consequência, vinculativo dos princípios.

Veremos, a partir deste ponto, que o binômio *casos fáceis (easy cases)* – *casos difíceis (hard cases)*, desenvolvido por H. L. A Hart em sua teoria positivista, guarda estreita relação com o ativismo judicial: enquanto nos *easy cases* o julgador está vinculado pelos precedentes e pela *letra da lei*, nos *hard cases* o juiz tem discricionariedade plena para atuar (decidir).

Mais do que isso, alerta Abboud (2019a, p. 5), parcela considerável das teorias do direito contemporâneas, ditas pós-positivistas (ou neoconstitucionalistas), buscam superar o *juiz boca da lei* a partir de posturas que adotam premissas como: *abertura principiológica ou semântica* da norma, necessidade de *concretização do texto constitucional*, dentre outras. É a partir dessa concepção do Direito que a discricionariedade, dessa vez com uma nova roupagem, contamina o intérprete, uma vez que adota a vontade do julgador como parâmetro decisório.

Logo, pode-se dizer que o combate ao ativismo é, ao final, um combate à própria discricionariedade, assim compreendida como um *recurso ilegítimo à vontade do intérprete*.

Diante desse cenário, prossegue o autor:

É preciso mudar a mentalidade jurídica dominante, baseada, em muito, na ideia de *bom ativismo* e em uma defesa irrefletida do caráter discricionário da administração da justiça. No seu lugar, há de se colocar, como premissa inquestionável, que nenhum julgador – pouco importando sua posição na hierarquia judicial – tem o direito de ignorar os textos legais. Sob o jugo de uma Constituição como a de 1988, todos os julgadores são colocados “*under the rule of law*” [...] Por essa razão, repensar os termos com os quais, no Brasil, costumam-se traçar teorias da decisão revela-se uma tarefa urgente, sem a qual não será possível reduzir o influxo odioso da subjetividade nos julgamentos e colocar nosso país nos trilhos democráticos de uma vez por todas. Sob a ótica ativista, a determinação do direito depende da “cabeça” e do “coração” de quem decide, como se o sentido dos textos não existisse por si só e pertencesse somente aos seus intérpretes (ABBOUD, 2019a, p. 5).

Logo, não é sem razão que os debates sobre o ativismo judicial acabam sendo debates sobre o modo como os juízes decidem. Isso, porque decidir orientado por suas preferências pessoais (discricionariamente) é, em última análise, desconsiderar o pacto democrático e fragilizar o próprio Estado Democrático de Direito, ainda que o magistrado esteja dotado de *boas intenções* e mesmo que ele objetive praticar um *bom ativismo*.

3.2.1 O *general attack* ao positivismo jurídico: o modelo de regras e o papel dos princípios em Dworkin

Se tivéssemos que apontar um marco inicial para o estudo da teoria da decisão de Dworkin, certamente ele estaria ligado às suas críticas aos fundamentos estruturantes do positivismo jurídico, a partir das quais seus pensamentos ganharam notoriedade, permitindo que uma nova agenda do debate jurídico fosse inaugurada. A riqueza dos debates jurídicos da segunda metade do século XX se deveu muito à obra do autor norte-americano, principal opositor das teorias H. L. A. Hart e, por assim dizer, de toda uma linhagem de autores de tradição positivista.

Logo, é inquestionável que dentre as principais contribuições de Dworkin para o direito contemporâneo, estão as suas severas críticas ao positivismo jurídico, em especial, ao modelo proposto por Hart, com quem protagonizou um dos mais célebres enfrentamentos jurídicos da contemporaneidade, universalmente conhecido como o *debate Hart-Dworkin*.

Embora Dworkin (1977, p. ix), tenha reconhecido expressamente que Hart foi o grande responsável pelo aperfeiçoamento da proposta teórica do positivismo jurídico e por desenvolver

aquela que seria a sua versão mais influente no Direito contemporâneo, o norte-americano envidou esforços na tentativa de demonstrar que o positivismo não era suficiente como teoria que pretendesse determinar o que era o Direito ou que fosse capaz de dar explicações que justificassem, sob o ponto de vista do Estado Democrático de Direito, a maneira como os juízes chegavam às suas decisões.

Desse modo, é em *O Modelo de Regras*³⁶, originalmente publicado em 1967, que Dworkin lança uma ofensiva bastante robusta contra o positivismo jurídico, promovendo um ataque geral aos seus fundamentos (*general attack on positivism*), concentrando suas críticas no modelo positivista proposto por Herbert Hart, em sua obra *O Conceito de Direito*.³⁷ Vejamos:

Eu quero lançar um ataque geral contra o positivismo e para tanto eu usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam de forma diferente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.

Ao dar início às suas críticas, Dworkin (1977, p. 17) descreve o positivismo jurídico a partir de três proposições centrais, a saber: (i) o Direito de uma comunidade é um conjunto de regras que determinam obrigações jurídicas, sendo que uma regra é identificada como válida de acordo com a sua origem (*pedigree*); (ii) se as regras jurídicas vigentes forem insuficientes para serem aplicadas diante de determinado caso, significa dizer que o Direito é incapaz de apresentar uma resposta para a lide, cabendo, então, ao julgador, “exercendo o seu discernimento pessoal” criar uma nova regra jurídica para o caso concreto (legislando intersticialmente, a partir de critérios extrajurídicos); e (iii) só se pode afirmar que alguém tem uma obrigação jurídica quando existe uma regra jurídica válida que o obriga a fazer ou deixar de fazer algo.

³⁶ Trata-se de um manuscrito originalmente publicado em 1967, na *The University of Chicago Law Review*, v. 35, nº 1, p. 14-46. Mais tarde, em 1977, com o título “*O Modelo de Regras F*”, foi incluído na célebre coletânea de ensaios *Levando os Direitos a Sério* (1977, p. 14-45).

³⁷ Em 1961, com a publicação de sua obra *O Conceito de Direito*, Herbert Hart deu início a profundas reflexões que mudariam de maneira definitiva a teoria do direito, a partir de considerações voltadas ao estudo da decisão judicial, trazendo ao mundo a sua versão do positivismo jurídico. É uma das obras mais importantes da teoria do direito.

De acordo com a *tese do pedigree*, o fundamento de validade do ordenamento jurídico seria tão somente uma questão de fato. Isso porque o critério de validade de uma regra se sustentaria não no seu conteúdo, mas na sua relação com as demais regras, notadamente no modo como elas nasceram para o ordenamento. O direito em uma comunidade pode ser determinado a partir de um teste, com critérios próprios que têm a propriedade de distinguir o direito de outras regras sociais: o teste do *pedigree* (DWORKIN, 1977, p. 17).

Francisco Motta (2012, p. 71) nos mostra que Hart sustentou um sistema jurídico que estaria erigido sob dois tipos de regras: as regras “que impõem deveres, dizendo respeito a ações que envolvem movimentos ou mudanças físicos” – denominadas de regras primárias –; e as regras “que atribuem poderes, públicos ou privados, permitindo a criação ou alteração de deveres ou obrigações” – denominadas de regras secundárias. Dentre o segundo grupo, destaca-se a chamada *regra de reconhecimento*.

É dessa forma que o Direito se resumiria a uma questão de fato: a regra de reconhecimento, também chamada de *regra secundária fundamental*, que opera como estrutura unificadora e garantidora do ordenamento, não é ela própria submetida ao teste de validade, ou seja: a regra de reconhecimento não se submete ao teste de *pedigree*, encontrando validade e autoridade na sua aceitação como um *fato social* (DWORKIN, 1977, p. 20-21).

Logo, o direito em uma determinada comunidade é fundado em um conjunto de padrões que encontram validade unicamente em razão de terem sua origem na autoridade que a comunidade *reconhece* e dá à regra secundária fundamental. Dito de outro modo, se regra jurídica atende formalmente aos critérios da regra de reconhecimento, ou seja, se ela se submete à sua autoridade, independentemente de seu conteúdo ou de seu mérito, significa dizer que ela preenche os requisitos de validade que lhe conferem o um certificado de *pedigree* (DWORKIN, 1977, p. 17 e ss.).

Por sua vez, a *tese da obrigação* vem da premissa de que uma pessoa só tem uma obrigação jurídica se determinada situação é regulada por uma regra juridicamente válida, de acordo com os critérios específicos do teste de *pedigree*. Se tal regra não existe, também não se fala em obrigação jurídica (DWORKIN, 1977, p. 17).

Dito de outra forma, sob o ponto de vista do positivismo hartiano, o Direito seria composto por um sistema de regras jurídicas. A ausência de uma regra jurídica regulando determinado fato implicaria na ausência do próprio Direito a incidir sobre o caso e, portanto, na ausência de uma obrigação legal para as partes envolvidas.

Ocorre que, diante de uma lacuna proporcionada pela falta de uma norma jurídica que seja aplicável ou diante de normas que sejam demasiado vagas para serem aplicadas (*hard cases*), cabe ao juiz, por meio de sua autoridade, determinar o direito para o caso concreto, o que poderá ser feito com total liberdade e a partir de critérios personalíssimos, dando ensejo à *tese da discricionariedade*.

Para o positivismo jurídico de Hart, tais lacunas, que seriam as *portas de entrada* para a discricionariedade, existem em razão do que chama de áreas *penumbra* no direito. Zonas onde a lei, de forma abstrata, não conseguiu alcançar em face das diversas hipóteses do mundo prático, ou seja: o Direito é, por natureza, incompleto. Dito em outras palavras, Hart reconhece na linguagem a chamada *textura aberta*, o que teria como resultado a existência de enunciados vagos ou ambíguos que, em face da sua indeterminação, transferem a autoridade para determinar o direito à discricionariedade do juiz (HART, 1994, p. 124 e ss.).

Como nos mostra Rafael Tomaz de Oliveira (2008, p. 174), Hart assenta como premissa de sua teoria do direito o fato de que toda expressão linguística, jurídica ou não, possui tanto um *núcleo duro*, como uma *zona de penumbra*. “O núcleo duro de significado da interpretação está conformado pelos casos de fácil interpretação, é dizer, aqueles nos quais quase todos os intérpretes estariam de acordo sobre a expressão que se aplica ao caso em questão, seja ele um objeto ou um fato social.” Quando se transporta essa definição para o bojo de uma decisão judicial, significa dizer que o julgador sempre terá à sua frente uma decisão acerca de qual sentido deverá prevalecer.

Não é diferente o entendimento de Francisco Motta (2012, p. 72-73), para quem Hart sustenta que toda a regra jurídica possui contornos imprecisos o que significa dizer que há “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.”

Dessa forma, em razão da existência de regras vagas ou ambíguas (textura aberta da linguagem – e do Direito), casos em que o Direito não oferece uma resposta, o juiz possui autoridade para legislar temporariamente e, assim, criar o direito, aplicando-o retroativamente ao caso. “Essa resposta do positivismo jurídico de Hart para a decisão judicial, especialmente em relação aos chamados casos difíceis, é questionada por Dworkin” (CHUEIRI, 2012, p. 187).

Tanto é assim, que a discricionariedade, afirma Hart (1994, p. 259), é inerente à atividade jurisdicional, pois se o Direito não regula determinada circunstância ou fato, significa

dizer que nenhuma das partes envolvidas têm uma obrigação e, portanto, cabe ao magistrado, por meio de um juízo discricionário, decidir o caso concreto. Se o caso não pode ser resolvido pela aplicação do Direito, cabe ao magistrado legislar intersticialmente, ou seja, cabe ao julgador criar o Direito.

Francisco Motta assim explica a relação entre a textura aberta e a discricionariedade:

O positivismo de Hart desabridamente contempla a discricionariedade judicial no sentido forte, na medida em todos os padrões de comportamento estruturados em regras seriam compostos pela tal textura aberta (aspecto este atribuído aos limites da linguagem), a ser preenchida, ao fim e ao cabo, por não mais do que uma escolha (ainda que esta possa não ser arbitrária ou irracional). Dito em outras palavras, como o juiz possui a autoridade, conferida por uma norma de reconhecimento proveniente da comunidade, para decidir, ele pode legitimamente (esse é o ponto) dar a decisão que ele achar a melhor (MOTTA, 2012, p. 73).

Portanto, reforça Dworkin (1977, p. 17 e ss.), a discricionariedade judicial em que se apoia o positivismo se faria presente em face da ausência de uma regra jurídica aplicável ao caso concreto. Em outras palavras, não existindo uma regra jurídica que satisfaça os critérios do teste do *pedigree*, caberia aos julgadores, por meio de um juízo discricionário, ou seja, “exercendo o seu discernimento pessoal”, criar uma regra jurídica para o caso concreto a partir da utilização de padrões estranhos ao Direito.

A questão da discricionariedade é cara para o norte-americano. Em *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin a descreve a partir de duas perspectivas: a discricionariedade *em sentido fraco* e a discricionariedade *em sentido forte*.

A primeira acepção do termo (sentido fraco) pode ser observada nos casos onde alguém é encarregado de decidir com base em limites ou padrões estipulados por uma outra autoridade. Isso ocorre quando “os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”. Da mesma forma, o sentido fraco da discricionariedade pode ser observado nos casos dos funcionários públicos que, numa estrutura hierarquizada, tem sua parcela de competência ou poder para “tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancela por nenhum outro funcionário” (DWORKIN, 1977, p. 31-32).

Por seu turno, a discricionariedade no sentido forte é aquela em que o encarregado de tomar uma decisão não se encontra limitado por padrões de uma autoridade ou por qualquer outro tipo de *amarra*. Esse tipo de discricionariedade possui forte identificação com o positivismo jurídico, pois é dela que se vale o julgador diante dos casos difíceis, ou seja: “quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido

de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei” (DWORKIN, 1977, p. 34).

É no sentido forte da discricionariedade que Dworkin formula suas críticas ao positivismo de Hart. Isso, porque o positivismo hartiano recorre deliberadamente à discricionariedade no *sentido forte*, “na medida em que todos os padrões de comportamento estruturados em regras seriam compostos pela tal textura aberta”, tendo o juiz autoridade outorgada por uma “norma de reconhecimento proveniente da comunidade, para decidir, ele pode legitimamente (esse é o ponto) dar a decisão que ele achar a melhor” (MOTTA, 2012, p. 73).

Para ilustrar a sua tese, Hart (1994, p. 123) se vale do seguinte exemplo: Se determinada regra diz: “é proibida a circulação de veículos no parque”, ainda que houvesse interpretações distintas, todos concordariam que automóveis e caminhões estariam proibidos de circular no parque. No entanto, nem todos teriam o mesmo grau de concordância quando a questão fosse sobre a proibição ou não da circulação de bicicletas. Para o jusfilósofo inglês, o exemplo dado colocaria o intérprete diante de um *caso difícil*, o que, para ele, daria um caráter de incompletude ou insuficiência ao Direito, fazendo com que a decisão seja confiada à discricionariedade do julgador, que poderia decidir a partir de critérios e convicções pessoais, ou seja, a partir de elementos estranhos ao Direito.³⁸

Dessa forma, segundo Dworkin (1977, p. 17), este seria apenas o *esqueleto do positivismo*, ou seja, estas seriam as bases comuns às diversas variações da teoria positivista. Então, após descrever aquelas que seriam as principais características do positivismo jurídico, Dworkin (1977, p. 22) passa a sustentar que “o positivismo é um modelo *de e para* um sistema de regras” e que o fato de estar sustentado tão somente num critério formal de submissão à autoridade da regra de reconhecimento para conferir validade ao ordenamento, levaria a ignorar todos os demais *standards* diferentes das regras, tais como princípios e políticas.”

Como adverte Motta (2012, p. 73), é nesse momento que Dworkin demonstra de forma mais incisiva a sua discordância em relação às propostas de Hart. A partir de uma análise descritiva do fenômeno judicial, Dworkin (1977, p. 111)³⁹ demonstra que o positivismo

³⁸ Como veremos ao longo da presente pesquisa, Dworkin crítica duramente o poder discricionário que Hart atribui aos juízes para resolver os casos difíceis, a partir do qual eles estariam autorizados a criar direito novo em vez de aplicar o direito estabelecido e preexistente. Da mesma forma, ele crítica a concepção positivista de que o Direito é parcialmente indeterminado e incompleto.

³⁹ Mais tarde, em *O Império do Direito*, obra que enfatiza ainda mais as deficiências interpretativas e fenomenológicas do positivismo, Ronald Dworkin (1986, p. viii), assenta novamente essa percepção: “Em

privilegia a discricionariade em detrimento de outros padrões pelos quais o Direito se manifesta e por meio dos quais as decisões dos tribunais são conduzidas, tais como a historicidade das decisões anteriores das cortes.

Tanto é dessa forma, que ao afirmar que os princípios fazem parte do contexto moral e político que orientam uma determinada comunidade, diferentemente das regras positivistas, que seriam padrões de condutas reconhecidos por terem sido expedidos por decisões das autoridades instituídas tomadas no passado, Dworkin não está, de forma alguma, desconsiderando a relevância das decisões institucionais tomadas pelas autoridades.

No entanto, a partir de sua teoria, como veremos adiante, “a justificação da fundamentação das decisões só terá lugar caso respeite a integridade, entendida como um compromisso das autoridades públicas – inclusive os juízes – de tratar os particulares de maneira consistentes com princípios de moralidade política plasmados em instituições da comunidade, como o são a Constituição, as leis e os precedentes” (OLIVEIRA, 2008, p. 178-179).

Com efeito, o combate à discricionariade consome boa parte do esforço teórico de Dworkin, que rejeita perspectivas criadoras do Direito por parte dos juízes. Segundo o autor mesmo naqueles casos em que não há regras claras aplicáveis ao caso, “uma das partes interessadas pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 1977, p. 81).

A questão toda cinge-se, portanto, ao fato de que é necessário superar as posturas voluntaristas dos julgadores que caracterizam o ativismo judicial, porquanto corroem o Direito e o próprio Estado Democrático, que não se compatibilizam com a ideia de que o juiz possa decidir casos difíceis a partir de sua moralidade individual ou de suas convicções pessoais.

E isso, registre-se, porque não há relação necessária entre jurisdição constitucional e discricionariade judicial. Ao contrário disso, a admissão de voluntarismos é típica do modelo positivista “que o constitucionalismo contemporâneo do Estado Democrático de Direito procura superar, exatamente pela diferença *genética* entre regras e princípios” (STRECK, 2017b, p. 255).

Taking Rights Seriously, apresentei argumentos contra o positivismo jurídico que enfatizavam a fenomenologia da decisão judicial: afirmei que, caracteristicamente, os juízes sentem uma obrigação de atribuir a decisões passadas aquilo que chamo de *força gravitacional*, e que essa obrigação contradiz a doutrina positivista do poder discricionário do juiz.”

3.2.2 O papel dos princípios no Direito: Abertura ou fechamento do sistema?

Conforme já assentado, Ronald Dworkin busca demonstrar que o modelo positivista de regras responsável por definir o que é Direito não basta para dar respostas e ao mesmo tempo justificar as práticas dos tribunais.

Como consequência dessa insuficiência, verificou-se uma ruptura paradigmática, notadamente a partir do segundo pós-guerra, ocasião em que a compreensão e o conceito do termo *princípio* foram substancialmente alterados. Segundo registra Lenio Streck (2017b, p. 578), a própria função dos princípios passou a ser outra: diferentemente do que pregava o positivismo, de que os princípios funcionariam como *cláusulas de abertura*, eles operam como *cláusulas de fechamento hermenêutico do sistema*, isto é, não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito”.

Explorando com maior profundidade a função hermenêutica dos princípios, na perspectiva contemporânea, Streck (2017b, p. 598) explica que eles exercem o papel de concretizar o direito, preenchendo a *porosidade* das regras: os princípios são condição de possibilidade para a aplicação das regras e, por consequência, para que o julgador encontre boas respostas. Aliás, a tese da resposta correta proposta pelo jusfilósofo norte-americano se constitui numa teoria da decisão justamente em razão da ruptura paradigmática com o modelo de regras positivista. “De todo modo, os princípios não resolvem – em termos lógico-objetivos – o caso, mas constituem a legitimidade da solução, fazendo com que a decisão seja incorporada ao todo da história institucional do direito.”

Como forma de ilustrar a *porosidade* das regras e o caráter de *fechamento* dos princípios, Streck (2017b, p. 610) procura demonstrar que as regras só têm aplicabilidade no caso concreto a partir da legitimação que lhe conferem os princípios, pois estes, possuem a capacidade de fazer a aproximação entre a regra e o *caso concreto*:

Para tanto, pensemos no caso *Riggs vs. Palmer*, relatado por Dworkin em seu *Levando os direitos a sério*. Nesse caso, estava-se diante de uma disposição testamentária a favor do neto que, no entanto, assassinou o avô-testador. A legislação nada previa acerca da indignidade do testamentário, ou seja, devido às circunstâncias históricas próprias da tradição norte-americana, não havia previsão acerca das hipóteses de o beneficiário matar o próprio instituidor, assim como outras hipóteses anulatórias do testamento. Essa questão foi levada a um tribunal de Nova York, que decidiu, por maioria, que, embora não houvesse a previsão da hipótese de anulação da cláusula testamentária, a regra que determina que os testamentos devem ser cumpridos não poderia ser aplicada. Ou seja, interpretada a regra partir da suficiência ôntica, o assassino teria direito à herança. Aliás, parte do Tribunal posicionou-se favorável a essa leitura. Entretanto, ficou decidido, a partir do princípio de que ninguém pode

lucrar com sua própria fraude, ou beneficiar-se de atos ilícitos, que o assassino não receberia a herança (STRECK, 2017b, p. 610).⁴⁰

Diante dos chamados *casos difíceis*, ou seja, na ocorrência daqueles casos em que não há uma regra clara a regular determinada conduta, comportamento ou fato, o positivismo defendido por Hart entende que deve entrar em cena a discricionariedade judicial, ocasião em que o julgador literalmente cria o Direito para o caso concreto, a partir de elementos extrajurídicos e, ao exercer o seu discernimento pessoal, cria a norma até então inexistente, ocasião em que atua como *legislador intersticial* (HART, 1994, p. 259)⁴¹.

Ocorre que, como já alertado, Ronald Dworkin (1986, p. viii) sustenta que mesmo para os casos difíceis, onde não há regras aplicáveis, existem outros padrões, outros *standards* normativos, tais como as decisões anteriores dos tribunais, que exercem uma “força gravitacional sobre as decisões posteriores”, impondo uma exigência de respeito à história interpretativa dos tribunais, impondo um dever de coerência com o que já foi decidido pelas cortes em casos semelhantes.

E é exatamente disso que se trata: além de regras, o Direito é um sistema que também contempla padrões que operam como princípios (*general principles of law*), os quais vinculam o intérprete, diferentemente do modelo de regras da proposta defendida pelo positivismo jurídico de Hart. A vinculação do intérprete, dirá Dworkin (1977, p. 22), ocorre porque o princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Nesse sentido, Francisco Motta (2012, p. 76) assevera que a teoria do Direito de Dworkin entende que os *direitos preferenciais* do cidadão⁴² são anteriores à própria existência do Estado e, claro, preexistentes em relação ao caso difícil, compelindo o julgador a

⁴⁰ “O exemplo retirado do caso *Riggs vs. Palmer* parece simples se descolado do ano em que foi discutido (1889) e da tradição americana acerca das disposições sucessórias, diferentes da tradição brasileira, por exemplo. No caso estadunidense – e isso pode ser notado no clássico de Alexis de Tocqueville, *A democracia na América* –, havia – e ainda há – uma forte tradição no sentido de prevalecer o efeito de fragmentação patrimonial nas leis sucessórias. Ou seja, a tradição americana apontava para a não conservação familiar do patrimônio. Daí a não previsão de disposições que anulassem os efeitos do testamento (mormente levando em conta uma exceção desse jaez).” (STRECK, 2017b, p. 610-611).

⁴¹ No mesmo sentido: DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p.17 e 259.

⁴² Segundo Dworkin (1977, p. xi), *direitos preferenciais* “são aqueles que, considerados abstratamente, prevalecem contra as decisões tomadas pela comunidade ou sociedade como um todo”, ou seja, “a ideia de direitos preferenciais parte do pressuposto que tais direitos têm anterioridade e preferência com relação aos direitos institucionalmente estabelecidos”. Dito de outra forma, trata-se de direitos inerentes à própria condição humana e, justamente por esta razão, anteriores à própria existência do Estado.

desenvolver sua atividade interpretativa de forma a preservar o direito (também preexistente) das partes que compõem a lide. “Daí, portanto, a relevância de se reconhecer o caráter normativo das citadas imposições de perfil moral (justiça, equidade) veiculadas pelos princípios, que deverão exercer uma certa *força gravitacional* sobre a argumentação judicial.”

De maneira bem diferente opera teoria positivista que, ante a falta de uma regra jurídica ou em face da sua vagueza ou ambiguidade, entende que não há direito institucional algum, pois o julgador tem a liberdade discricionária para decidir a demanda da maneira que bem entender, a partir de critérios pessoais e, portanto, estranhos ao universo jurídico, criando o Direito para o caso concreto. Ou seja: qualquer decisão que ele venha a tomar será dotada de autoridade normativa (DWORKIN, 1977, p. 129).

E isso se dá dessa forma por um motivo bastante simples: o positivismo rejeita a ideia de que possam existir direitos preexistentes ao Estado (ou à legislação), isto é: o positivismo rejeita a ideia de que “indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade” (DWORKIN, 1977, p. xi).

Assim sendo, as críticas feitas ao positivismo não deixam de ser críticas à própria discricionariedade. Ao se utilizar da categoria normativa dos princípios, Dworkin cria condições para que os juízes exerçam sua atividade interpretativa na busca de respostas corretas. Mais do que isso, Streck (2017a, p. 119) explica que, ao combinar princípios jurídicos com objetivos políticos, o autor abre um horizonte inteiro de possibilidades para a elaboração de respostas coerentes com o direito posto, erguendo uma barreira contra a discricionariedade, ao passo que assegura legitimidade às decisões.

A despeito de teses que pregam uma *abertura semântica dos princípios*, como frequentemente ocorre em países com constituições dotadas de alta carga principiológica, como é o caso do Brasil, é sempre bom salientar que quem *abre a interpretação* é a regra. É que a regra possui uma pretensão universalizante, ou seja, ela é feita para ser aplicada a todos os casos, quando, na verdade, não é capaz de se aplicar a nenhum “sem a cobertura densificatória fornecida pelo mundo prático da singularidade principiológica” (STRECK, 2017a, p. 124).

A regra jurídica (preceito) não trata de uma situação concreta, uma vez que diz respeito às inúmeras possibilidades. A regra “matar alguém” não diz respeito a um homicídio, mas, sim, de como devem ser tratados os casos em que alguém tira a vida de outrem. É nesse sentido que o princípio individualiza a *applicatio*. Princípio é, assim – insisto –, a realização da *applicatio*. O direito não cabe na regra, assim como as inúmeras hipóteses de aplicação do art. 97 da CF não cabem a súmula vinculante nº 10 do STF; tampouco os casos de uso abusivo de algemas cabem na súmula

vinculante nº 11. Do mesmo modo, as inúmeras hipóteses de legítima defesa não cabem no enunciado jurisprudencial “legítima defesa não se mede milimetricamente”. Somente a reconstrução da situação concreta de um determinado caso dará significatividade (*Bedeutsamkeit*) ao precedente ou à regra. Em síntese, é esse o papel dos princípios (STRECK, 2017a, p. 124).

Dessa forma, os princípios, assim compreendidos, viabilizam a concretização da regra. “Mesmo quando se estiver diante de um *easy case*, o enunciado da regra não possui um sentido ‘em si’, este somente faz sentido num horizonte temporal resgatado pela principiologia jurídica.” O Estado Democrático de Direito – e por assim dizer, o próprio constitucionalismo – clama pela superação definitiva do positivismo jurídico, porquanto não é compatível com uma de seus elementos centrais: a discricionariedade (STRECK, 2017a, p. 114 e ss.).

Por mais paradoxal que possa parecer, explica Streck (2017b, p. 255), os princípios têm por objetivo impedir *múltiplas respostas*. Diferentemente do que sustentam teóricos da argumentação, os princípios *fecham* a interpretação e não a *abrem*.⁴³ Nesse ponto, vale o registro de que até juspositivistas do porte de Luigi Ferrajoli rejeitam a tese da *abertura semântica dos princípios*. Segundo o italiano, mesmo que “sejam vagos e estejam formulados em termos valorativos, os princípios constitucionais servem em todo o caso para aumentar a certeza do direito”, pois impõem limites às possíveis opções interpretativas, vinculando os julgadores e exigindo que eles associem “às leis unicamente os significados normativos compatíveis com aqueles” (FERRAJOLI, 2006, p. 67).

A partir dessa perspectiva, Streck (2017b, p. 255) acredita que é equivocada a aclamada tese do alemão Robert Alexy de que os princípios são mandados de otimização e de que as regras traduzem especificidades (em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do “tudo ou nada”)⁴⁴. Isso porque tal concepção passa a ideia de os princípios seriam “*cláusulas abertas*, espaço reservado à *livre atuação da subjetividade do juiz*, na linha, aliás, da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas gerais do novo Código Civil, que, nesta parte, seria o *Código do juiz*”.

Ocorre que, ao defender a existência de uma resposta correta, o jusfilósofo norte-americano busca uma maneira de vincular o julgador que, por meio da atividade interpretativa, deverá buscar no próprio Direito as respostas para a solução da lide que precisa decidir,

⁴³ A defesa da *abertura semântica dos princípios* ou da *abertura da interpretação* (que seria proporcionada pelos princípios), é recorrente entre as teorias da argumentação. Segundo essas *teses* sustentam, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete (STRECK, 2017b, p. 255).

⁴⁴ Para um maior aprofundamento a respeito da proposta teórica de Robert Alexy em relação aos princípios como mandados de otimização, recomenda-se a leitura de sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

levando-se em conta, necessariamente, princípios de justiça e equidade. Ademais, a discricionariedade é própria de um modelo de regras que – preso a uma simples imagem do direito – não consegue perceber o caráter de *fechamento* – antidiscricionário, portanto – dos princípios” (OLIVEIRA, 2008, p. 190-191).

É que a atividade interpretativa de que se reveste o direito como integridade, está inserida no contexto da tradição histórico-institucional, impondo uma exigência ao juiz: que ele envide esforços no sentido de dar uma continuidade à história que vem sendo escrita por seus antecessores, na busca de uma interpretação que viabilize uma resposta fundamentada nos princípios que identificam sua comunidade.

Portanto, parece ficar evidente que a proposta teórica de Dworkin – assim como das ditas posturas pós-positivistas em geral – busca enfrentar o problema da indeterminação do direito sob uma perspectiva distinta da que se ocupou o positivismo: a interpretação e os limites percebidos pelos juízes no momento da decisão que envolve uma complexa relação entre os meios institucionais – Constituição, leis, precedentes – o caso concreto e o contexto de moralidade política de uma comunidade, nos termos idealizados pelo jusfilósofo norte-americano (OLIVEIRA, 2008, p. 108).

3.3 A DEMOCRACIA EM RONALD DWORKIN: O *JUDICIAL REVIEW* COMO ELEMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DEMOCRÁTICA

Como já assentado, o constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX em boa parte do mundo ocidental, suplantando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele disputaram espaço. Isso só foi possível em razão de elementos distintos cujas trajetórias encontraram um ponto de interseção, resultando no modelo contemporâneo.

De uma forma geral, o termo *democracia* não encerra um sentido universal. Ele carrega consigo conceitos de “soberania popular, governo do povo, vontade da maioria.” De outro lado, Constitucionalismo, encerra a ideia de limitação do poder estatal e respeito aos direitos fundamentais, abrigados, como regra geral, em uma Constituição escrita. Em sua concepção tradicional, a soberania popular é alcançada pela eleição de agentes públicos eleitos pelo voto direto: “o Presidente da República e os membros do Poder Legislativo”. Por sua vez, ao órgão de cúpula do Poder Judiciário – que no Brasil é representado pelo Supremo Tribunal Federal, é confiada a “proteção da Constituição, ou seja, do próprio Estado de direito e dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2015b, p. 475).

Por essas razões, não seria demais sustentar que em comunidades com marcada tradição democrática há uma maior estabilidade política, maiores liberdades, maior concretização de direitos fundamentais e, por conseguinte, maior justiça social.

Ocorre que, apesar do aparente sucesso, vivemos um momento histórico de profunda crise democrática e de uma intensa polarização política e ideológica. Diante desse cenário, pode-se dizer que o *status* de protagonismo institucional alcançado pelo Poder Judiciário é tanto uma das causas (ativismo), como é consequência (judicialização) da atual crise democrática pela qual o Brasil tem passado.

Ocupando um dos lugares centrais na sua teoria política de Dworkin e estreitamente relacionada à sua teoria interpretativa, a democracia representa um ponto de comunhão em seu pensamento, que traz em si questões jurídicas, morais e políticas. Dessa forma, o autor desenvolve ao longo de sua obra os seus principais pensamentos acerca do que vem a ser uma democracia e dos mecanismos que ela dispõe para o controle judicial dos atos dos poderes representativos da política majoritária.

Como já dito, o vocábulo *democracia* não encontra unicidade em seu sentido. Em especial porque se trata de um conceito interpretativo, havendo muita discordância entre as pessoas sobre o seu *real* significado. Seu sentido mais comum é de que se trata de um governo exercido pelo povo. De qualquer forma, considerando-a como uma manifestação política de(o) poder, é possível encontrar modelos distintos de democracia, a depender da comunidade política que se pretenda analisar, não havendo uma única maneira de defini-la, o que a torna um fenômeno complexo e multifacetado (DWORKIN, 1996, p.15).

Sobre a falta de consenso sobre o conceito e o real significado de democracia, Dworkin acrescenta:

O conceito de democracia é um conceito interpretativo e muito contestado. O que poderá significar *O povo* a governar-se a si próprio, quando tão poucos têm algum poder sobre o que serão as leis? O estilo de eleição dos representantes parlamentares baseado na vitória da maioria em cada distrito eleitoral, comum nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, é muito diferente do sistema de representação proporcional comum noutros países. Dada a mesma distribuição de interesses, convicções e preferências, podem surgir leis muito diferentes em função de qual destes dois sistemas está em vigor. Será um sistema mais democrático que o outro? Será a prática do escrutínio judicial - que permite que os juízes, nomeados a título vitalício, declarem a inconstitucionalidade de atos legislativos e executivos - ilegítima por não ser democrática? Ou será essa prática um corretivo necessário e desejável para a democracia? Ou - uma terceira possibilidade - será essa prática essencial para criar uma democracia genuína? Todas estas posições são defendidas por muita gente e não podemos escolher uma delas sem escolher uma concepção da democracia e defender a nossa escolha (DWORKIN, 2011, p. 379-380).

Contudo, ainda que se considere a democracia como o *poder do povo*, não se pode perder de vista que ela pressupõe uma *igualdade política* entre os membros da comunidade, de tal forma que todos os grupos que a ela pertençam tenham a mesma participação nas decisões políticas coletivas, ou seja, uma “igualdade genuína” entre os indivíduos, o que é muito difícil de se alcançar. “Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irremediáveis.” Logo, diante do dever de o Estado tratar a todos os indivíduos com equidade, indistintamente, o controle de constitucionalidade se mostra como elemento de restauração de do poder político dos indivíduos que foram alijados das decisões coletivas, permitindo que eles possam exercer seus direitos, “a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade impô-los” (DWORKIN, 1985, p. 27). Nesse sentido:

Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder. Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los (DWORKIN, 1985, p. 27).

Acontece que para Dworkin (2002, p. 357), a democracia pode ser compreendida a partir de suas perspectivas: numa concepção mais tradicional, chamada de *majoritária* e numa concepção proposta e defendida por ele, denominada de *coparticipativa*, *comunitária* ou em *parceria*.

A concepção majoritária da democracia é a mais simpática, a mais aceita e a que recebe com mais frequência o apoio dentre cientistas e filósofos políticos (Dworkin, 2002, p. 362). De acordo essa concepção, a democracia encerra a ideia de governo exercido pela maioria da população de determinada comunidade política, o que é feito por meio da política representativa (voto popular). A democracia majoritária, portanto, traz consigo a “compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria”. Ocorre que nesse modelo as decisões das maiorias podem alijar as minorias do processo político de forma sistemática, não havendo qualquer garantia de as decisões majoritárias serão tomadas com justiça (DWORKIN, 2006, p. 131).⁴⁵

⁴⁵ Nesse mesmo sentido, o próprio Dworkin traça mais algumas linhas sobre a Democracia em sua obra *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 356 e ss. Sobre o tema, ver também: MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 82 e ss.

Nessa visão majoritária, o ideal democrático repousa na compatibilidade entre a decisão política e a vontade da maioria, ou pluralidade de opinião. Podemos elaborar diversas versões dessa teoria geral da democracia. Uma delas é a versão populista: o Estado é democrático, segundo esta versão, até o ponto em que o governo aprova as leis ou procura exercer a política que tenha, na época, a aprovação do maior número de cidadãos. Uma versão mais sofisticada da concepção majoritária, porém, afirma com veemência que a opinião da maioria não conta como sua vontade, a não ser que os cidadãos tenham tido uma oportunidade adequada de se informar e deliberar sobre os assuntos. O Estado é democrático, nessa teoria mais elaborada, quando suas instituições (DWORKIN, 2002, p 357).

Em contraposição à sua versão majoritária, Dworkin (2002, p. 357) propõe uma segunda concepção de democracia, que pode ser chamada de coparticipativa, comunitária ou em parceria. Trata-se de um empreendimento coletivo, onde todo o povo exerce o governo, “agindo em conjunto e como parceiros plenos e ideais”. Os cidadãos devem ter um papel na comunidade política, como sócios em um empreendimento coletivo, “tanto na formação quanto na constituição da opinião pública” (DWORKIN, 2002, p. 357).

Francisco Motta (2018, p. 83) explica que o modelo de democracia coparticipativa proposto pelo norte-americano “implica que o povo governe a si próprio considerando-se, cada um de seus integrantes, como um parceiro integral (*full partner*) num empreendimento político coletivo”. Dito em outras palavras, significa que os membros da comunidade são parceiros de um mesmo empreendimento político, compartilhando princípios, valores e tratando-se como iguais.

Não por outro motivo, na concepção coparticipativa, Dworkin entende que uma decisão majoritária só pode ser considerada democrática se determinadas condições (chamadas e *condições democráticas*) forem observadas: decisões que reconheçam e protejam no mesmo grau cada um dos cidadãos como parceiros desse empreendimento. Portanto, sob essa perspectiva, caso uma comunidade constantemente exclua do processo decisório algum grupo minoritário ou específico, ela não é democrática, ainda que elejam seus representantes pelo processo majoritário (DWORKIN, 2006, p. 131).

Sem embargo, a proposta defendida pelo americano é mais sofisticada do que parece: para ele, um Estado Democrático somente encontra legitimidade e *justificativa moral e política* se assegurar de forma concreta um tratamento com o mesmo grau de consideração e respeito a cada um dos integrantes da comunidade, uma vez que todos, em igual medida, são parceiros do empreendimento social e político de que fazem parte (MOTTA, 2018, p. 84).⁴⁶

⁴⁶ Sobre esse aspecto da Democracia coparticipativa, Francisco Motta (2018, p. 84) acrescenta que “não há como exceder a importância que Dworkin atribui à igualdade, ao dever do Estado (*government*) de devotar igual

Por tais razões, o argumento de que um sistema majoritário seria suficientemente democrático acaba esbarrando na exigência de o Estado promover igualdade e justiça social, mormente diante da necessidade de se assegurar a proteção de direitos e garantias individuais. Nessa perspectiva, falar em maioria significa admitir que também há uma minoria e, portanto, importa no reconhecimento de que o Estado não trata a todos com o mesmo respeito e consideração.

Ademais, a razão de ser de uma democracia não é necessariamente que as decisões políticas sejam tomadas por uma maioria. Ao contrário disso, o objetivo principal deve ser o de assegurar que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”. Isso, no entanto, não impede que sejam eleitos agentes políticos para uma representação majoritária e que suas decisões sejam, ao final, decididas por um critério igualmente majoritário. No entanto, o que legitimará as decisões dos representantes eleitos é o compromisso com a igualdade e o tratamento condigno e com o mesmo grau de respeito a todos os cidadãos (DWORKIN, 1996, p. 17).

Portanto, conforme assevera Francisco Motta (2018, p. 85-86), não há nada de antidemocrático em controle externo realizado pelo Poder Judiciário com vistas a proteger direitos e garantias fundamentais e reestabelecer um tratamento substancialmente igual a todos os membros da comunidade. Bem pelo contrário. Trata-se de um mecanismo de autodefesa da própria democracia. Visto dessa maneira, não se fala aqui em oposição entre democracia e direitos fundamentais (ou entre política e direito), em especial porque direitos fundamentais são pilares democráticos, da mesma forma como a política tem uma relação de criador e criatura com o direito.⁴⁷ “Preservar a Constituição é proteger a integridade desse arranjo”.

consideração e respeito (*equal concern and respect*) às pessoas que integram a comunidade. Trata-se de um aspecto verdadeiramente central de seus estudos.”

⁴⁷ Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin (2011, p. 5) apresenta uma nova concepção acerca do Direito. Para o autor, o Direito é um ramo da moral: “É também necessário compreender a moralidade em geral como tendo uma estrutura em árvore: o direito é um ramo da moralidade política, que é, em si mesmo, um ramo de uma moralidade pessoal mais geral, que, por sua vez, é um ramo de uma teoria ainda mais geral daquilo que consiste em viver bem”. Para um maior aprofundamento acerca do Direito como um ramo da moral, recomenda-se: DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 400 e ss. Da mesma forma, recomenda-se a leitura de MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 181 e ss. Porque oportuno, recomenda-se, ainda, a leitura da obra *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 448 e ss., de Luís Roberto Barroso, que compartilha da mesma concepção em relação ao vínculo entre Direito e Política: “A separação entre Direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (*the rule*

Aliás, ao sustentar que as chamadas *condições democráticas* devem ser atendidas, Dworkin (1996, p. 23-24) pretende estabelecer uma condição de validade para que as decisões tomadas pelo critério majoritário possam reivindicar uma legitimação moral em face dos demais procedimentos de decisão comunitária. Assim sendo, quanto mais a premissa majoritária for rejeitada em favor da concepção constitucional da democracia, maior será a “liberdade positiva”.

Diante desse cenário, o autor acredita que para que uma democracia seja como concebida como tal, as condições democráticas devem ser necessariamente atendidas, de forma a autorizar que uma decisão majoritária possa reivindicar autoridade moral sobre as decisões comunitárias, “uma vez que só nesse caso é que temos o direito de falar de um governo *do povo* num sentido plenamente comunitário, e não no estéril sentido estatístico” (DWORKIN, 1996, p. 23-24).

A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas (DWORKIN, 1996, p. 17).

Depreende-se, então, que a concepção comunitária de democracia revela em sua própria essência uma preocupação constante do autor e que ocupa lugar central em toda a sua obra: a igualdade. Ao defender esse modelo de democracia, Dworkin (2002, p. 363) defende o igual direito de participação nas decisões políticas de cada um dos cidadãos de uma determinada comunidade, em especial porque “o governo da maioria não é justo nem valioso em si. Só é justo e valioso quando atende a determinadas condições, entre elas as exigências de igualdade entre os participantes do processo político, por meio do qual se definirá a maioria”.

Francisco Motta (2018, p. 99) esclarece que, nessa perspectiva, ser tratado como cidadão impõe a necessidade de que “o processo coletivo expresse reciprocidade entre os participantes morais”, ou seja: um indivíduo só será considerado membro da comunidade se assim for reconhecido e tratado pelos demais. “Desse modo, uma sociedade que desprezasse os

of law) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. [...] No plano de sua criação, não há como o Direito ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O Direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político” (BARROSO, 2015b, p. 448).

interesses da minoria em detrimento daqueles da maioria seria não apenas injusta, mas também ilegítima”.

É que o povo, assinala Dworkin (1996, p. 26), deve ser compreendido em sua concepção comunitária, tal qual a proposta de Rousseau do *governo pela vontade geral*⁴⁸, que representa um grupo de cidadãos que devem ser considerados na sua coletividade, na qual todos os indivíduos participem moralmente da democracia (indivíduos como agentes morais), ou seja, onde “as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta - o povo *enquanto tal* - e não por um conjunto qualquer de indivíduos encarados um a um”. Para tanto, cada indivíduo deve ter igual oportunidade de participar das decisões coletivas e de receber igual consideração e respeito do Estado.

Sob esse ponto de vista, uma sociedade que assegure a concretização de uma concepção de democracia verdadeiramente comunitária, assemelha-se a uma orquestra, a qual só se faz harmoniosa, caso a participação de todos, cada qual com a sua parcela de responsabilidade. O autor rejeita, portanto, uma concepção estatística de democracia, na qual os indivíduos agem isoladamente, sem uma participação conjunta (DWORKIN, 1996, p. 11).

Sobre a concepção de democracia comunitária e a sua comparação com uma orquestra, assim resumiu Francisco Motta:

Noutras palavras, participação significa a oportunidade de poder modificar, de algum modo (sufrágio universal, representação etc.), as decisões coletivas. O interesse traduz-se na necessidade de que o processo coletivo expresse reciprocidade entre os participantes morais: um participante não pode ser considerado um membro da comunidade a menos que seja tratado pelos outros como tal, ou seja, a menos que as consequências de qualquer decisão coletiva para sua vida sejam consideradas tão importantes quanto as consequências dessa mesma decisão para a vida de todos os demais. Repare-se que, desse modo, uma sociedade que desprezasse os interesses da minoria em detrimento daqueles da maioria seria não apenas injusta, mas também ilegítima. Por fim, a independência moral representa a exigência de que se mantenha, a despeito da aceitação da coerção coletiva, uma esfera privada de decisões que não pode alienar. Dworkin dá o exemplo de uma orquestra, uma comunidade coletiva na qual os músicos partilham o mesmo trabalho e o mesmo destino – ainda que, individualmente, os participantes possam não concordar com a maneira com a qual o empreendimento é conduzido. A regência da orquestra deve ser aceita, insista-se, ainda que com ela não se concorde; mas o maestro não poderia ditar os padrões de gosto musical que os músicos devem cultivar em sua vida particular: “ninguém que aceitasse a responsabilidade de decidir por si mesmo suas questões de gosto musical poderia considerar-se sócio de um empreendimento conjunto que se propusesse a decidir essas questões por ele” (MOTTA, 2018, p. 98-99).

A democracia comunitária, coparticipativa ou em parceria é, portanto, uma concepção que se contrapõe à democracia majoritária. Enquanto a majoritária é meramente procedimental,

⁴⁸ Para uma melhor compreensão sobre o *governo pela vontade geral*, ver: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

numérica e estatística, a comunitária privilegia *condições substantivas* de legitimidade. “Os membros de uma comunidade agem como parceiros quando, apesar das divergências, aceitam a obrigação de tratar os demais com igual consideração e respeito” (MOTTA, 2018, p. 99).

Não por outro motivo o jusfilósofo norte-americano (1996, p. 17) sustenta que a existência de procedimentos de enfrentamento ao critério majoritário, desde que encontrem legitimidade na proteção ou promoção da igualdade (que são a própria *essência da Democracia*) são perfeitamente compatíveis com regimes democráticos.

Dessa forma, sempre que as instituições majoritárias observarem as condições democráticas – e justamente por esse motivo – suas decisões serão legítimas e deverão receber a deferência de todos. Por outro lado, sempre que as decisões majoritárias desconsiderarem as cláusulas de igualdade e justiça social ou quando as considerarem de maneira insuficiente, deverão ser consideradas inconstitucionais por um tribunal com poderes para tanto, o que será feito em nome da própria democracia (DWORKIN, 1996, p. 17).

Vale registrar que Ronald Dworkin (1996, p. 17-18) não desconhece que pode haver desacordos em relação a saber quais seriam as *condições democráticas* ou se determinada norma as viola ou não. No entanto, partindo de uma concepção constitucional, não se pode sustentar que a revisão judicial seja uma prática antidemocrática. E isso por um motivo simples: “essa objeção parte do princípio de que as leis em questão respeitam as condições democráticas, e é exatamente esse o assunto que está em questão”.

Feitos esses esclarecimentos sobre a concepção de democracia proposta pelo autor norte-americano e a partir do seu reconhecimento de que a revisão judicial é legítima e, por vezes, necessária para assegurar a proteção ou a promoção da justiça social e da igualdade, faz-se necessário analisar com maior profundidade a relação entre a democracia e o controle de constitucionalidade (*judicial review*).

3.3.1 O *judicial review* como elemento garantidor da democracia

Vimos que a defesa da revisão judicial é uma dentre tantas características marcantes na teoria do direito de Ronald Dworkin. Para o autor, a democracia não se baseia no simples *governo da maioria*. Pelo contrário: os direitos fundamentais têm como mister a proteção dos indivíduos em face do interesse (majoritário) supostamente comum.

Para o autor, o controle de constitucionalidade, além de compatível a democracia, acaba por aprimorá-la, mesmo quando realizado pelo Poder Judiciário. Para Dworkin, uma Constituição repleta de disposições marcadamente abertas, com alta carga de abstração, reclama uma atividade interpretativa que deve, necessariamente, considerar as concepções morais de cada indivíduo. Contudo, em razão da incerteza e das controvérsias próprias que cercam o conceito de moralidade política, cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre a melhor interpretação do texto constitucional, o que passa, necessariamente, por meio de uma leitura moral da constituição.

O ponto de discussão subjacente à relação entre o controle de constitucionalidade e a soberania popular é o de que é imprescindível que juízes não decidam “o modo como os governantes exercem os poderes do Estado” com base em suas opiniões pessoais sobre aquilo que entendem como certo ou errado. Logo, faz-se necessária a utilização de instrumentos hábeis para identificar os limites da atuação jurisdicional no controle de constitucionalidade. Esse instrumento, por certo, seria uma teoria com a capacidade de apresentar aos juízes uma maneira de decidir “sem se deixarem influenciar por seus próprios pontos de vista e predisposições pessoais”, evitando as chamadas posturas ativistas (BEATTY, 2014, p. 8).

Dessa maneira, tendo como ponto de partida uma filtragem constitucional fundada nos aportes teóricos de Ronald Dworkin, pode-se concluir que uma Constituição que traz em seu corpo um generoso catálogo de direitos fundamentais (como é o caso da Constituição Federal do Brasil, acrescento) confere aos seus indivíduos “direitos morais contra o Estado”.

A importância dessa conclusão está no reconhecimento de que as cláusulas constitucionais, notadamente as que asseguram direitos à igualdade, devem ser compreendidas a partir de conceitos morais. Logo, uma corte que “assuma o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas ‘como lei’ (ou seja, que aprove o caráter normativo da Constituição)” deve ser um tribunal “preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta” (MOTTA, 2012, p. 29).

Vimos, anteriormente, que as democracias ocidentais contemporâneas, em sua grande parte, são dotadas de mecanismos de enfrentamento das maiorias de ocasião, no mais das vezes confiadas ao Poder Judiciário e exercido por meio do controle de constitucionalidade, naquilo que se convencionou chamar de *papel contramajoritário* das cortes constitucionais.

Sobre o tema, Alexander Bickel (1986, p. 16-23) explica que uma das dificuldades enfrentadas pelo controle de constitucionalidade (*judicial review*) é justamente a da atuação

contramajoritária dos tribunais, ou seja, a intervenção de grupos minoritários, destituídos de representação política tradicional, nas decisões oriundas da vontade da maioria eleita:

A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade é uma força contramajoritária em nosso sistema. [...] Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. [...] O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial (BICKEL, 1986, p. 16-23).

Nesse sentido, Dworkin, defende o *judicial review* como um instrumento não só oportuno, mas eventualmente necessário para assegurar que o Estado trate seus cidadãos com o mesmo grau de deferência, respeito e justiça social. Dito em outras palavras, sempre que decisões majoritárias desrespeitem tais cláusulas, ou as considerarem de maneira deficiente, nada obsta que um tribunal, a quem seja atribuída essa competência, declare a decisão inconstitucional, restaurando as condições democráticas essenciais e, portanto, a própria democracia (DWORKIN, 1996, p. 17).

Ao concordar com o norte-americano, Motta (2018, p. 100) também afirma que o *judicial review* “é uma boa estratégia para promover a legitimidade do governo, na medida em que protege, por exemplo, a independência ética dos integrantes das minorias – e, por decorrência, garante à maioria a autoridade moral de impor a sua vontade em outros assuntos”. O Poder Judiciário deve manter-se forte para se opor às maiorias eventuais. Essa força passa por ter instrumentos que lhe permitam restaurar direitos e garantias fundamentais desrespeitados por outros poderes. Isso porque um Estado verdadeiramente democrático não encontrará justificativa moral e política de outra forma que não seja assegurando igual consideração e respeito pelos seus cidadãos.

O fundamento e a razão de ser do Estado Democrático de Direito para Dworkin estaria centrado na proteção dos direitos fundamentais, notadamente os direitos de igualdade. Logo, seria uma concepção extremamente reducionista do Estado admitir que ele alcançaria realização ao assegurar somente aqueles direitos estabelecidos de maneira expressa na lei. Por essa compreensão, o Estado deve garantir a concretização tanto os direitos morais que os cidadãos possuem entre si como os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. “A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas se não o fizer, isso não impedirá de eles serem impostos pelo Poder Judiciário em relação aos cidadãos individual ou coletivamente” (CHUEIRI, 2012, p. 189).

Ademais, Dworkin possui uma concepção de democracia que rejeita a premissa majoritária, motivo pelo qual sustenta que “em certas ocasiões a vontade da maioria não deve predominar”. O autor entende que o mero fato de decisões coletivas se submeterem a um critério que revele a vontade de uma maioria, não significa que uma democracia seja justa. Assim sendo, o objetivo da democracia é o de que as decisões políticas sejam “tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN p. 1996, p. 17).⁴⁹

Já vimos, com Dworkin (1996, p. 17), que a democracia implica na limitação do poder da maioria, marcadamente na defesa de direitos individuais. A concepção meramente majoritária e, portanto, formal e estatística de democracia, não basta em si própria. Uma Democracia exige um pouco mais que isso. Exige que as decisões políticas considerem princípios de equidade e justiça social a todos os membros da comunidade, conferindo, a cada um deles, o mesmo grau de respeito e consideração. Ainda que os agentes representativos eleitos pelo voto popular se utilizem de um mecanismo majoritário para a tomada de decisões, elas devem ser sempre orientadas “em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria”.

O *judicial review*, portanto, seria um instrumento contramajoritário, a ser utilizado sempre que houvesse necessidade de se assegurar ou promover a igualdade que, na concepção coparticipativa, é a “própria essência da democracia”, sem que isso implique em arrependimentos morais (DWORKIN, 1996, p. 17).

Ademais, a jurisdição constitucional é um elemento que contribui sobremaneira para a consolidação do nosso Estado Democrático de Direito, justamente porque representa a garantia de que as minorias serão respeitadas e terão sua dignidade e igualdades restauradas em

⁴⁹ É oportuno destacar que, apesar de Dworkin ser contrário à democracia em sua concepção estritamente majoritária, isso não significa uma defesa de que critérios majoritários sejam completamente incompatíveis com a democracia comunitária. O que o autor questiona é uma democracia meramente estatística, onde a vontade das maiorias eventuais seja potencialmente violadora dos direitos e garantias individuais. Logo, a revisão judicial não desconhece a vontade majoritária, o voto popular e a política representativa, da mesma forma como não desconhece nenhum grupo pertencente à comunidade, o que permite a criação de um ambiente político em que cada indivíduo possa ser reconhecido como parceiro do empreendimento político e que assim seja reconhecido pelos demais indivíduos. Dito de outra forma, ainda que determinadas questões levem em consideração o critério majoritário para ser decidido, essa decisão deve levar em consideração princípios de igualdade e justiça social, respeitando a todos os indivíduos em uma perspectiva comunitária, de forma a não excluir parcela da coletividade de forma discriminatória, sempre assegurando a proteção dos direitos fundamentais das minorias.

relação aos demais membros da comunidade, sempre que for necessário, por meio da declaração de inconstitucionalidade das decisões majoritárias:

Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas. O ganho para as minorias, sob essas condições, seria maior num sistema de revisão judicial de decisões legislativas (DWORKIN, 1985, p. 27-28).

Na mesma linha, Paulo Bonavides (2004, p. 131) acrescenta que controle de constitucionalidade é legítimo sempre que exercido em nome do Estado Democrático de Direito e desde que contido pelas raias do texto constitucional, “cujos limites não lhe é lícito ultrapassar; em se tratando porém de controle feito para salvaguarda dos direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição”.

Dessa forma, a revisão judicial reforça a normatividade e a supremacia da Constituição, como há muito já reconheceu a Suprema Corte dos Estados Unidos, no longínquo 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, onde ficou assentado que “o poder e o dever da Corte de fazer cumprir a Constituição derivava da própria declaração contida neste documento, de que a Constituição era a norma jurídica suprema do país” (DWORKIN, 1986, p. 356).

Então, em *Marbury v. Madison* ocorreu aquela que é considerada a decisão judicial mais célebre de todos os tempos em matéria de jurisdição constitucional, ocasião em que a Suprema Corte norte-americana assentou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, violassem a Constituição. Assinale-se, porque relevante, que “a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza”. Ao julgar o caso, a Corte buscou evidenciar que essa atribuição seria uma *decorrência lógica do sistema*. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do *judicial review* e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa (BARROSO, 2012, p. 20).

Na ocasião, o Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) John Marshall manifestou-se de forma contundente acerca do papel representado pela Constituição na democracia norte-americana e do papel por ela atribuído aos juízes, defendendo a supremacia e a normatividade

da Constituição, além da prerrogativa da Suprema Corte dar a palavra final na interpretação da Constituição, lançando a *pedra fundamental* do controle de constitucionalidade, instituto marcante nas democracias contemporâneas: “a Constituição é a lei fundamental dos Estados Unidos, e os juízes devem aplicar a lei” (DWORKIN, 1985, p. 33).

Os legislativos e outras instituições democráticas estão especialmente habilitados a tomar decisões constitucionais, independentemente de sua capacidade de tomar melhores decisões. Podemos afirmar que a natureza dessa prerrogativa é óbvia, porque é sempre mais justo permitir que uma maioria, e não uma minoria, decida um problema qualquer. Tal postura, contudo, como tem sido frequentemente sublinhado, ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria. O constitucionalismo - a teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais - pode ser uma teoria política boa ou má, mas foi adotada pelos Estados Unidos, e não parece justo ou coerente permitir que a maioria julgue em causa própria. Dessa forma, os princípios de justiça parecem posicionar-se contra o argumento derivado da democracia, e não a seu favor. O juiz Marshall, presidente da Suprema Corte, reconheceu tal fato em sua decisão no caso *Marbury vs. Madison*, o famoso caso em que a Suprema Corte afirmou, pela primeira vez, seu poder de revisar as decisões legislativas contrárias aos padrões constitucionais. O juiz sustentou que, como a Constituição estabelece que ela própria será a lei suprema do país, os tribunais em geral e a Suprema Corte em última instância devem ter o poder de declarar nulas as leis que violem a Constituição (DWORKIN, 1977, p. 142).

Em sua fundamentação, Marshall estabeleceu as três grandes premissas que justificariam o controle de constitucionalidade pela via judicial. Primeiro, a supremacia da Constituição: “Todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”. Segundo, e como consequência natural primeira premissa, sustentou a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”. Terceiro, e ponto maior controvérsia de sua decisão, assentou que o intérprete final da Constituição é o Poder Judiciário: “É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam” (BARROSO, 2012, p. 21).

Em que pese a relevância histórica de *Marbury v. Madison* para o constitucionalismo e para a teoria constitucional, propriamente dita, há precedentes de mesma natureza que lhe são anteriores, como o julgado inglês de 1610, conhecido como *Dr. Bonham's Case*. No referido caso, o *Chief Justice*, Sir Edward Coke, manifestou-se veementemente em favor da revisão judicial: “O *common law* controlará as leis, e, por vezes, as declarará nulas: pois, quando um ato legislativo for contrário ao Direito e à razão comum, ou repugnante, ou impossível de ser

aplicado, o *common law* o controlará, e o declarará nulo” (U.K. 8 Co. Rep. 114a, 77 Eng. Rep. 646 (C.P. 1610).

Mauro Cappelletti (1992, p. 59), ao fazer uma análise bastante detida da decisão proferida no *Dr. Bonham's Case*, traz outra passagem do *Chief Justice Sir Edward Coke*, que evidencia o caráter de submissão dos atos do parlamento ao Direito vigente: “pois quando um ato do parlamento é contra o direito e razão comuns, ou repugnante, ou impossível de ser executado, o direito comum irá controlá-lo e julgar tal ato nulo”.

Vale lembrar, pois importante, que a trajetória europeia seguiu caminhos diversos da trajetória americana até metade do século XX, quando, então, começaram a se aproximar. Dessa forma, na tradição da Europa continental, a supremacia da constituição, a sua normatividade e o controle de constitucionalidade, propriamente dito, vieram a se firmar no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial. Na experiência norte-americana, entretanto, a Constituição de 1787 foi percebida desde cedo como documento jurídico, dotado de supremacia e força normativa (vide *Marbury v. Madison*, que foi julgado já em 1803). No Brasil, a força normativa e a efetividade da Constituição são fenômenos relativamente recentes, conquistados e consolidados após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988.

Dessa forma, dada a sua estreita relação com o tema *controle de constitucionalidade*, cabe assinalar que um dos aspectos mais relevantes verificados na teoria de Dworkin é a sua concepção de que a igualdade é um ideal político, o que exige que o Estado trate a todos como iguais, ou seja, “como tendo direito a igual atenção e respeito de sua parte”. Exige-se do Estado, ainda, que essa igualdade seja assegurada na “atribuição de oportunidades, ou, pelo menos, que trabalhe para assegurar o estado de coisas em que todos sejam iguais ou mais aproximadamente iguais nesse aspecto” (DWORKIN, 1985, p. 190).

Não por outra razão, essa *imposição* de direitos feita pelo Judiciário não é, de forma alguma, antidemocrática, arbitrária ou ilegítima. Ao contrário disso, na defesa de direitos e garantias fundamentais, notadamente em relação a preceitos de equidade, justiça social e devido processo legal, o controle de constitucionalidade é medida que se impõe e que se consagra pela própria natureza do Estado Democrático de Direito, sobretudo em face do papel de assegurar direitos que, de outra forma, não estariam garantidos, a exemplo de grupos minoritários ou socialmente vulneráveis que, por vezes, são alijados das decisões políticas relevantes das comunidades a que pertencem.

3.3.2 Argumentos de princípio e argumento de política

Em sua teoria, Dworkin defende fervorosamente uma postura que revela sua defesa da autonomia do Direito: as decisões judiciais devem se fundamentar em razões principiológicas, enquanto as decisões movidas por argumentos políticos devem ser tomadas nas casas típicas dos poderes representativos.

Ora, vimos que a partir do segundo pós-guerra houve um fortalecimento da jurisdição, mormente a constitucional, seja pelo caráter hermenêutico assumido pelo direito no processo de superação do positivismo jurídico, seja pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, tudo isso aliado ao fato de que, por diversas questões, discussões relevantes do ponto de vista político deixam de ser travadas nas arenas representativas para serem decididas nas cortes judiciais, naquilo que autores como Lenio Streck (2017b, p. 225) convencionaram chamar de *deslocamento do polo de tensão*⁵⁰.

Logo, diante dessa situação contingencial que envolve o Poder Judiciário, própria do modelo democrático pactuado em 1988, é importante que se tenha um instrumento democrático de escrutínio de suas decisões e, por conseguinte, de contenção de seu poder, para que a situação de protagonismo no cenário político nacional não seja potencializada por voluntarismos, notadamente quando se trata de controle de constitucionalidade.

A adoção do controle de constitucionalidade, então, importa no reconhecimento de que as Cortes Constitucionais devem tomar decisões importantes do ponto de vista político. Mas que motivos seriam legítimos, sob a perspectiva democrática, para fundamentar as decisões judiciais? A resposta de Dworkin (1985, p. 69-70) é categórica, no sentido de que o Tribunal deve tomar “decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral”. Mais do que isso, Dworkin sustenta que as decisões judiciais devem ser tomadas com base na *teoria substantiva da representação*, que tem origem no princípio básico de que o Estado só encontra legitimidade quando trata os membros do corpo social como iguais:

Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular Marbury contra Madison – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como

⁵⁰ A referência ao deslocamento do polo de tensão em direção ao Poder Judiciário é reproduzida por Clarissa Tassinari (2015, p. 56) e, ainda que com terminologias diferentes, por autores como: Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 29-31): *deslocamento da legitimidade do Estado*; Francisco Motta (2012, p. 25): *deslocamento do centro de decisões*; e Luís Roberto Barroso (2015b, p. 437-438): *transferência de poder das instâncias políticas tradicionais*.

se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. Se estou certo a respeito disso e do que isso significa, são questões para a teoria jurídica e política, e são essas questões que devemos tentar responder (DWORKIN, 1985, p. 69-70).

É uma questão de equidade. Dworkin (1985, p. 27) entende que democracia tem como componente intrínseco à sua natureza a igualdade de poder político, “e se decisões políticas genuínas são tiradas do legislativo e entregues aos tribunais, então o poder político dos cidadãos individuais, que elegem legisladores mas não juízes, é enfraquecido, o que é injusto”. Da mesma forma, dirá o jusfilósofo norte-americano, o Estado de Direito pressupõe que os membros da comunidade política “têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”. (DWORKIN, 1985, p. 27).

A questão toda não está centrada em uma disputa entre qual dos fóruns (o da política ou do princípio) é o mais adequado para decidir as questões importantes de determinada comunidade. Há um certo consenso de que essas questões devem ser alvo de deliberação nas casas da política representativa. Ocorre que há algo em jogo que é maior do que a soberania popular, algo maior do que a maioria de ocasião: a própria Democracia, que tem como centro de gravidade a defesa dos direitos fundamentais, nos quais se incluem os direitos das minorias que não possuem representatividade matemática para influenciar no processo político. Dessa forma, a defesa desses direitos e garantias fundamentais pode, eventualmente, ser qualificada pela revisão judicial, sempre que não forem observados pela política majoritária (DWORKIN, 1985, p. 28).

Nesse sentido, Francisco Motta (2012, p. 134-135) acredita que não há um contraste real entre Democracia e Estado de Direito. Ao contrário disso, os dois conceitos políticos encontram-se “enraizados num ideal mais fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais; e um Estado assim constituído encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o próprio governo são questões de justiça”. Esta, segundo o autor, seria a razão para a existência de um fórum independente que decida a partir de princípios. Trata-se de uma promessa de que os conflitos de maior relevância “entre os indivíduos e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça”.

Portanto, os princípios, de uma forma geral, abrangem tanto os chamados princípios morais quanto os objetivos políticos do governo. Dessa forma, Dworkin assinala a existência duas espécies do gênero princípio, cuja incidência se dá de forma recorrente em decisões sobre casos difíceis: argumentos baseados em princípios morais e argumentos que encontram sustentação na conformidade da decisão com os fins das políticas públicas, a que Dworkin (1977, p. 22) chama de *políticas (policies)*.

No contexto brasileiro, os objetivos políticos do governo (*policies*) podem ser identificados como sendo as *políticas públicas*. Por óbvio, as políticas públicas não são regras jurídicas, mas certamente são padrões (*standards*) que, com certa frequência, têm sido utilizados na fundamentação de decisões judiciais. Por seu turno, os princípios morais, tais como justiça e equidade, são condição de possibilidade para uma decisão judicial fundamentada de forma a atender critérios democráticos, desempenhando papel de grande relevância no contexto do direito como integridade (DWORKIN, 1986, p. 165).

Dworkin (1996, p. 33-34) reconhece a autoridade da Constituição, bem como que o Poder Judiciário tem a autoridade de dar a *última palavra* em relação à sua interpretação, em especial por compreenderem-na a partir do seu teor principiológico, razão pela qual a sociedade americana não teria motivos para adotar um modelo de democracia estritamente majoritária.

Embora o autor tenha essa concepção acerta *diálogo institucional* entre os poderes, boa parte do seu esforço teórico busca sustentar a legitimidade democrática da revisão judicial, a partir da concepção de que os direitos fundamentais são trunfos a serem utilizados contra decisões os agentes da política representativa, quando violarem cláusulas democráticas de justiça social, equidade e devido processo.

Pois bem. Procurou-se demonstrar ao longo do estudo que Dworkin rejeita a resposta que o positivismo jurídico, marcadamente o de Hart, é capaz de dar nos chamados *casos difíceis*. Para o positivismo jurídico, o Direito não é completo e, portanto, não alcança todas as situações do mundo prático. Logo, diante desses casos, sempre que se apresentar uma situação não contemplada pelo Direito posto, o juiz estaria livre para decidir o caso com base em suas próprias convicções morais, o que, na prática, significaria que o julgador teria o poder de legislar *intersticialmente*, inclusive obrigando ou concedendo direitos de forma retroativa (*discrecionarietà no sentido forte*). Nesse sentido, assim sustenta Chueiri:

Como regra, os juízes devem aplicar o direito criado por outras instituições e não devem criar um novo direito. Como isso nem sempre é possível, os juízes, na perspectiva de Hart, devem então criar um novo direito - de maneira dissimulada ou explícita - como se fossem delegados do poder legislativo. A subordinação é

profunda, pois os juízes devem criar leis da mesma natureza que levariam a instituição superior a criar, se estivesse agindo por iniciativa própria. Os juízes atuariam então como um segundo poder legislativo (CHUEIRI, 2012, p. 187).

Entretanto, para o norte-americano, o julgador tem um dever intrínseco à natureza do Estado Democrático de Direito: o de descobrir quais são os direitos das partes, mesmo nos casos difíceis. Tal exigência não significa que sua teoria seja baseada num “procedimento mecânico que demonstre quais sejam os direitos das partes nos casos difíceis, pois ele pressupõe que juízes irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos”. É nesse momento que ele identifica padrões que operam de maneira diferente das regras jurídicas e que igualmente influenciam as decisões judiciais: os princípios. Então, Dworkin não só estabelece distinções entre regras e princípios, mas acrescenta um terceiro conceito: as políticas (*policies*). “A partir desta distinção ele não só reitera sua crítica ao positivismo de Hart como refuta teorias de decisão judicial que colocam a aplicação à sombra da legislação” (CHUEIRI, 2008, p. 187).

Segundo Dworkin (1977, p. 82), os argumentos de política legitimam uma decisão política, evidenciando que a decisão promove ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Nesse sentido, o autor explica: “o argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política.” Por seu turno, os argumentos de princípio legitimam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou assegura um direito de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos: “o argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio”.

Ainda sobre a distinção entre os argumentos de princípio e de argumentos de política, Dworkin assinala que:

Argumentos de política justificam uma decisão política demonstrando que esta decisão promove ou protege algum objetivo da comunidade como um todo. O argumento em favor do subsídio para produtores de aviões, com o argumento de que o subsídio servirá para a segurança nacional, é um argumento de política. Argumentos de princípios justificam uma decisão política demonstrando que esta decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. O argumento em favor de estatutos antidiscriminatórios, de que uma minoria tem o direito a igual respeito e tratamento, é um argumento de princípio (DWORKIN, 1977, p. 82).

Assim sendo, o princípio é um padrão que deve ser necessariamente observado pelo julgador “não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Por seu turno, política é o tipo de padrão que “estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da

comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”. Dito em outras palavras, *argumentos de princípio* podem ser definidos como sendo aquelas proposições que advogam em favor de um direito individual, ou seja, prescrevendo direitos, enquanto os *argumentos de política* podem ser definidos como sendo aquelas proposições que instituem uma meta de natureza coletiva, normalmente relacionada com o bem comum, prescrevendo objetivos (DWORKIN, 1977, p. 22 e ss.).

Nesse sentido, Vera Karam de Chueiri (2012, p. 179) esclarece que “o argumento de aplicação das normas a que é dado, por exemplo o poder judiciário, pressupõe uma adequação e difere do argumento de justificação presente na elaboração das normas pelos poderes legislativo e executivo”. Contudo, acrescenta, a aplicação do direito pelos magistrados deve fundamentar-se em argumentos de princípio, ou seja, “orientada para a garantia dos direitos individuais concretos no caso”, de tal forma que não caia “num ativismo tosco que ultrapasse as funções do judiciário e penetre o âmbito de atuação do legislativo e do executivo (os quais são legitimados democraticamente para tomar decisões baseadas no interesse coletivo)”.

Trata-se de uma distinção bastante importante da teoria do direito de Ronald Dworkin (1985, p. 69), isso porque, se pretendemos legitimar a jurisdição constitucional, devemos compreender que o Supremo Tribunal Federal vai tomar decisões importantes do ponto de vista político. Segundo o norte-americano, um tribunal deve tomar decisões fundadas em *argumentos de princípio*, nunca de política. Dito em outras palavras, deve tomar “decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral”. Mais do que isso, deve tomar essas decisões com base no conceito de que o Estado deve pautar suas ações de forma que todas as pessoas sejam tratadas de forma igual.

Diante desse cenário, Dworkin (1985, p. 32) nos alerta de que não há uma contradição real entre Democracia e jurisdição constitucional. Ao contrário disso, esses dois importantes valores políticos estão radicados em um propósito mais fundamental, reforçando a premissa de que “qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais”. O Estado de Direito enobrece a democracia, porquanto acrescenta a ela “um fórum independente, um fórum do princípio, e isso é importante, não apenas porque a justiça pode ser feita ali, mas porque o fórum confirma que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público”.

Não por outra razão, a revisão judicial (controle de constitucionalidade) é uma característica cada vez mais marcante das democracias contemporâneas. Dessa maneira, o

reconhecimento de um *fórum dos princípios* é uma característica inarredável do Estado Democrático de Direito, porque “obriga o debate político a incluir o argumento acerca do princípio, não apenas quando um caso vai ao Tribunal, mas muito antes e muito depois.” As cortes constitucionais permitem que se leve “algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio”. É o Direito quem “oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça (DWORKIN, 1985, p. 70-71).

3.4 A TRADIÇÃO COMO ELEMENTO CENTRAL DO DIREITO: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL LEVADA A SÉRIO

3.4.1 O Direito como uma atividade interpretativa: a tese do Direito como integridade e o romance em cadeia

Um dos grandes méritos da obra de Dworkin foi o reconhecimento de uma dimensão interpretativa ao direito. No entanto, e de forma paradoxal, ao compreender o direito como uma atividade interpretativa, o autor não está postulando em defesa de práticas voluntaristas nas decisões judiciais. Ao contrário disso, ele acredita que o próprio direito é capaz de produzir respostas corretas e, portanto, despidas de quaisquer critérios pessoais do julgador. Ademais, as respostas corretas só seriam possíveis a partir da “abertura do jurista para o fenômeno interpretativo, como algo inerente à condição humana”, de tal forma que as decisões judiciais não representem, por exemplo, “uma antecipação de respostas aos problemas jurídicos ou, então, a existência de uma fórmula infalível para certas controvérsias” (STRECK, 2019, p. 329-330).⁵¹

A solução de problemas práticos, dirá Dworkin (1986, p. xii), demanda um raciocínio jurídico orientado por uma interpretação construtiva da história institucional do direito associada a uma avaliação crítica de questões complexas de moralidade política. O raciocínio jurídico, portanto, exige do intérprete a captura dos elementos que compõem a tradição do direito e que permitam encontrar a “melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”.

Dessa forma, em Dworkin introduz a coerência e a integridade como o pavimento do caminho que permitirá aos juízes decidirem diversos casos com o mesmo grau de deferência,

⁵¹ Nesse sentido, ver: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 148 e ss.

ou seja: são elementos garantidores da isonomia no julgamento dos casos levados aos tribunais. Isso se dá porque, no direito como integridade, o que fundamenta as decisões são os princípios de justiça, assim entendidos como a tradição construída pela historicidade das decisões jurídicas e políticas de uma comunidade, não podendo-se ignorar o horizonte histórico em que o intérprete está inserido.

Para o autor, a integridade parte da ideia de uma relação necessária entre os cidadãos e a comunidade, ou seja, um vínculo entre o público e o privado. Mais do que a representação de acordos entre os indivíduos com a intenção de alcançarem uma experiência social pacífica, as normas materializam a moralidade compartilhada entre os membros de uma determinada comunidade. Não por outro motivo, a legitimidade política, ou seja, a legitimidade de um direito coercitivo, advém de um compromisso dos cidadãos (indivíduos), com os princípios da comunidade (coletividade), que seriam o retrato de seus padrões morais (DWORKIN, 1986, p. 190).

Diante desse cenário, buscando criar um vínculo de equilíbrio entre presente e passado, Dworkin (1986, p. 225) elabora o seu conceito de direito como integridade negando que ele seja uma mera manifestação de relatos de contextos fáticos, voltados para o passado e, portanto, típicos do convencionalismo. Da mesma forma, ele nega que o direito como integridade seja instrumentalização de programas voltados para o futuro, típicos do pragmatismo jurídico. Tudo isso, dirá o autor, porque “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro”.

Para Vera Karam de Chueiri (2012, p. 192-193) a integridade dworkiniana, sob o ponto de vista jurisdicional (da aplicação das decisões políticas), possui um significado bastante distinto:

A integridade do ponto de vista jurisdicional, da aplicação das decisões políticas, significa que os juízes deveriam interpretar o direito como sendo criado por um único ator, a “comunidade personificada”. Este autor construiria o direito com base em uma noção própria e coerente de justiça e equidade. Dessa forma, não bastaria analisar o direito como um processo histórico, ou apenas contemporâneo. É necessário interpretá-lo de maneira que a história jurídica seja coerente com o presente e com o futuro. O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (CHUEIRI, 2012, p. 193-194).

Segundo o direito como integridade, as manifestações jurídicas dos tribunais “são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. Logo, seguindo essa lógica, o direito como integridade é “mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. O direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração” (STRECK, 2017b, p. 385).

Por esse motivo, o direito como integridade exige dos julgadores que apliquem tais princípios a todos os novos casos que lhe sejam apresentados, de tal maneira que o caso de cada membro da comunidade seja justa e equitativamente julgado, segundo os mesmos critérios. “Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.” (DWORKIN, 1986, p. 243).

Assim sendo, ao compreender o Direito como uma prática social que impinge legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que pondere com maior coerência os elementos em jogo, dirimindo a questão por meio da melhor justificação possível ao caso. Logo, ao perseguir a resposta correta, o juiz se abre ao fenômeno interpretativo, que é preexistente a sua condição de juiz, sendo inerente ao próprio ser humano enquanto indivíduo. Ademais, perceber o Direito como prática interpretativa significa admitir que a atividade interpretativa também é inerente à condição humana, das práticas sociais, como é o próprio Direito: uma prática social (DWORKIN, 1985, p. 148).

Nesse contexto, o dever de coerência diz respeito à consistência lógica que as decisões de casos semelhantes devem guardar entre si, enquanto o dever de integridade diz respeito à exigência de que os juízes respeitem o ordenamento jurídico como sendo “um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas” (DWORKIN, 1986, p. 243).

Acontece que, em Dworkin, o Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral é “coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas duas alternativas”. Logo, “uma interpretação de qualquer ramo do Direito deve demonstrar o seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve” (MOTTA, 2012, p. 102-103).

Trata-se de uma questão bastante simples, umbilicalmente ligada a noções de justiça e igualdade, motivo pelo qual exige-se, ainda, que se interprete esse conjunto normativo “de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.” (DWORKIN, 1986, p. 217).

Significa dizer que, ao se dirigirem ao Poder Judiciário, os litigantes têm o direito subjetivo de ter sua demanda julgada de tal forma que, ao final, por meio de padrões argumentativos que traduzam esses princípios de justiça e igualdade, obtenham a melhor sentença que poderia ser exarada, de acordo com “as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz” (DWORKIN, 1986, p. 217 e ss.).⁵²

De fato, quando o Poder Judiciário exerce sua atividade, decidindo questões postas ao seu crivo, ele está promovendo um reforço das premissas democráticas que, não necessariamente, estariam vinculadas ao exercício da política majoritária, pois o “direito a ter uma decisão favorável em um processo é um direito político genuíno” (DWORKIN, 1977, p. 90).

No entanto, a partir de um ponto de vista substancialista⁵³, Dworkin (1986, p. 378) defende que não há espaço para o juiz decidir discricionariamente, uma vez que ele tem o dever de buscar a resposta correta para o caso, com base na historicidade, na tradição dos precedentes e na visão do Direito como integridade. Para o autor, o ativismo judicial “é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”, pois significa dizer que, ao adotar critérios pessoais para decidir, o juiz estaria ignorando o texto constitucional, seus propósitos e toda a historicidade das decisões anteriores que buscaram interpretá-lo. Assim, estaria impondo “a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.” O autor condena esse tipo de postura antidemocrática, entendendo ser necessário que, ao decidir, o juiz deve “ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la”.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da

⁵² Dworkin (1986, p. 217) também se refere a um outro tipo de integridade: a integridade na legislação. Ela teria como papel o de reduzir o espaço de criação discricionária do direito pelos representantes da política representativa, por meio da exigência de que as leis sejam, na medida do possível, coerentes com a moral da comunidade. Nas palavras do próprio autor, em uma tradução livre, a integridade na legislação “restringe aquilo, que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas.” (DWORKIN, 1986, p. 217 e ss.).

⁵³ Para leitura aprofundada do substancialismo de Ronald Dworkin, recomenda-se a leitura de BEATTY, David M. A Essência do Estado de Direito. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p; 46 e ss.

Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la (DWORKIN, 1986, p. 378).

Logo, ao se distanciar das posturas processualistas⁵⁴ ele busca se aprofundar nos casos difíceis, emitindo diretrizes “aos juízes quanto à natureza da decisão judicial e, especificamente na área do direitos constitucional, quanto ao modo como devem exercer seus poderes de controle de constitucionalidade.” Para ilustrar o comportamento dos juízes diante de tais situações, Dworkin se vale da metáfora do juiz Hércules⁵⁵, que traz em si a figura de um “jurista mítico com poderes de raciocínio sobre-humanos”, representando o modelo ideal de juiz, capaz de resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, de maneira a considerar de forma adequada as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação (BEATTY, 2014, p. 48).

É importante registrar que Dworkin não defende uma neutralidade do juiz, mas que se faz necessária uma leitura moral da constituição, pois além de satisfazer os “critérios de *adequação e valor* melhor que qualquer outro método de interpretação”, evidencia limites palpáveis ao exercício da atividade jurisdicional com base em critérios pessoais e políticos (BEATTY, 2014, p. 51). Tudo isso se dá a partir da ideia de que a democracia traz em seu seio o compromisso com valores morais, em especial aqueles subjacentes aos ideais de liberdade. Por esse motivo, também, traz em seu bojo mecanismos de consecução desses compromissos, como o controle judicial de constitucionalidade.

A teoria do Direito como integridade, portanto, se apresenta como um instrumento que visa restringir as posturas ativistas dos juízes, demonstrando a necessidade de conciliação entre o caráter criativo (típico da atividade hermenêutica) e o princípio democrático (que clama por uma decisão balizada por critérios que resultem numa prestação jurisdicional que “honre a materialidade da Constituição e a história judiciária produzida com sucesso”). O resultado dessa fórmula revela uma resposta hermenêutica do Direito à demanda a ser julgada, em substituição a qualquer decisão pautada por convicções pessoais do juiz (MOTTA, 2012, p. 98-99).

⁵⁴ Para um aprofundamento da visão procedimentalista da jurisdição constitucional, recomenda-se a obra ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

⁵⁵ A metáfora do juiz Hércules pode ser mais bem aprofundada na obra DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 105 e ss.).

Dito em outras palavras, uma decisão judicial coerente e com integridade é pressuposto da concretização da igualdade, porquanto mostra-se como um instrumento de contenção de posturas voluntaristas e/ou discricionárias, uma vez que impõe ao julgador um dever de considerar “os elementos normativos que constituem o direito como limites à sua decisão”.

Como forma de ilustrar a teoria do direito como integridade de uma forma didática, em especial no que diz respeito à necessidade de legitimação da jurisdição constitucional por meio de uma decisão que respeite a historicidade e a tradição institucional, Dworkin (1986, p. 229) se utiliza da metáfora de um *romance em cadeia*. Ele faz aproximações entre a interpretação jurídica e a interpretação literária (entre Direito e literatura), numa atividade em que os juízes “são igualmente autores e críticos” de um mesmo romance.

Nesse sentido, romance em cadeia é assim apresentado pelo autor:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está escrevendo um capítulo a esse romance, não começando outro e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são “realmente”; que motivos os orientam; qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento; até que ponto algum recurso ou figura literária, conscientemente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisiva (DWORKIN, 1985, p. 158-159).

Segundo Cattoni de Oliveira (2012, p. 157) a metáfora do romance em cadeia ilustra todo um processo de aprendizado social subjacente ao Direito, compreendido no contexto de “uma prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a essa história”.

Assim, os juízes seriam os escritores do romance. Cada um deles seria o responsável por um capítulo desse grande romance em série, que traz, em suas páginas, uma mesma história. Como se trata de uma mesma história, a ser contada a várias mãos, cada romancista (cada juiz), ao escrever o seu capítulo (julgar), tem, necessariamente, que ler e interpretar tudo o que já foi escrito. Além disso, deve conhecer o romance como um todo, escrever o seu capítulo de modo coerente e contextualizado com o que já fora escrito, e dar continuidade à obra, de tal forma que os próximos romancistas tenham condições de escrever a parte do romance que lhes é

cabida. Dito em outras palavras, “cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade” (DWORKIN, 1986, p. 229).

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então (DWORKIN, 1985, p. 159).

Ao aproximar o raciocínio jurídico ao raciocínio literário, Dworkin (1986, p. 229 e ss.) pretende demonstrar que há um compromisso político assumido pelo julgador, que se materializa em uma decisão judicial que leve em consideração toda uma tradição histórico-institucional de interpretação dos textos jurídicos. Ao observar as decisões anteriores, o juiz não está condenado a repeti-las de forma mecânica. Ao contrário disso, debruçando-se sobre o que já foi interpretado, o julgador passa a compreender o que foi criado coletivamente e, a partir disso, forma o seu próprio entendimento sobre o que os demais autores escreveram, dando continuidade à mesma história, há muito iniciada.

No mesmo sentido, Francisco Motta (2012, p. 101-102) explica que a alegoria do romance em cadeia busca transmitir a ideia de responsabilidade democrática do Poder Judiciário com princípios de igualdade e justiça, que é o argumento central da teoria. Cada juiz, entendendo o seu papel de um *romancista na corrente* precisa conhecer a história da qual é colaborador, para não cometer o erro de escrever um capítulo desconexo e sem sentido. É necessário, portanto, conhecer o que os demais juízes já escreveram no passado, como forma de compreender como “cada um deles (também) formou uma opinião sobre o *romance coletivo* escrito até então.”

Dessa forma, pode-se concluir que, tal como uma atividade típica dos romancistas, o exercício da atividade jurisdicional tem dois objetivos a alcançar, sendo um de caráter formal e outro de caráter material ou substantivo. O primeiro diz respeito “às características formais de

identidade, coerência e integridade”. O segundo objetivo se relaciona ao seu valor em termos políticos (no caso dos romancistas, um valor em termos artísticos), tendo como propósito não tornar nenhum dos autores em protagonista, reservando esse papel de destaque à própria obra (MOTTA, 2012, p. 102).

Com efeito, os juízes, ao decidirem um caso com base em princípio, necessariamente deverão fazê-lo de tal forma que aquela decisão se articule com as decisões anteriores (passado) e sirva de parâmetro para as próximas (futuro), sem que isso implique num fechamento hermético em relação aos precedentes: “O direito como integridade não se limita ao conteúdo explícito das decisões coletivas passadas, mas reclama os princípios que a elas se ajustam e as justificam” (CHUEIRI, 1995, p. 130).

Quando se fala em direito como integridade, independente do sistema jurídico em discussão, se estará falando “de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e a aplicá-lo coerentemente” (STRECK, 2017a, p. 120).

3.4.2 Ainda sobre o Direito como uma atividade interpretativa: a metáfora da resposta correta

Uma vez assentadas as bases teóricas da integridade como uma virtude política e uma vez caracterizada a responsabilidade político-institucional do julgador a partir dela (como um romancista numa obra coletiva), voltamos nossa atenção para uma questão bastante controversa da teoria do direito de Ronald Dworkin: a busca por respostas corretas.

Vimos que o autor utiliza-se da metáfora do romance em cadeia na intenção de apontar semelhanças entre a atividade de produção judicial e a atividade de produção literária: ao escrever sua parte da *história*, o romancista deve projetar o futuro dos personagens, numa trama que deve guardar coerência com o passado.

Para o norte-americano, a atividade interpretativa traz em si uma exigência: o julgador “levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias”. Por essa razão, ao assumir o compromisso democrático de decidir com coerência e integridade, sempre que estiverem diante de casos difíceis, os juízes se esforçarão na tentativa de “encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres

das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade” (DWORKIN, 1986, p. 243-244).

Não por acaso a atividade interpretativa de que se reveste o direito como integridade está inserido no contexto da tradição histórico-institucional, impondo uma exigência ao juiz: que ele envide esforços no sentido de dar uma continuidade à história que vem sendo escrita por seus antecessores, na busca de uma interpretação que viabilize uma resposta fundamentada nos princípios que identificam sua comunidade.

Ocorre que o direito como integridade não é um fim em si mesmo. Todo esse exercício interpretativo proposto por Ronald Dworkin tem como fio condutor a busca de respostas corretas em direito, assim entendidas como sendo aquelas que repousam na realidade fática colocada em harmonia com a tradição de onde está inserida. Dessa forma, ao defender a existência de uma resposta correta para cada caso, o jusfilósofo norte-americano busca uma maneira de vincular o julgador que, por meio da atividade interpretativa, deverá buscar no próprio Direito as respostas para a solução da lide que precisa decidir, levando-se em conta, necessariamente, princípios de justiça e equidade.

É importante anotar desde logo que uma resposta somente será correta, na medida em que for possível constatar que ela se encontra fundamentada num “todo coerente de princípios que pressupõem uma teoria da constituição, uma teoria da legislação e uma teoria dos precedentes, articuladas na forma exigida pela equidade”. Isso porque o norte-americano “reconhece uma insuficiência do modelo estritamente teórico de fundamentação, mas debela qualquer possibilidade de lacuna visto que, para ele, a argumentação jurídica está vinculada a critérios práticos de justificação que remetem para padrões prévios de conduta chamados princípios” (OLIVEIRA, 2008, p. 176-177).

Nesse sentido, a resposta (decisão) será correta, sempre que respeitar a autonomia do Direito produzido de forma democrática, a coerência, a integridade e sempre que, na mesma medida, rejeitar a discricionariedade e suas variáveis (voluntarismos, arbitrariedades, ativismos e outros). Ademais, os argumentos para a obtenção de uma resposta correta devem ser *de princípio*, e não *de política*. Dito em outras palavras, não se pode “*criar um grau zero de sentido* a partir de argumentos de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais” (STRECK, 2017b, p. 654).

Fundamentalmente, a tese da única resposta correta não procura sustentar que, semanticamente, qualquer juiz diante de um caso chegaria a uma mesma resposta. Sequer há

uma exigência que se chegue a uma solução ideal. A metáfora da resposta correta (e é assim que ela deve ser entendida: como uma metáfora), é resultado de uma teoria do Direito que condena “a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”. Significa dizer que não existem decisões corretas isoladamente consideradas se elas não guardam coerência com decisões tomadas em casos que envolvam os mesmos elementos, notadamente ao serem filtradas pela tradição histórica das decisões já tomadas pelos tribunais (DWORKIN, 1977, p. 87).

É por isso que, acrescenta Streck (2017b, p. 419), a tese da resposta correta não defende, em hipótese alguma, uma resposta definitiva. Tampouco tem essa pretensão. É que as metáforas são alegorias criadas com a finalidade de explicar algo mais complexo, porque se entende que “determinado fenômeno poderá ser mais bem explicado a partir da explicação já consolidada de um outro fenômeno, ou seja, a ‘operação com que transferimos significados não sensíveis para imagens ou remetemos elementos sensíveis a esferas não sensíveis’”.

Nesse sentido, Francisco Motta (2012, p. 139) ensina que a resposta correta deve ser compreendida como uma figura de linguagem por uma questão bastante simples: “haverá uma infinidade de casos em que simplesmente haverá ‘dúvida’ sobre qual decisão é a mais adequada, de modo que o juiz, optando por qualquer delas, acreditará ter cumprido com o seu dever”. Logo, não há uma fórmula matemática por meio da qual o magistrado encontre uma incontestável resposta correta para o caso que julgou. A resposta correta é encontrada quando uma decisão é tomada a partir de argumentos de princípio, a partir de critérios endógenos em relação ao Direito, ou seja: o julgador, num esforço interpretativo que o afasta da discricionariedade (em seu sentido *forte*), decide “constrangido a procurar, no emaranhado de princípios contemplados na “sua” teoria, aquela resposta que melhor se harmonizasse (de maneira coerente e consistente) com a unidade do Direito”, afastando-se de qualquer tentação discricionária em seu sentido *forte*.

O ponto é que a tese da resposta correta diz respeito, sobretudo, a uma questão de “postura ou atitude, definidas como interpretativas e autorreflexivas, críticas, construtivas e fraternas, em face do Direito como integridade, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por aquele exigida” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 152-153).

Ademais, o Estado Democrático de Direito possui uma exigência intrínseca à sua natureza, da qual não há razão para abrimos mão: a de que as decisões judiciais sejam

fundamentadas “de modo a que os juízes deixem à mostra a ‘estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica’”.⁵⁶ A fundamentação das decisões judiciais é, portanto, “condição de possibilidade da decisão tomada (isto é, o juiz só decide porque já encontrou o fundamento) – o que, evidentemente, não o desonerará de buscar explicitar esse já-compreendido, mediante o aprimoramento do sentido que lhe foi antecipado” (MOTTA, 2012, p. 140).

Dito de outra forma, deve-se dar destaque para o fato de que o Estado Democrático de Direito “não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2005, p. 51).

Logo, uma decisão será boa ou correta quando tiver sido construída com coerência e respeito à trajetória histórico-institucional dos tribunais, fundamentando-se em princípios de equidade e justiça social, e observando sua integridade em relação ao texto constitucional. É que Dworkin, ao optar pela combinação entre princípios jurídicos e objetivos políticos, permite que os juristas/intérpretes tenham à sua disposição um horizonte inteiro de possibilidades “para a construção/elaboração de respostas coerentes com o direito positivo – o que confere uma blindagem contra discricionariedades [...] e com a grande preocupação contemporânea do direito: a pretensão de legitimidade” (STRECK, 2017b, p. 384-385).

Ao contribuir para o debate acerca da possibilidade de se distinguir entre respostas boas e ruins em Direito, Francisco Motta assim argumenta:

Se não há respostas (em Direito) melhores umas do que as outras, por que afinal nos esforçamos tanto em argumentar juridicamente, em nos debruçarmos sobre os casos ditos *controversos*? Se há apenas *respostas*, por que exigir do juiz o dever de fundamentar suas decisões? Mais, por que permitir a fala das partes? Por que submetê-las ao contraditório? Se tudo fica resolvido pela *discrição* do juiz, por que a garantia do segundo grau de jurisdição? Para substituir uma *discrição* por outra? E, tomemos os casos *fáceis*, aqueles em que já há um certo *consenso* da *comunidade jurídica* a respeito da resposta jurisdicional acertada: não terá o juiz o dever de dar *esta* resposta e não qualquer outra? E se não, por que não? Não há apenas *respostas*, sendo todas

⁵⁶ Além do mais, o dever de fundamentação é exigência expressa de nossa *Constituição Federal*: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.” O dever de fundamentação das decisões judiciais também é encontrado no *Código de Processo Civil*: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Por fim, o *Código de Processo Penal* também possui disposição expressa nesse sentido: “Art. 381. A sentença conterá: III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”.

elas *iguais* em termos de densidade e/ou correção? Ou, ainda: será o fato de que os juízes *erram* o suficiente para desonerar-lhes de tentar acertar?” (MOTTA, 2012, p. 79):

É por tais razões que a tese da resposta correta representa, sobretudo, uma ruptura com o paradigma positivista, marcadamente em razão de uma insuficiência do positivismo jurídico como teoria do direito e no que diz respeito à discricionariedade judicial. Nesse sentido:

A tese da única resposta correta pressupõe, por um lado, uma reconstrução acerca do que é o Direito de uma sociedade democrático-cooperativa (*partnership democracy*) compreendida como comunidade de princípios: Dworkin, contra o positivismo, afirma que o Direito não se reduz a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado a serem, quando muito, meramente reproduzidas no presente pelo juiz, e, contra o realismo, que o Direito não se dissolve em diretrizes políticas ou em meras convicções políticas pessoais do juiz a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima. Por outro lado, a tese da única resposta correta pressupõe uma reconstrução acerca de como interpretar o Direito: para além do dilema positivista e realista entre descobrir ou inventar uma decisão, Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o Direito constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 153-154).

Diante desse cenário, o paradigma que se propõe, a partir da teoria do direito (e da decisão judicial) de Ronald Dworkin, é o de um ambiente hermenêutico-constitucional que estabeleça as condições para que, por meio de uma reconstrução histórico-institucional do direito, permita apontar limites à atuação jurisdicional.

A viabilidade prática de se medir o *grau democrático* de uma decisão judicial, com base na matriz teórica de Dworkin, é o desafio do próximo capítulo, o que será feito a partir da análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em relação à execução provisória da pena.

4 ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA: A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO À EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA

Até o presente momento, buscou-se estabelecer um *common ground* em relação às linhas mestras que sustentam a presente pesquisa: uma primeira linha histórico-conceitual, que explorou a trajetória do constitucionalismo desde o segundo pós-guerra, levando o Judiciário, contemporaneamente, a uma posição de protagonismo político-institucional; e uma segunda linha, que procurou trazer à mesa os principais aspectos que conformam a teoria da decisão judicial (ou do Direito) de Ronald Dworkin, orientada a superar posturas discricionárias desse mesmo Poder Judiciário.

No primeiro capítulo, portanto, foram apontadas as circunstâncias históricas, políticas e sociais que levaram o Poder Judiciário a uma posição de protagonismo em relação aos demais Poderes da República.

Para tanto, promoveu-se um resgate histórico do constitucionalismo europeu, a partir da segunda metade do século XX (e do constitucionalismo brasileiro pós-1988), abordando-se a ruptura paradigmático-constitucional que se tornou possível a partir do reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição, da criação dos tribunais constitucionais com competência para o exercício do controle de constitucionalidade. Esses aspectos somados, levaram a uma *abertura democrática*, que trouxe consigo um fenômeno contingencial denominado judicialização, além da ameaça constituída pelo chamado ativismo judicial. Essas circunstâncias, reunidas, alçaram o Poder Judiciário a uma posição de protagonismo político e institucional em relação aos demais poderes. O ativismo (diga-se, aqui, discricionariedade), é tanto uma das causas, como consequência do novo papel atribuído às cortes.

A judicialização é uma questão de fato, da qual o Judiciário não pode se furtar, inerente aos modelos democráticos contemporâneos. O ativismo relaciona-se a uma postura deliberada assumida pelos julgadores que ignoram o Direito e a Constituição, decidindo com base em seu próprio ponto de vista sobre aquilo que a justiça exige, com base em suas convicções pessoais do que é certo e justo (no mais das vezes, decide com base em argumentos de política, em detrimento dos argumentos de princípio) e, portanto, de forma discricionária.

No segundo capítulo, procurou-se desenvolver os principais aspectos que compõem a sofisticada e complexa teoria do direito de Ronald Dworkin. Essa abordagem, feita a partir de suas críticas ao positivismo jurídico, procurou evidenciar os elementos mais importantes da sua

teoria na defesa da autonomia do Direito, tais como: o Direito como integridade e a sua exigência de decisões coerentes com a historicidade institucional, a leitura moral da Constituição e os argumentos de princípios. Tudo isso em razão de uma rejeição a posturas discricionárias, típicas do positivismo jurídico. Além do mais (até porque possuem uma relação de circularidade com os aspectos anteriores) foram exploradas as suas concepções de democracia e revisão judicial e sua conexão com cláusulas de equidade, justiça social e devido processo legal.

A despeito de o sistema jurídico-constitucional brasileiro ter raízes romano-germânicas, desde o advento da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil passou por um processo de transformação que consagrou a leitura principiológica do direito constitucional, motivo pelo qual teorias da decisão judicial como a de Ronald Dworkin ultrapassaram as fronteiras do *common law* e provocaram novas reflexões acerca da jurisdição constitucional e dos seus limites. Tais reflexões ganharam notoriedade no Brasil, em especial, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal passou a compreender o seu real papel e, dessa forma, estabeleceu-se como protagonista no cenário político nacional.

A leitura principiológica do direito, portanto, alçou o Supremo Tribunal Federal ao papel não só de guardião da constituição, mas de verdadeiro *guardião dos direitos individuais*. Nesse sentido, para que fizesse valer o papel que lhe foi atribuído pelo constituinte, não raras vezes o STF teve que ser compulsado a atuar de forma contramajoritária, anulando atos dos poderes representativos, como forma de assegurar a correta aplicação da Constituição, sem que isso o coloque acima dos demais Poderes ou que isso signifique uma espécie de *superpoder* da Corte Suprema, notadamente, e isso tem que ficar claro, também atua nos limites e sob os desígnios do texto constitucional.

Pois bem. Uma vez exploradas as premissas teóricas da presente pesquisa, é chegada a hora de fazer a sua transição para o campo da aplicação prática.

Dworkin, ao longo de sua obra, adota uma metodologia que se baseia na análise de casos concretos, de julgados reais, para o estudo da prática judicial norte-americana. Tentando seguir metodologia semelhante, porque familiar e porque didática, pretende-se analisar a jurisdição constitucional brasileira, a partir dos julgados envolvendo a execução antecipada da pena, uma vez que é rica em detalhes que permitirão explorar questões atinentes aos limites interpretativos da jurisdição constitucional.

De forma indiscutível, uma das questões mais controvertidas dos últimos anos no âmbito da jurisdição constitucional, no contexto brasileiro, diz respeito à possibilidade de execução provisória da pena em face da garantia constitucional de presunção de inocência.

Nesse sentido, pretende-se analisar a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da execução provisória da pena após acórdão penal condenatório proferido por tribunal de jurisdição ordinária (prisão em segunda instância) a partir dos pressupostos teóricos de Ronald Dworkin.

Com já mencionado, o material que será objeto de análise se concentra nas decisões que formam a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (pleno) no enfrentamento do binômio presunção de inocência – execução provisória da pena, num recorte temporal que vai desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, até a decisão proferida no julgamento de mérito das ADC 43, 44 e 54, ocorrida em 7 de novembro de 2019.

Para tanto, a dinâmica que se pretende estabelecer impõe a necessidade de dois enfoques distintos: um primeiro, que perpassará o posicionamento adotado pelo STF em relação à temática ao longo do tempo, ou seja, a decisão plenária; e um segundo, onde serão buscados os argumentos que demonstram a (in)conformidade constitucional e democrática de alguns dos fundamentos presentes em alguns votos, ainda que tenham sido votos vencidos.

4.1 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E OS ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO: A NECESSÁRIA AUTONOMIA DO DIREITO

Algumas reflexões se fazem necessárias quando se aborda a evolução histórica da jurisprudência do STF nos casos de prisão em segunda instância.

Dentre elas, sem dúvida, a que diz respeito à utilização sistemática de argumentos de diversas naturezas em detrimento de argumentos de princípio, vale dizer, ignorando o próprio texto constitucional, em que pese a sua clareza ao esquadrihar os contornos da presunção de inocência. Como consequência, verifica-se, em algumas ocasiões, uma clara postura ativista do STF que, na temática aqui apreciada, tem se manifestado por meio de argumentos populistas, efficientistas, consequencialistas e, por assim dizer, discricionários, transformando a arena judicial num novo turno do debate majoritário.

Dessa forma, um enfrentamento adequado dos argumentos utilizados em plenário passa, necessariamente pela sua natureza, como forma de verificar se o Supremo Tribunal Federal tem extrapolado ou não o seu limite constitucional para decidir e interpretar a

Constituição e se tem invadido de forma arbitrária o espaço de conformação política dos representantes populares eleitos pelo voto.

Para tanto, recordemos que a presente pesquisa encontra-se assentada na concepção constitucional de democracia proposta por Dworkin (2002, p. 357): *coparticipativa, comunitária ou em parceria*. Assumir essa perspectiva, significa reconhecer que numa democracia as pessoas devem ser consideradas no mesmo patamar de igualdade, de tal forma que, se necessário for, as pessoas terão seus direitos fundamentais protegidos contra as maiorias de ocasião, ainda que por meio da intervenção judicial (controle de constitucionalidade).

Vale lembrar que o direito como integridade (uma das bases da democracia coparticipativa e o seu ideal de igualdade) exige que o julgador aplique princípios de justiça social e equidade a todos os novos casos que lhe sejam apresentados, de tal maneira que o caso de cada membro da comunidade seja justa e equitativamente julgado, com base nos mesmos critérios. Significa dizer que uma decisão deve guardar coerência e consistência lógica com as demais decisões de casos semelhantes. Logo, o dever de integridade repousa na exigência de que os juízes e os tribunais como um todo respeitem o ordenamento jurídico tal como ele realmente é: “um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”, sempre levando-se em consideração o horizonte histórico em que o intérprete está inserido (DWORKIN, 1986, p. 243).

Lembremos, aqui, do romance em cadeia, metáfora por meio da qual Dworkin (1986, p. 229 e ss.) busca demonstrar que há um compromisso político assumido pelo julgador: o de que suas decisões levem em consideração toda uma tradição histórico-institucional de interpretação dos textos jurídicos e de que ele (o julgador) não é uma célula isolada e jurisdição: antes dele há uma instituição, há toda uma tradição construída por outros julgadores que o antecederam.

Trata-se de uma exigência de respeito ao próprio Direito, uma vez que o julgador estaria compelido a conhecer como a Constituição foi interpretada ao longo do tempo em casos semelhantes, como forma de não partir de um grau zero de compreensão acerca do que está julgando. Na verdade, ao tomar conhecimento sobre o que já foi interpretado, o julgador passa a compreender o que foi criado coletivamente e, a partir disso, forma o seu próprio entendimento sobre o que os demais autores escreveram, dando continuidade à mesma história, há muito iniciada.

Outro fator que merece ser lembrado, é o de que ao judiciário não é permitido imiscuir-se em debates políticos, ainda que de forma argumentativa. O debate político tem a sua arena própria, cujos contornos dizem respeito com metas e objetivos que visam o *bem comum*. Ao Judiciário cabe decidir com base em outro padrão, outro parâmetro: os princípios, assim compreendidos como padrões que devem ser observados “não porque vão promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 1977, p. 22).

Portanto, nisso consiste a autonomia do Direito em relação à política: os argumentos de princípio, típicos das decisões tomadas pelas cortes judiciárias, devem sempre prevalecer sobre os argumentos de política, típicos das decisões tomadas pelos representantes eleitos pelo voto.

É importante que essa questão fique clara, pois, como já vimos, o Direito é um ramo (subdivisão) da Política – afinal, o Direito é criado nas casas legislativas. Segundo Francisco Motta, o Direito confirma a sua legitimidade e, por conseguinte a sua autonomia, quando trata a todos com igual consideração e respeito e quando respeita a responsabilidade ética dos membros da comunidade por suas próprias vidas:

[A] dita autonomia é conquistada pelo Direito, para Dworkin, por meio do propósito que este atribui a esta prática social: a justificação do uso da força coletiva. A justificação só se dá quando o uso público da coerção observa os direitos individuais. Daí dizer-se que a função precípua do Direito é a preservação dos princípios da dignidade humana, na sua dupla formulação: autorrespeito e autenticidade. Veja-se que a tradução destes princípios para o domínio da moralidade política assume a forma de dois deveres para o Estado (*government*): o de tratar as pessoas sob o seu domínio com igual consideração e respeito, e o de respeitar a responsabilidade ética dos membros da comunidade por suas próprias vidas (MOTTA, 2018, p. 261-262).

Dito em outras palavras, o Direito reforça a sua legitimidade e a sua própria autonomia, na medida em que os julgadores o aplicam com mesmo grau de respeito e deferência a cada um dos membros da comunidade, e na medida em que se utilizam de argumentos de princípio para decidir, assim considerados como sendo aqueles argumentos que buscam seu fundamento no próprio Direito, visando respeitar ou assegurar um direito de um indivíduo ou de um grupo.

4.1.1 O Direito como integridade e a evolução jurisprudencial da prisão em segunda instância: sintomas de uma democracia frágil

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil foi promulgada em 5 de outubro de 1988. Foi o ponto alto do processo de redemocratização brasileiro, que se deu no

bojo de uma transição de um regime autoritário para um Estado Democrático de Direito. Apelidada por Ulisses Guimarães de *Constituição Cidadã*, o pacto político trouxe em seu corpo um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais pode-se destacar os princípios da presunção de inocência (ou da não-culpabilidade) e o do devido processo legal.

Na mesma linha das demais constituições do segundo pós-guerra, a Constituição Federal de 1988 é um verdadeiro marco porque “inaugura um novo modelo de Estado, voltado ao cumprimento das promessas da modernidade, cuja construção, porém, deve ser entendida como um exercício permanente da cidadania”, trazendo em seu corpo um extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 152).

A Constituição Federal de 1988 proclama, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O dispositivo consagra o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. De 1988 até 2009, o entendimento que vigorou no Supremo Tribunal Federal foi o de que essa norma não impedia a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, mesmo diante de recursos extraordinário (RE) e especial (REsp) pendentes de julgamento. No mais das vezes, esse entendimento era lastreado no fato de que tais recursos não são dotados de efeito suspensivo nem se destinam a rever condenações, prestando-se, tão somente, a reconhecer eventuais inconstitucionalidades ou ilegalidades ocorridas nas instâncias ordinárias, sem promover reexame de fatos ou provas.⁵⁷

5 de fevereiro de 2009: o tema da execução antecipada da pena chega pela primeira vez ao plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau. A decisão é paradigmática, pois foi a primeira vez que o plenário do STF enfrentou de forma direta o tema. Por maioria de 7 a 4, o STF assentou o novo entendimento de que a interposição de recursos da defesa aos Tribunais Superiores, mesmo após acórdão penal condenatório de segundo grau, suspende a execução da pena privativa de liberdade. Dessa forma, a Corte Suprema passou-se a impedir a execução provisória da pena com o objetivo de efetivar as garantias processuais dos réus.⁵⁸

⁵⁷ Nesse sentido: Julgados pelo Plenário: HC 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, HC 72.061, Rel. Min. Carlos Velloso; Julgados pela Primeira Turma: HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia; HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello; e Julgados pela Segunda Turma: HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa; RHC 84.846, Rel. Min. Carlos Velloso e RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie.

⁵⁸ Votaram com a maioria, pela incompatibilidade da execução provisória com a presunção de inocência, os Ministros Eros Grau (Relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Votaram vencidos, pela manutenção da orientação anterior, que permitia a

O julgado, cuja orientação vigorou até 2016, reconheceu que a ampla defesa não pode ser visualizada de forma restrita, uma vez que engloba “todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária”. Segundo ficou consignado na ementa do HC 84.078/MG, “a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão” (BRASIL, 2009, p. 1).

17 de fevereiro de 2016: ao negar o HC 126.292/SP, por maioria de 7 votos a 4, o plenário do Supremo Tribunal Federal muda novamente o seu entendimento, admitindo que o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. A decisão, portanto, indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84.078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação.⁵⁹ O julgado ficou assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2016a, p. 1).

5 de outubro de 2016: por maioria de 6 votos a 5, indeferiu-se as medidas cautelares requeridas nas ADC 43 e 44. Na ocasião, a Corte se manifestou pela declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme a Constituição, permitindo o início do cumprimento da pena quando houver condenação em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível, confirmando o entendimento adotado a partir do HC 126.292/SP.⁶⁰

execução do acórdão penal condenatório mesmo que pendente de RE ou REsp, os Ministros Menezes Direito, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia e Ellen Gracie.

⁵⁹ Formaram a maioria por negar a ordem de HC e pela compatibilização da execução antecipada da pena com a presunção de inocência, os Ministros Teori Zavascki (Relator), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

⁶⁰ Com a maioria, votaram os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

Na ementa do julgado, o STF assim consignou:

EMENTA [...] 1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” [...] 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. [...] 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível (BRASIL, 2016b, p. 1).

5 de abril de 2018: o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou, por maioria de votos (6 a 5), o HC 152.752/PR, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva buscava impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Ao votar pelo indeferimento do HC, o Relator, Ministro Edson Fachin, ressaltou que deve haver estabilidade e respeito ao entendimento dos tribunais e que, no caso da execução provisória da pena, não houve até o momento revisão da jurisprudência em sede de controle concentrado. Para Fachin, eventual alteração do entendimento sobre a matéria só pode ocorrer no julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44. Até lá, não se pode se dizer que há ilegalidade na decisão do STJ que negou HC preventivo do ex-presidente, porque sustentado na jurisprudência do STF.⁶¹

EMENTA [...]3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. 4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência (BRASIL, 2018, p. 1).

7 de novembro de 2019: por maioria de 6 a 5, o Plenário do Supremo Tribunal Federal promoveu uma nova virada jurisprudencial ao julgar procedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54/DF, quando firmou o entendimento de que a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito

⁶¹ Formaram maioria para denegar a ordem: Edson Fachin (Relator), Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia. Vencidos, em menor extensão, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello.

em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena é constitucional. Segundo o Relator, Ministro Marco Aurélio, o artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), ao afirmar que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.⁶²

Pois bem. O que se constata a partir do breve resgate histórico, é que em pouco mais de trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento de forma substancial em relação à execução provisória da pena, em decisões que promoveram um giro em sentido completamente oposto ao anteriormente adotado.

A partir de uma perspectiva temporal, parece ficar evidente que as decisões proferidas pelo plenário desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 não guardar coerência e consistência lógica umas com as outras. Dito em outras palavras, as três mudanças de entendimento ocorridas em tão curto espaço de tempo (2009, 2016, 2019) se justificam, do ponto de vista do Direito como integridade.

Isso porque não há qualquer mudança relevante no Direito que justifique tal alternância, motivo pelo qual se verifica-se a falta de coerência de uma em relação às outras, em especial, pelo fato das decisões de 2016 (HC 126.292/SP), de forma abrupta e com base em argumentos não jurídicos, não observou a tradição interpretativa institucional pós-1988, de privilegiar direitos e garantias individuais, como foi feito no HC 84.078/MG, julgado em 2009, tendo a Corte resgatado esse posicionamento somente agora em 2019, por uma maioria apertadíssima de 6 a 5.

Mais do que isso, conforme já mencionado, a falta de legitimidade das decisões de 2016⁶³ e na decisão de 2018⁶⁴, cuja maioria se deu no sentido de que a prisão em segunda instância é compatível com a presunção de inocência, estaria caracterizada pela presença de argumentos políticos, tais como: *clamor social*, *sentimento social de impunidade*, *celeridade*

⁶² Votou com a maioria: Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli. Ficaram vencidos: Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia.

⁶³ HC 126.292/SP e MC ADC 43 e 44.

⁶⁴ HC 152.752/PR.

processual, eficiência do sistema de justiça penal, credibilidade das instituições, dentre outros de mesma natureza.

Dessa forma, passar-se-á a analisar o impacto para o Direito da presença dos argumentos políticos utilizados pelos Ministros em seus votos, ainda que não tenham conduzido a tese vencedora.

4.1.2 As Medidas Cautelares nas ADC 43 e 44/DF

Trata-se de duas ações declaratórias de constitucionalidade, uma delas proposta pelo Partido Ecológico Nacional - PEN (ADC 43) e a outra pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados – OAB (ADC 44), no bojo das quais se postulou a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, que prevê: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Há, ainda, uma terceira ADC (nº 54), ajuizada *a posteriori* pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), que acabou sendo julgada, no mérito, em conjunto com as ADC 43 e 44.

O pano de fundo das ações foi a controvérsia constitucional acerca da constitucionalidade do art. 283 da Lei nº 12.990/2014, sobretudo em razão da decisão proferida pela Corte Suprema no HC 126.292/SP.

Ocorre que, quando do julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 2016, alterou-se o entendimento até então vigente na Corte, passando-se a permitir a execução antecipada da pena, ocasião em que estabeleceu-se uma grande controvérsia jurídico-constitucional ante a fragilização do princípio da presunção da inocência, alterando-se o entendimento firmado desde o HC 84.078/MG, julgado em 2009, de que a execução antecipada da pena viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

A controvérsia, portanto, deu-se a partir do momento em que o STF, ao autorizar a execução provisória da pena sem se manifestar quanto à (in)constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, criou uma anomalia no sistema jurídico, porquanto, de maneira indireta, negou-lhe eficácia no caso concreto, sem invalidá-lo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (HC 126.292/SP, STF, Relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, JULG: 17/02/2016, DJe-100, DIVULG, 16-05-2016, PUBLIC 17-05-2016, RTJ VOL-00238-01 PP-00118).

O tema de fundo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade ajuizadas pelo Patriota e pelo Conselho Federal da OAB, portanto, repousa no princípio da presunção de inocência (proclamado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) e na consequente constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal. Os autores entendem que o art. 283, do CPP, condiciona o cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.⁶⁵

Cautelarmente, as ADC 43 e 44 pugnaram pela suspensão da execução antecipada da pena de todos os acórdãos penais condenatórios prolatados em segunda instância, por violação ao CP e a libertação das pessoas presas antes do trânsito em julgado da condenação.

Dito em outras palavras, as ações tinham como objeto a restauração do *status* jurídico da presunção da inocência frente à execução antecipada da pena, adquirido na decisão proferida no HC 84.078/MG, de 2009, que havia assentado a impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, admitindo-se somente a prisão cautelar.

Ao denegar as cautelares em ADC, por maioria, ficou assentado pelo Plenário do STF, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, que o art. 283 do Código de Processo Penal é constitucional. No entanto, ele não impediria o início da execução da pena após condenação em segunda instância, salvo quando for atribuído efeito suspensivo a eventual recurso a cortes superiores.

A favor do deferimento das cautelares, votaram os Ministros Marco Aurélio Mello (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.

⁶⁵ Mais tarde também foi ajuizada a ADC 54, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) que, embora tivesse o mesmo objeto das ADC 43 e 44, trouxe o argumento de que as prisões após a confirmação da condenação em segunda instância se tornaram automáticas e imediatas. Nas três ações, o pedido principal de mérito é para que o STF declare a constitucionalidade do artigo 283 do CPP com efeito vinculante, ou seja, de observância obrigatória em todas as instâncias.

O Ministro Marco Aurélio Mello (relator) votou pela concessão da cautelar argumentando que a *culpa* a que se refere o art. 5º, LVII da CF é “pressuposto da reprimenda” e a sua constatação ocorreria apenas com o trânsito em julgado, sendo, portanto, constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, o eminente Ministro Marco Aurélio, registrou a sua perplexidade ao constatar que as ações visavam conferir validade a dispositivo que *reproduz* o texto da Constituição Federal, o qual, inclusive, foi editado pelo Congresso, que optou por ratificar a leitura assentada pelo próprio Supremo, à época do HC 84.078/MG, em relação à presunção da inocência:

O abandono do sentido unívoco do texto constitucional gera perplexidades, presente a situação veiculada nestas ações: pretende-se a declaração de constitucionalidade de dispositivo que reproduz o prescrito na Carta Federal. Não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria teratológico; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável. Ao editar o dispositivo em jogo, o Poder Legislativo, mediante a Lei nº 12.403/2011, limitou-se a concretizar, no campo do processo, garantia explícita da Lei Maior, adequando-se à compreensão então assentada pelo próprio Supremo. Evidencia-se a repercussão negativa do entendimento assentado na apreciação do habeas corpus nº 126.292: reverteu-se a compreensão da garantia que embasou a própria reforma do Código de Processo Penal. Revela-se quadro lamentável, no qual o legislador alinhou-se ao Diploma Básico, enquanto este Tribunal dele afastou-se (BRASIL, 2016b, p. 15).

Acompanhando a relatoria, a Ministra Rosa Weber sustentou a constitucionalidade espelhada do art. 283, do CPP, com as disposições dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Constituição Federal, tendo como corolário a necessária vinculação da presunção de inocência ao trânsito em julgado.

Acompanharam o relator, ainda, o Ministro Ricardo Lewandowski e o Ministro Celso de Mello, para a revisão da jurisprudência fixada em 2009 “reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso país”.

Ao aduzir que a execução da pena fica suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF, com fundamento na dificuldade de admissão de recurso extraordinário em matéria penal em face do requisito da repercussão geral, o Ministro Dias Toffoli acolheu, em parte, o posicionamento do Relator.

O voto divergente foi aberto pelo Ministro Edson Fachin, que, numa *interpretação conforme a Constituição*, entendeu como constitucional o art. 283, do CPP, mas que ele, por si só, não impediria que se desse início ao cumprimento provisório do acórdão penal condenatório.

Para que ficasse afastada a possibilidade de o acórdão ser executado de imediato, a própria decisão deveria atribuir efeito suspensivo aos recursos que fossem impetrados nos tribunais superiores.

Dessa forma, assim se manifestou o Ministro Edson Fachin:

Voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo a qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível (BRASIL, 2016b, p. 48).

A divergência foi seguida pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Ao acompanhar a divergência, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou, dentre outras coisas, a necessidade de se garantir a *efetividade do direito penal*, mencionando, ainda, que a presente virada jurisprudencial corrige algumas *distorções* criadas com o entendimento anterior, tais como: *incentivo desmedido à interposição sucessiva de recursos*, um agravamento da *seletividade do processo penal* e o *descrédito da sociedade no sistema de justiça*, *incentivando a criminalidade*, diante da *sensação de que nada vai acontecer* (BRASIL, 2016b, p. 49 e ss.).

Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade (BRASIL, 2016a, p. 50-51).

Desta forma, o Ministro Barroso fundamentou o seu voto na tese de que a execução provisória da pena após a decisão condenatória de segundo grau é legítima, mesmo que pendente de recursos às instâncias superiores, com base na necessidade de se assegurar a “efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados, devendo-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do Código de Processo Penal, para excluir interpretação diversa” (BRASIL, 2016b, p. 107).

O Ministro Teori Zavascki também aderiu ao voto divergente, destacando que o término da jurisdição ordinária encerra o exame de probatório e, portanto, a culpa já estaria formada, motivo pelo qual reafirmou seu próprio entendimento manifestado no julgamento do

HC 126.292, do qual foi relator, de que o princípio da presunção da inocência não impede o cumprimento da pena.

Por seu turno, o Ministro Luiz Fux ressaltou em seu voto que já existe um mecanismo de controle sobre as condenações em segunda instância que violem a lei ordinária ou a Constituição, porquanto o STF e o STJ admitem a possibilidade de suspensão de ofício, em *habeas corpus*, nesses casos. Portanto, não haveria óbice para o imediato início do cumprimento da pena após acórdão que confirme sentença condenatória de primeiro grau.

Por fim, acompanharam a divergência o Ministro Gilmar Mendes e a Ministra Cármen Lúcia. Esta última fundamentou seu voto ressaltando que “a confiabilidade que é a base da manutenção das instituições democráticas”, bem como “que o acesso à Justiça não significa apenas acionar-se o Poder Judiciário, mas se ter uma resposta em duração razoável - e esta resposta de duração razoável ser efetivada” (BRASIL, 2016b, p. 247).

Pois bem. Analisados alguns aspectos relativos ao julgamento dos pedidos cautelares nas ADC, passar-se-á a abordar, de forma sintética, como cada Ministro fundamentou o seu voto, na intenção de se dar destaque ao teor dos argumentos utilizados na julgamento que *pacificou* a discussão, reconhecendo a constitucionalidade do art. 283, do CPP, numa votação em que se formou maioria por um placar mínimo (6 a 5).

4.1.3 Julgamento de Mérito das ADC 43 e 44 e 54/DF

No referido julgamento, o último sobre o tema, ocorrido ainda em 2019, promoveu-se uma nova mudança no entendimento acerca da matéria, resgatando-se a orientação inicial firmado no julgamento do HC 84.078/MG, julgado em 2009.

Formaram maioria para a tese vencedora os Ministros Marco Aurélio (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli para assentar que o Artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, é compatível com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e, portanto, não admite a reclusão para início do cumprimento de acórdão penal condenatório enquanto houver pendência de recursos às instâncias superiores, motivo pelo qual ele é constitucional.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que, de forma sintética, entenderam que a execução da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência.

Passemos, portanto, aos votos de cada componente do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito das ADC 43, 44 e 54/DF. Num primeiro momento serão abordados os votos que formaram maioria e, num segundo, os votos vencidos, a começar pelo voto do Relator, Ministro Marco Aurélio.

O relator, Ministro Marco Aurélio pugnou pela constitucionalidade do art. 283, do CPP e, na sua esteira, pela suspensão da execução provisória das penas que tenham sido determinadas nos casos em que ainda havia recursos pendentes, com a consequente libertação dos presos que se encontrassem nessa situação. Para o relator, o art. 5º, inc. LVII, da CF/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, não deixa margem a controvérsias em sua interpretação. Ademais, eventuais casos de prisão antes do trânsito em julgado poderiam se dar mediante prisão preventiva, quando presentes as hipóteses do art. 312, do CPP.

Acompanhando o relator, a Ministra Rosa Weber entendeu que a Constituição define expressamente o momento processual da formação da culpa: o trânsito em julgado. Logo, os julgadores, como intérpretes da Constituição que são, devem se pautar pelo texto constitucional. De acordo com a Ministra, os legítimos anseios sociais por um processo penal mais efetivo e célere, as distorções e problemas que decorrem do sistema processual penal como um todo, “não devem ser resolvidos pela supressão de garantias, e sim mediante aperfeiçoamento da legislação”.

Não se tratando de prisão de natureza cautelar, todavia o fundamento da prisão – a prisão pena – será a formação do que chamamos de culpa. E, segundo a norma expressa da Constituição, essa convicção somente pode irradiar efeitos normativos a partir do momento definido como o trânsito em julgado da condenação criminal. Gostemos ou não, esta a escolha político-civilizatória manifestada pelo Poder Constituinte, e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos. O Supremo Tribunal Federal é o guardião do texto constitucional, não o seu autor. [...] A sociedade reclama, e com razão, que processo penal ofereça uma resposta célere e efetiva. Tal exigência, no entanto, não pode ser atendida ao custo da supressão das garantias fundamentais asseguradas no Texto Magno, garantias estas lá encartadas para proteger do arbítrio e do abuso os membros dessa mesma sociedade.

No mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski consignou, em seu voto, que além de o art. 283, do CPP ser compatível com a Constituição, o inciso LVII, do artigo 5º da Carta Federal não admite qualquer interpretação diferente. Para Lewandowski, o julgamento do

HC 126.292 (em que o STF passou a permitir a prisão em segunda instância), representou um enorme retrocesso jurisprudencial, uma vez que a presunção de inocência foi internalizada no texto constitucional como uma forma de proteção contra abusos do Estado. Ainda para o Ministro, a Constituição Federal de 1988 não é uma *mera folha de papel*, que pode ser rasgada sempre que vá de encontro aos interesses e forças políticas de momento.

A nossa Constituição - convém lembrar - não é uma mera folha de papel, que pode ser rasgada sempre que contrarie as forças políticas do momento. Ao revés, a Carta Magna possui força normativa suficiente para fazer com seus preceitos, notadamente aqueles que garantem os direitos individuais e coletivos das pessoas, sejam cabalmente observados, ainda que anseios momentâneos, mesmo aqueles tidos como prioritários em um determinado momento histórico - a exemplo do combate à corrupção, que um setor mais mobilizado da sociedade, politicamente motivado, hoje reclama com estridência - requeiram solução diversa. É que a única saída legítima para qualquer crise, real ou imaginária, em um regime que se pretenda democrático, consiste justamente no incondicional respeito às normas constitucionais.

O Ministro Gilmar Mendes alertou que após o julgamento do HC 126.292, ocorrido no ano de 2016, houve uma distorção do que foi julgado pelo STF, uma vez que os tribunais passaram a decretar de forma automática a prisão dos condenados em segundo grau de jurisdição. Isso porque a execução provisória da pena sem fundamentação que demonstre a presença dos requisitos para a prisão provisória do art. 312, do CPP, viola o princípio da presunção de inocência. Mais do que isso, o Congresso Nacional deliberou de forma a adequar o CPP ao texto constitucional.

Também acompanhando o relator, o decano Celso de Mello assentou que nenhum Juiz do Supremo Tribunal Federal, favorável ou não à tese do trânsito em julgado, discorda da imperiosa necessidade de se combater e reprimir com vigor a criminalidade perpetrada por agentes públicos “ou por delinquentes empresariais investidos de grande poder econômico”, mas sempre respeitada a garantia constitucional do devido processo legal e seus consectários, como determina a Constituição da República e seus princípios reitores, tal como o da presunção de inocência, que repele qualquer tentativa autoritária de tratar como culpado “aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência”.

Dessa forma, a repressão ao crime não pode suplantar a Constituição e desrespeitar a ordem jurídica e os direitos e garantias fundamentais dos investigados. Celso de Mello alertou, ainda, que o Poder Judiciário não pode decidir com base no clamor público e que a exigência do trânsito em julgado para cumprimento de decisão penal condenatória não obsta a prisão cautelar fundamentada com base no art. 312, do CPP

Daí, Senhor Presidente, a essencialidade de Juízes e Tribunais que, conscientes de sua alta missão constitucional e de seu dever de fidelidade ao texto da Lei Fundamental do Estado, ajam, com isenção e serenidade, como membros de um Poder livre de

injunções marginais e imune a pressões ilegítimas, para que a magistratura possa cumprir, como já vem cumprindo, com incondicional respeito ao interesse público e com absoluta independência moral, os elevados objetivos inscritos na Carta Política, consistentes em servir, com reverência e integridade, ao que proclamam e determinam a Constituição e as leis da República.

O Ministro Dias Toffoli, Presidente do STF na ocasião, ao votar pela concessão da ordem, sustentou que o a prisão com fundamento exclusivo na condenação penal só pode ser decretada após esgotada a via recursal. Explicou que se trata de uma opção lícita e expressa do legislador que se compatibiliza com o princípio constitucional da presunção de inocência e que o próprio Parlamento poderia alterar o art. 283, do CPP, de forma a definir outro momento para a prisão. Segundo o Presidente da Corte, o Tribunal do Júri comporta uma exceção à regra do art. 283, pois a decisão proferida pelo Conselho de Sentença é soberana.

A divergência foi inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, para quem o princípio constitucional da presunção de inocência pode ser afastado por uma decisão condenatória de segunda instância devidamente fundamentada e que tenha observado o devido processo legal. O Ministro sustentou, ainda, a tese de que as instâncias ordinárias são as responsáveis pela análise de culpabilidade, competindo-lhes, portanto a análise fática e probatória. Ademais, há a necessidade de se dar uma maior efetividade à atuação das instâncias ordinárias, cujas ilegalidades ou inconstitucionalidades podem ser alvo de *habeas corpus* nas instâncias superiores.

Ao acompanhar a divergência, o Ministro Edson Fachin entendeu que a execução do acórdão penal condenatório em segundo grau de jurisdição não viola a Constituição Federal, desde que não seja atribuído de forma expressa efeito suspensivo aos recursos cabíveis. Tal possibilidade não afasta a incidência das garantias relativas à presunção de inocência. Segundo Fachin, “é inviável sustentar que toda e qualquer prisão só pode ter seu cumprimento iniciado quando o último recurso da última corte constitucional tenha sido examinado”. Sustentou seu voto, ainda, na jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos que, segundo registrou, consideram a presunção de inocência de forma mais restrita.

Na mesma linha, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou que pela leitura do inciso LVII, do artigo 5º, da CF, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, juntamente com o inciso LXI, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, verifica-se que “o pressuposto para a decretação da

prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

O Ministro Barroso entende autorizar a prisão em segunda instância é uma questão de garantia da ordem pública que traz consigo a exigência de se “assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.”

Ao acompanhar a divergência, o Ministro Luiz Fux assinalou que o princípio da presunção da inocência não obsta o recolhimento do réu à prisão. Segundo sua compreensão, o que a Constituição Federal pretende é, tão somente, garantir que o réu tenha a possibilidade de provar a sua inocência até que sua condenação transite em julgado. Nesse sentido, embora admita que a presunção de inocência seja um direito fundamental, Fux entende que não é um direito absoluto, porquanto, “na medida em que o processo tramita, a presunção vai sendo mitigada”. O Ministro destacou, ainda que o STF e o STJ não fazem exame de autoria nem de materialidade, cuja análise se encerra nas instâncias ordinárias. Também fez menções à opinião pública e à efetividade da persecução penal.

Por oportuno, ressalte-se que não pode haver dúvida sobre a percepção social do tema. A elevação do risco de prescrição e o retardamento da prestação jurisdicional gera situações em que crimes gravíssimos, depois de ultrapassarem todos os obstáculos à sua descoberta, investigação, obtenção de provas de autoria e de materialidade, acabam enredados na teia de recursos que resulta na impunidade. Não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema [...] Se tiver em jogo uma razão pública ou valor moral, temos que ouvir a sociedade. Nós somos homens tirados da sociedade, nos submetemos a sabatina no Congresso nacional. Quem são os destinatários do direito? A sociedade, claro”.

Por fim, a Ministra Cármen Lúcia, última a votar com a divergência aberta pelo Ministro Alexandre de Moraes, sustentou que a execução antecipada da pena não viola o princípio da presunção de inocência. Conforme manifestou-se, a presunção de inocência deve ser interpretado de forma harmônica com os demais dispositivos constitucionais que tem conexão como tema. Destacou, ainda, que a eficácia do direito penal se dá em razão da certeza de que as penas impostas serão cumpridas e que sem essa certeza, a sociedade é invadida pelo sentimento da impunidade.

A eficácia do direito penal afirma-se, na minha compreensão, pela definição dos delitos e pela certeza do cumprimento das penas. Se não se tem a certeza de que a pena será imposta, de que será cumprida, o que impera não é a incerteza da pena, mas a certeza ou pelo menos a crença na impunidade. [...] E afirme-se que os que mais

contam com essa certeza, ou com essa crença, não são os mais pobres. São aqueles que dispõem de meios para usar, ou até para abusar, de todo um rebuscado e intrincado sistema recursal, de todos os meios para não precisar de responder pelo delito e prostrar o processo no tempo, até se chegar à prescrição da pretensão punitiva e à frustração dos direitos daqueles que sofreram como consequência do delito.

Dessa forma, feita a análise dos votos de cada Ministro no julgamento que passou a impedir a execução antecipada da pena, passar-se-á a perquirir o impacto e o significado da presença de fundamentos estranhos ao Direito naqueles votos que se utilizaram de argumentos nitidamente políticos para decidir.

4.2 ARGUMENTOS DE PRINCÍPIO E ARGUMENTOS DE POLÍTICA: ENTRE A AUTONOMIA DO DIREITO E OS ÁLIBIS RETÓRICOS

Como sustenta o Ministro Celso de Mello no julgamento das medidas cautelares nas ADC 43 e 44/DF, ao consagrar a presunção de inocência em nosso sistema jurídico, a Carta Magna trouxe em seu bojo uma regra de tratamento que impede que o Estado Penal de agir, em relação aos *acusados em geral* (suspeitos, indiciados, denunciados ou réus), como se já houvessem sido condenados em decisão judicial da qual não caiba mais recurso.

A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado da condenação criminal) representa, de um lado, como já assinalado, fator de proteção aos direitos de quem sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria execução de sanções privativas de liberdade, de penas restritivas de direitos ou, até mesmo, de simples pena de multa. [...] A nossa Constituição estabelece, de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos pelo Estado (e por seus agentes) no desempenho da atividade de persecução penal. Na realidade, é a própria Lei Fundamental que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito em julgado da condenação criminal (BRASIL, 2016b, p. 228 e ss.).

Nesse sentido, Fábio Roque Sbardellotto (2001, p. 82) adverte que, no paradigma do Estado Democrático e Social de Direito, o Direito Penal (e aqui incluo o Direito Processual Penal) não é uma ilha dentro do ordenamento jurídico, motivo pelo qual deve passar, necessariamente, por uma “filtragem constitucional, extraindo-se da hierarquia valorativa contida na Constituição seu conteúdo material e sua legitimação”.

Portanto, especialmente no âmbito judicial, o *filtro* para a aplicação do direito penal (material e processual) deve ser a Constituição (e os seus princípios), de tal forma que argumentos de cunho pragmático, objetivando metas utilitaristas ou outros *standards* quaisquer estranhos ao Direito, devem ser barrados pela própria autoridade da Constituição. Isso porque tais argumentos não têm (e nem poderiam ter) envergadura mínima suficiente para afastar a incidência de direitos fundamentais.

Aliás, já vimos, quando os Poderes representativos tomam decisões que afastam a incidência da Constituição, entra em cena o controle de constitucionalidade, justamente para restaurar a autoridade do texto constitucional e dos direitos fundamentais e, por consequência, restaurar o *status* de igualdade e respeito em relação ao indivíduo ou grupo minoritário que foi desconsiderado por uma decisão majoritária.

No caso em estudo (e sob a perspectiva do referencial teórico adotado), pode-se dizer que as decisões que autorizaram a execução do acórdão penal condenatório em segunda instância, em certa medida, subverteram a ordem jurídico-constitucional ao afastar a incidência do texto constitucional, deixando que o Direito (leia-se Constituição) fosse constringido por argumentos utilitaristas e eficiência processual (argumentos de política).

Esse é o ponto. A discussão toda diz respeito à natureza jurídica dos argumentos utilizado em boa parte dos votos (que por vezes conduziram a decisão plenária), cujo objetivo era o de afastar um direito fundamental: *clamor popular, funcionalidade do sistema penal, efetividade e credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal*.

É disso que se trata, afinal de contas: determinar a categoria jurídica a que tais argumentos pertencem. Por certo que não se está a falar de argumentos de princípio (constitucionais), uma vez que possuem nítido caráter político, de metas de Governo (ou Estado) e, nesse sentido, argumentos não jurídicos, cujos debates são (ou deveriam ser) travados nas casas representativas da política majoritária, no pleno exercício da discricionariedade política (argumentos de política).

Ocorre que ao longo das decisões plenárias do STF, tais argumentos foram frequentemente utilizados numa tentativa, repita-se, por vezes vitoriosa, de dar novos contornos ao conceito de *trânsito em julgado*, como ocorreu, a título de exemplo, no HC 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em 17 de fevereiro de 2016:

O grande problema é que, por ocasião do julgamento do HC 126.292, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, essa Suprema Corte operou uma verdadeira alteração do texto constitucional, curiosamente em um caso comum – que sequer se enquadra naquilo que pode ser considerado como uma exceção – por meio do qual buscou reprimir a jurisprudência tradicional, sob o alibi da efetividade processual, voltada à instituição de uma verdadeira política judiciária que deverá orientar a atuação dos tribunais nos casos futuros [...] Em suma, ao redefinir a expressão “trânsito em julgado”, essa Suprema Corte não apenas ultrapassou os limites semânticos do texto constitucional, como esvaziou seu sentido originário, ou mais primitivo, na medida em que segundo a interpretação proposta pelo Ministro Teori Zavascki – e vencedora no plenário do Tribunal – “trânsito em julgado” se converteu, precisamente, em “não trânsito em julgado.” (STRECK, 2018, p. 380).

O cenário que se revela a partir de interpretações como essa é de uma ameaça real à segurança jurídica e, sobretudo, à integridade do Direito, uma vez que, ao se interpretar um texto jurídico com base em critérios pessoais e discricionários, há comprometimento da democracia e do papel atribuído ao Poder Judiciário, porque, assim fazendo, o julgador esquece que “há uma dimensão substantiva que não está à livre disposição dos intérpretes, não podendo ser simplesmente convencionaada pelas maiorias de ocasião. Nós temos uma Constituição e, gostemos dela ou não, precisamos respeitá-la.” (STRECK, 2018, p. 381).

É oportuno que se diga: em relação aos casos aqui estudados, as votações realizadas pelo plenário do STF, sempre por maioria apertada (para um lado ou para o outro) são um sintoma que não pode ser desconsiderado, uma vez que, depois de mais de 30 anos de um jovem, mas já consolidado Estado Democrático de Direito, certas questões principiológicas não deveriam ser alvo de maiores dissonâncias. Algo não vai bem.

Os *argumentos de princípio*, portanto, justificam uma decisão tomada no campo político, “mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”. Nesse sentido, são padrões que favorecem um direito individual, como uma espécie de trunfos contra os interesses coletivos, ou seja: são argumentos que autorizam o exercício do papel contramajoritário, na defesa das minorias contra as decisões políticas (argumentos de política) das maiorias ocasionais (DWORKIN, 1977, p. 82-83).

Isso porque os *argumentos de política*, como o próprio nome já indica, são aqueles que justificam uma decisão política, tal qual as que “fomentam ou protegem algum objetivo coletivo ou da comunidade como um todo”. Trata-se, portanto, de um *standard* que estabelece um objetivo político, uma meta de governo (DWORKIN, 1977, p. 82-83).

Nesse sentido, e de forma a assegurar a correta compreensão de tais conceitos, assim Dworkin define *política* e *princípio*:

Denomino *política* aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino *princípio* um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 1977, p. 22).

Um horizonte bastante limpo se descortina a partir dessas noções: o de que é justamente pelo fato de as maiorias fundarem as suas decisões em argumentos de política (metas políticas, portanto), que não podem essas mesmas maiorias serem as responsáveis por dirimir questões relativas à proteção ou garantia de direitos fundamentais em face de violações por elas

mesmas perpetradas. Não por outro motivo se faz a eleição de um fórum distinto para o debate acerca da validade ou não das decisões majoritárias de cunho duvidoso: o poder judiciário, cujos debates se operam a partir de padrões diferentes: os princípios. E esse é justamente o papel do Judiciário ao se valer dos trunfos contra a política majoritária: garantir que o Estado tratará os membros da comunidade com a mesma consideração e respeito, em especial porque não está preso a compromissos e metas da soberania popular (DWORKIN, 1996, p. 16 e ss.).

Pois bem. Uma vez assentadas as diferenças entre os dois domínios (o das deliberações majoritárias e seus argumentos de política; e o das decisões contramajoritárias e seus argumentos de princípio), parece ficar claro, também, que o fórum do princípio não pode ser contaminado por argumentos de política.

Esse distanciamento do debate político deve ser preservado, sob pena de o Judiciário se tornar em uma nova (e acima das demais) instância do processo deliberativo da soberania popular. Em termos práticos, permitir que os juízes decidam com base em argumentos políticos seria admitir uma intervenção judicial indevida no espaço de discricionariedade política das casas representativas. Seria algo como se o Judiciário, por suas próprias ações, instituisse um *sistema tricameral*.

A questão talvez fique mais evidente dessa forma: ao renunciar a um debate principiológico para promover um terceiro turno do debate político, o Judiciário (em especial o Supremo Tribunal Federal), se afasta do papel de *guardião da Constituição*, para se aproximar do papel de um soberano autoritário que não está preso a quaisquer limites, uma vez que passará a decidir com base nas convicções pessoais dos seus Ministros e com base em sua própria autoridade de poder dar a *última palavra* na interpretação do texto Constitucional.

Ocorre que a jurisprudência do STF em relação à prisão em segunda instância é rica em exemplos (decisões e votos) que demonstram um desapego ao papel institucional e democrático destinado ao Poder Judiciário, porquanto frequentemente decidem com base em argumentos políticos de toda a espécie que, por sua natureza, são estranhos ao Direito.

Argumentos que, no mais das vezes, representam ideias e visões de mundo particulares dos Ministros, denotando, portanto, um alto grau de discricionariedade, numa postura ativista que fragiliza os limites institucionais e coloca dúvidas quanto à legitimidade de suas decisões.

A respeito dos argumentos de política utilizado na fundamentação de votos de outros ministros no julgamento das medidas cautelares requeridas na ADC 43, Celso de Mello critica

de forma contundente aqueles fundados no “clamor público e em inescandível pragmatismo de ordem penal”:

Quantos princípios proclamados pela autoridade superior da Constituição da República precisarão ser sacrificados para justificar a decisão desta Suprema Corte proferida no julgamento do HC 126.292/SP? Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência? Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescandível pragmatismo de ordem penal? Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente? (BRASIL, 2016b, p. 219).

A crítica do Ministro Celso de Mello é pertinente em face do julgamento das cautelares nas ADC. A maioria formada pelo plenário para denegar a cautelar e manter a possibilidade de cumprimento provisório de acórdão penal condenatório (ou seja, para afastar a incidência de um direito fundamental) utilizou-se, em grande parte de metas utilitaristas (eficientistas, populistas, praxistas), típicas metas de política governamental (argumentos de política), tais como a efetividade do direito penal, prestígio das instituições do Estado, voz das ruas, dentre outros do mesmo viés.

4.2.1 A presunção de inocência, o trânsito em julgado e os limites semânticos do texto: construções jurídico-argumentativas ou político-discrecionárias?

Analisando-se os principais argumentos que fundamentaram as decisões plenárias sobre o tema, fica bastante evidente que o Supremo Tribunal Federal incorporou, muitas das vezes, argumentos estranhos ao direito, em detrimento da análise jurídico-constitucional que deles se esperava.

Por ocasião do julgamento do HC 126.292/SP, o *Guardião da Constituição* promoveu um verdadeiro *overruling* em relação à matéria, em um tema tão caro à Democracia e, em especial, aos direitos e garantias fundamentais, passando a admitir a execução antecipada da pena, em detrimento da presunção de inocência. Ao lançar mão argumentos de argumentos como o de que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”⁶⁶, parece

⁶⁶ O argumento também fora utilizado em outros julgados sobre o tema, como, por exemplo: Ministro Menezes Direito: HC 84.078/MG; Ministra Ellen Gracie: HC nº 85.886/RJ; Ministro Teori Zavascki: ADC 43, 44 e 54/DF; Ministro Luís Roberto Barroso: Ministro Luiz Fux: HC 152.752/PR; Ministra Cármen Lúcia: HC 152.752/PR.

ter-se esquecido que talvez em nenhum outro país do mundo o constituinte tenha feito a opção de dar tratamento de direito fundamental à presunção de inocência, tal qual foi feito aqui.⁶⁷

É justamente nesse sentido, que o Ministro Celso de Mello destaca a relação entre presunção de inocência e trânsito em julgado no ordenamento brasileiro, em comparação à experiência constitucional de outros países:

É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América, na República Francesa ou no Reino da Espanha, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal, mesmo porque não contêm cláusula como aquela inscrita em nosso texto constitucional que faz cessar a presunção de inocência somente em face da definitiva irrecorribilidade da sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII), o que revela ser mais intensa, no modelo constitucional brasileiro, a proteção a esse inderrogável direito fundamental (BRASIL, 2016b, p. 231).

A postura discricionária manifestada por alguns votos denota, por vezes, um desapego ao texto constitucional, comprometendo substancialmente a segurança jurídica, a integridade e a autonomia do Direito, uma vez que ignoram os próprios limites semânticos do texto, para viabilizar teses efficientistas e populistas.

Segundo ilustra José Gomes Canotilho (2003, p. 1310 e ss.), a interpretação conforme⁶⁸ não é uma carta em branco na mão do intérprete. Existem limites bastante evidentes, por meio dos quais é vedado ao julgador promover uma *revisão de conteúdo* na aplicação de determinada da norma, sendo-lhe lícito, tão somente, escolher entre um ou outro sentido que lhe é possível imprimir. Esses limites, prossegue o autor, encontram-se na própria principiologia da Constituição e, no mais das vezes, nos limites semânticos dos textos normativos criados democraticamente pelo Congresso, sob pena de o estar substituindo e, dessa forma, *usurpando* as funções do legislador, porquanto o Judiciário abandonaria a sua já tradicional função de *legislador negativo*, para assumir deliberadamente a função de *legislador positivo*:

Se os órgãos aplicadores do direito, sobretudo os tribunais, chegarem à conclusão, por via interpretativa, de que uma lei contraria a constituição, a sua atitude conecta só poderá ser a de desencadear os mecanismos constitucionais tendentes à apreciação da inconstitucionalidade da lei. Daqui se conclui também que a interpretação conforme

⁶⁷ Como já estudado, a posição até então vigente do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que não se admitia a execução provisória da pena, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse sentido, por todos, ver o HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau.

⁶⁸ Vide voto do Ministro Edson Fachin no julgamento da cautelares nas ADC 43 e 44/DF: “Voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo a qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível” (BRASIL, 2016b, p. 48).

a constituição só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei mas nunca uma revisão do seu conteúdo. A interpretação conforme à constituição tem, assim, os seus limites na «letra e na clara vontade do legislador», devendo «respeitar a economia da lei» e não podendo traduzir-se na «reconstrução» de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto. [...] a alteração do conteúdo da lei através da interpretação pode levar a uma usurpação de funções, transformando os juízes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei (CANOTILHO, 2003, p. 1310 e ss.).

Como alertado anteriormente por Streck (2018, p. 381), há um sério comprometimento da democracia e do papel atribuído ao Poder Judiciário, porque, ao ignorar os limites semânticos do texto, o julgador ignora que “há uma dimensão substantiva que não está à livre disposição dos intérpretes, não podendo ser simplesmente convencionada pelas maiorias de ocasião. Nós temos uma Constituição e, gostemos dela ou não, precisamos respeitá-la.”

A importância de se atentar para (e combater) as posturas ativistas e/ou fundadas em argumentos não jurídicos talvez fique mais evidente ao se afirmar que quando se busca a prestação da tutela judicial, ninguém está em busca daquilo que o julgador pessoalmente pensa a respeito do Direito. O que se busca é o que a linguagem pública do Direito tem a dizer sobre o caso que é posto à apreciação do judiciário. Porque é disso que se trata: o Direito é linguagem pública. E, por esta razão, não se trata de algo disponível, que pode ser livremente manipulado, sob pena de conceitos como *força normativa da constituição*, *supremacia da constituição*, *democracia*, *separação de poderes e autonomia do Direito*, perderem todo e qualquer sentido. “Se a moral e a política o corrigem [o Direito], o que dele resta? E para o que serve? Para referendar decisões morais e políticas previamente tomadas? Mas então, ele é só, mesmo, uma teoria política de poder.” (STRECK, 2020, p. 88).

Buscando socorro em Francisco Motta (2018, p. 269), será possível encontrar referência expressa aos limites semânticos do texto e no contexto histórico da sua elaboração como limites à atividade interpretativa:

Tomemos o exemplo da cláusula da igualdade (no contexto constitucional norte-americano, trata-se de dispositivo veiculado na Décima Quarta Emenda). Devemos elaborar as diversas interpretações possíveis da expressão “igual proteção da lei”, cada uma destas, de uma forma que possa ser reconhecida como um princípio de moralidade política que teria recebido a consideração dos *framers* [autores do texto constitucional]. Nessa tarefa, devemos ter presentes dois fatores importantes, e que funcionam, também, como restrição às nossas possibilidades interpretativas: a linguagem utilizada (os limites semânticos do texto) e a história (a prática jurídica e política do passado, o contexto histórico da elaboração do dispositivo interpretado) (MOTTA, 2018, p. 269).

Igualmente preocupado com a necessária obediência aos limites semânticos do texto, o Ministro Marco Aurélio, no julgamento das cautelares nas ADC 43 e 44, pede que seja observada a *organicidade do Direito*, levando-se em conta a literalidade do texto do art. 5º,

inciso LVII, da Constituição (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”). Segundo o Ministro, a mera leitura do dispositivo afasta eventuais dúvida quanto ao seu teor, porquanto não deixa margem para interpretações diversas: “a culpa é pressuposto da reprimenda, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior. O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas.” (BRASIL, 2016b, p. 14).

Não foi diferente a análise do Ministro Ricardo Lewandowski, para quem não é possível interpretação tal que ultrapasse a taxatividade do dispositivo art. 5º, inc. LVII, da CF/88, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado (ressalva feita aos casos de cautelaridade), uma vez que se trata de um “comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os juristas de antanho, *in claris cessat interpretatio*.” Trata-se, portanto, de uma literalidade cristalina que traz consigo um significado eloquente.⁶⁹

Acontece que a discricionariedade é de tal forma perniciosa para o Direito, que a própria *textualidade* dos dispositivos legais parece adquirir contornos imprecisos, numa espécie de *déjà-vu* da *textura aberta* da linguagem (lembramos de Hart). Algo que, de fato, lembra o positivismo jurídico, mas com um juízo discricionário potencializado em relação àquela teoria, uma vez que a norma do art. 5º, inc. LVII, da CF/88, sequer pode ser encarada como um *hard case*, uma vez que ela regula de forma suficiente aquela circunstância (de forma bastante clara, diga-se).

Mais do que isso, cumprir a norma (em especial a constitucional) a partir do seu sentido explícito, é um dever indissociável do Estado Democrático de Direito. E aqui convém esclarecer: quando se fala em *textualidade* ou *sentido explícito*, se está falando do sentido ou do *significado convencional* do texto.

A compreensão acerca do *significado convencional* de um texto jurídico assume a possibilidade de que ele comporte mais de um significado, porém (e de suma importância) traça uma linha entre os possíveis significados comportados pelo texto. Ou seja: os sentidos não são ilimitados. O intérprete não pode dar o sentido que bem entender ao texto criando a norma que

⁶⁹ Como se verá logo no próximo parágrafo, esta pesquisa prefere adotar o termo *textualidade* no lugar de *literalidade*. Isso tem uma explicação. O pressuposto desta pesquisa é a teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin, que entende que o Direito é uma prática interpretativa. Logo, por mais “literal” que o texto seja, sempre caberá interpretá-lo. Aliás, o *literalista* não encontra local de fala na teoria de Dworkin, pois ele se afasta de uma resposta constitucionalmente correta, na medida em que não compreende o mundo prático. Como forma de ilustrar tal circunstância, tem-se o caso da norma que proíbe cães no parque. Com base na mesma norma, o *literalista* proibirá cães-guias no parque e, quem sabe, permitirá a presença de ursos. Isso tudo porque, preso à *literalidade*, o julgador não consegue adaptar o texto de forma a adaptá-lo (por meio da interpretação) às circunstâncias que o mundo prático coloca (adaptá-lo, claro, diante dos limites já explorados à exaustão).

bem entende a partir dele. Isso porque a linguagem possui um significado predeterminado e convencionalizado pelo uso. Por exemplo, o significado para a expressão *trânsito em julgado* é convencionalizado pela comunidade jurídica (e mesmo não jurídica) como sendo aquela decisão sobre a qual não caibam mais recursos.⁷⁰

No bojo de uma decisão judicial, dar um sentido completamente novo a um signo linguístico internalizado na comunidade (corriqueiro, comum tanto na prática jurídica como social) por meio da “interpretação” (assim mesmo, entre aspas), com vistas a justificar os desdobramentos práticos que se procura alcançar, a partir de critérios pessoais daquilo que se entende ser justo, moral, necessário ou melhor, é se valer de qualquer coisa, menos do Direito.

O sentido ou significado convencional, portanto, está direta e inarredavelmente ligado aos limites semânticos do texto, à atividade interpretativa constrangida pelos princípios e à tradição linguística e interpretativa vigentes em determinada comunidade. E aqui voltamos a Canotilho (2003, p. 1310 e ss.), quando o português afirma que “a interpretação conforme a constituição só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei mas nunca uma revisão do seu conteúdo [...] não podendo traduzir-se na «reconstrução» de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto”; ou a Lenio Streck (2018, p. 381) quando sustenta que “há uma dimensão substantiva que não está à livre disposição dos intérpretes, não podendo ser simplesmente convencionalizada pelas maiorias de ocasião”; ou Francisco Motta (2018, p. 269), ao assinalar que existe uma “restrição às nossas possibilidades interpretativas: a linguagem utilizada (os limites semânticos do texto) e a história (a prática jurídica e política do passado [...])”.

É dizer que a resposta (decisão) estará correta na mesma medida em que for respeitada autonomia do Direito, evitada a discricionariedade “e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação”. Por esse motivo, “não se pode *criar um grau zero de sentido* a partir de argumentos de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais”. Para que uma resposta seja correta, sob uma perspectiva constitucional, ela deve ser calcada em princípios, nunca em políticas. Princípios, além de vincular o julgador, representarem uma linguagem própria do Direito, possuindo sentidos e interpretações já consolidadas na historicidade institucional dos

⁷⁰ Para um aprofundamento sobre as diferenças entre o *sentido literal* e o *sentido convencional*, recomenda-se a leitura de SESMA, Victoria Iturralde. *Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2014.

tribunais, ao passo que políticas pertencem a um domínio distinto, discricionário por natureza, e variam conforme os interesses de quem as maneja.

Portanto, qualquer coisa diferente disso retrata um assenhoramento da linguagem: o intérprete se sente livre para atribuir o sentido que julgar mais adequado às palavras, como forma de atender aos seus propósitos e critérios pessoais, justificando e fundamentando um resultado que ele já tem pronto em sua mente. Dito em outras palavras, atender a critérios pessoais é não atender a critério algum. Em especial porque não há possibilidade de controle público sobre a decisão e seus fundamentos.

De forma semelhante ao positivismo hartiano, posturas que defendem tais critérios de fundamentação (que se utilizam de argumentos não jurídicos ou que se assenhoram da Constituição para atingir metas políticas), não têm uma preocupação com o conteúdo substancial da decisão. Isso porque não há um compromisso com a linguagem pública que constitui o Direito, afinal, decisões que se permitem discricionárias sempre estarão certas.

E é exatamente aqui que a teoria da decisão judicial de Dworkin ganha espaço. Os princípios permitem que as regras encontrem aplicação no mundo prático. Os princípios, portanto, fecham a interpretação, uma vez que as regras só têm aplicabilidade no caso concreto a partir da legitimação que lhe conferem os princípios, pois estes, possuem a capacidade de fazer a aproximação entre a regra e o *caso concreto* (STRECK, 2017b, p. 598).

Dessa forma, o Direito é um sistema formado de regras e de princípios, onde tanto um quanto o outro padrão vinculam o intérprete. Em relação aos princípios, essa vinculação se dará porque se trata de “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 1977, p. 22).

4.2.2 O populismo judicial e a desconstrução *ad hoc* do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal

O que se denota da análise das decisões estudadas é que o Supremo Tribunal Federal transformou uma debate que deveria ser travado no campo jurídico-constitucional, em um debate político, moral e, por assim dizer, utilitário, acerca da impunidade e da efetividade da persecução penal.

Georges Abboud (2019b, p. 2) alerta sobre a problemática envolvendo as concepções discricionárias baseadas em eficientismos, populismos ou utilitarismos: para tais posturas, a resposta correta não será dada pelo Direito, mas pelo resultado que se pretende alcançar. No caso da prisão em segunda instância, parcela considerável do STF buscou argumentos que legitimassem os resultados: *redução da impunidade, tornar o Brasil um país melhor, diminuir o descrédito nas instituições, imprimir efetividade ao direito/processo penal*, dentre outros do mesmo quilate. Por certo, tais argumentos passaram ao largo de qualquer debate isento, do ponto de vista principiológico-constitucional (em especial porque esses são típicos argumentos políticos).

Não deveria ser necessário maiores explicações sobre o fato de que as esperanças de construção de um país melhor, da instituição de uma política criminal efetiva, dentre outros, deve recair sobre os Poderes representativos, cujo ideal começa na escolha feita nas urnas. O que deveria ser responsabilidade do Judiciário, isso sim, são as esperanças de um exercício autônomo e independente de suas atribuições, sem ativismos e, por consequência, sem discricionariedades. Isso porque, “pedir para o Judiciário enfrentar o texto é muito menos complexo e mais tangível do que convidá-lo a ser o agente de melhoria social. O STF é, antes de tudo, guardião da Constituição e não uma espécie de corregedor geral da República, da moralidade e da sociedade brasileiras.” (ABBOUD, 2019b, p. 2).

Segundo Lenio Streck, de todos os fundamentos discricionários utilizados, os que chamam mais a atenção são os baseados em *argumentos de ocasião*. Ao se afastarem dos argumentos jurídicos e se utilizarem de argumentos de política (utilitário-consequencialistas), os votos que aderiram a essa linha não pensaram na efetividade em sua dupla face: celeridade do processo sem se descurar das garantias processuais penais.⁷¹ Logo, autorizar que anseios populares venham a se sobrepor à Constituição, significa dizer que não temos Constituição e, dessa forma, que o próprio papel do Judiciário se esvazia.

Em outros termos, muitos dos votos passaram longe de uma análise jurídica. Resumiram-se a argumentos de política, utilitário-consequencialistas. Talvez a impunidade tenha sido a justificativa que mais tenha aparecido com pretensão de

⁷¹ Sobre a concepção de efetividade processual, assim compreendida como a necessária harmonização entre celeridade processual e respeito aos direitos e garantias individuais, recomenda-se a leitura de FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. *As Obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos*. 2a. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 129 e ss.: “Os interesses ou objetivos compreendidos no processo penal podem ser conjugados, basicamente, em grupos: um deles relacionado ao esclarecimento da imputação e a exigências instrumentais de correta prestação jurisdicional, e outro concorrente aos direitos subjetivos, de defesa e de dignidade dos imputados, e, mais genericamente, de qualquer pessoa que figure como interessada no processo. [...] É com base nessa compreensão interativa das garantias que não se visualiza relação forçosamente conflitual entre a imposição de prolongamento comedido nos tempos do procedimento e as demais garantias da jurisdição, mas sim uma unidade de propósitos identificados na realização da justiça processual”.

fundamento jurídico, algo na linha de dar efetividade ao Direito Penal. O grande ponto é perceber que a ideia de efetividade não pode estar apenas associada a um critério punitivista ou temporal (agilidade processual); ela deve ser pensada no limite das garantias processuais penais. Se não se reconhecer isso, dá-se vida à efetividade penal e morte à Constituição. Associado a isso, tem-se a insistência em um dualismo metodológico. No século XIX, falava-se que as Constituições eram folhas de papel. Havia uma realidade social que podia substituir as leis. Eram outros tempos. Hoje, em países como o nosso, uma visão da realidade social para substituir a Constituição é uma temeridade. Por quê? Porque, assim, viramos uma espécie de democracia plebiscitária, e pior: um Judiciário plebiscitário. Se o anseio popular vale mais que a Constituição, forma-se um paradoxo: uma vez que se consiga demonstrar esse tal de anseio popular, o Judiciário passa a ser inútil (STRECK, 2018, p. 392-393).

A utilização de alibis retóricos diversos é bastante presente nos julgados sobre a execução antecipada da pena, como se pode ver, pelo menos, desde 2009, quando do julgamento do HC 84.078/MG, em duas passagens que merecem destaque.

A primeira, em tom de crítica às posturas utilitaristas, o Ministro Eros Grau, relator daquele HC, assinalou que, mais do que incompatível com a Constituição, a antecipação da execução penal apenas poderia se dar em nome da *conveniência dos magistrados*, mas nunca em nome do processo penal. Isso porque são os magistrados, mormente os das cortes superiores, que decidem questões como a execução antecipada da pena afastando a norma constitucional sob o fundamento de que STJ e STF “serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subsequentes embargos e agravos, além do que *ninguém mais será preso*”. Dessa forma, ao lançar-se contra a “jurisprudência defensiva, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais”, Eros Grau assevera que “a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço” (BRASIL, 2009, p. 1049).

A segunda, mostra de forma expressa a infiltração dos argumentos políticos na Corte Suprema, no voto do Ministro Joaquim Barbosa no mesmo HC (pela viabilidade da execução antecipada da pena), quando o próprio Ministro afirma se tratar de um debate político. Segundo o assinalou, a maneira como se admite o *habeas corpus* no Brasil não tem paralelo no mundo, oportunizando ao imputado uma quase inesgotável possibilidade recursal, o que faz com que o Brasil tenha um *sistema penal de faz de contas*, motivo pelo qual o debate em torno do HC se trata de um debate político, sobre se queremos ou não um sistema penal eficiente:

Nós estamos criando, Ministro Cezar Peluso, um sistema penal de faz-de-conta. Sabemos que, se tivermos que aguardar o esgotamento dos recursos especial e extraordinário, o processo jamais chega a seu fim. Nós sabemos muito bem disso. Basta olhar as estatísticas [...] Portanto, o leque de opções de defesa que o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao réu é imenso, inigualável. Não existe nenhum país do mundo que ofereça tamanha proteção. Portanto, se resolvermos, politicamente - porque essa é uma decisão política -, que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o recurso extraordinário julgado por esta Corte, temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão. Aqui estávamos estabelecendo essa discussão entre o processo civil. Não, é uma decisão política.

Queremos ou não um sistema penal eficiente, eficaz? Ou queremos um sistema penal de faz-de-contas? É exatamente isso. (BRASIL, 2009, p. 1136 e ss.).

O mesmo tipo de argumentos foram no julgamento do HC 126.292/SP pelo Ministro Barroso, que fundamentou seu voto de forma expressa, mencionando se tratar de *fundamentos pragmáticos* que autorizariam a execução antecipada da pena em face da presunção de inocência:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento (BRASIL, 2016a, p.28).

Como se pode observar, os argumentos de natureza política são utilizados a todo instante (diga-se, em todos os julgados referentes ao tema) em detrimento de normas constitucionais. Tal prática deve ser vista com preocupação, especialmente em casos como este, onde as normas legais e constitucionais traçam contornos bastante precisos sobre a presunção de inocência, pois muitas vezes tais argumentos acabam orientando a jurisprudência do STF.

De fato, argumentos dessa natureza encontram-se presentes de forma constante nas decisões do STF, como se denota do julgamento do HC 84.078/MG (Ministros Joaquim Barbosa, Menezes Direito, Ellen Gracie e Cármen Lúcia, vencidos na ocasião); do julgamento do HC 126.292/SP (Ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli e Cármen Lúcia, cuja tese formou maioria e conduziu a nova interpretação); no julgamento das medidas cautelares nas ADC 43 e 44 (formando maioria: Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia); no julgamento do HC 152.752/SP (compondo a maioria: Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia); e estavam presentes em cinco votos no julgamento de mérito que restaurou o entendimento pela impossibilidade da prisão em segunda instância (Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia).

Por esse motivo não se pode perder de vista que, segundo Georges Abboud (2019, p. 2), “na visão praxista-eficienticista-populista, a resposta correta não seria a imposta pelo Direito, mas antes aquela tida pelo juiz como a mais apta a produzir determinados resultados”, que no presente caso seria a meta política de uma “pretensa redução da impunidade e tornar o Brasil um país melhor”. O autor ainda entende que depositar as esperanças de um país melhor

no Judiciário é bastante mais utópico do que exigir que ele decida com autonomia, a partir de fundamentos extraídos da Constituição, sem qualquer espécie de discricionariedade e ativismos. Para tanto, basta que se tenha a compreensão de que esperar que o Judiciário enfrente textos normativos (legais ou constitucionais) “é muito menos complexo e mais tangível do que convidá-lo a ser o agente de melhoria social. O STF é, antes de tudo, guardião da Constituição e não uma espécie de corregedor geral da República, da moralidade e da sociedade brasileiras”.

Ocorre que, ao interpretar dispositivos constitucionais, o juiz deve, necessariamente, aderir a uma prática interpretativa já estabelecida pelo próprio Judiciário, abstendo-se de utilizar uma interpretação criativa que não se enquadre na história dessa prática, ou seja: o julgador não pode adotar uma postura ativista. “São as amarras da integridade e da história que impedem que o juiz tenha um poder absoluto (i.e., não democraticamente justificado) de impor a todos nós suas próprias convicções morais” (MOTTA, 2018, p. 70).

Portanto, o que se evidencia da presente análise é que o Supremo Tribunal, por vezes, orientado por argumentos voluntaristas, tem abdicado de sua vocação contramajoritária, por motivações momentâneas de uma suposta necessidade de se dar *respostas ao sentimento social de impunidade* e outros, desvirtuando sua atuação corretiva para assumir uma postura propositivo-ideológico-voluntarista, assumindo para si o papel de algo próximo ao defendido academicamente (e na prática, pois, não?!) por Luís Roberto Barroso: um papel de vanguarda iluminista que tem o dever moral de *empurrar a história* e promover o *avanço civilizatório*.⁷²

4.3 BALANÇO FINAL: O SIGNIFICADO DA DECISÃO DE MÉRITO DAS ADC 43, 44 E 54/DF

Nos últimos anos, a temática da prisão em segunda instância (não só ela, é bem verdade) tornou-se discussão obrigatória quando se aborda questões ligadas à democracia (mormente em relação à separação dos poderes e à jurisdição constitucional), à segurança jurídica, à coerência e à integridade do Direito, pois todas se conectam com a necessidade de se garantir autoridade à Constituição e, por conseguinte, ao seu guardião e ao próprio Direito.

⁷² Para um aprofundamento na concepção de Luís Roberto Barroso acerca do papel iluminista do Supremo Tribunal Federal, sugere-se a leitura de sua obra *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015; e do seu artigo científico *Contramajoritário, representativo e iluminista*. Rev. Direito & Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228.

Já vimos que existe uma dimensão substantiva da linguagem que não está à disposição do livre manejo do intérprete, não podendo ter seu sentido moldado conforme os interesses da maiorias de ocasião, atribuindo-se ao Judiciário o papel de salvaguardar o compromisso político assumido pelo constituinte por meio do exercício do seu papel contramajoritário, em nome da efetivação dos direitos e garantias fundamentais e da Democracia, assim compreendida em uma perspectiva substancial.

Nesse sentido, parece evidente que problemas de efetividade da justiça penal, credibilidade institucional ou clamores sociais diversos não podem servir de padrões interpretativos, mormente com força para afastar a incidência de direitos e garantias fundamentais. Questões utilitaristas possuem arena própria para serem deliberadas, devendo ser tratadas por meio de políticas públicas, no mais das vezes em face de uma reestruturação ou reforma dos sistemas de justiça como um todo e, mais especificamente, do processo penal. Tais políticas, ao menos pelas lentes da teoria de Dworkin, não devem ser implementadas pelo julgador, sobretudo quando implica em uma interpretação fundamentada em argumentos utilitaristas, eficientistas e discricionárias, uma vez que representam um constrangimento do espaço de conformação política do legislador.

Essa invasão de argumentos políticos nas deliberações judiciais são preocupantes. Um dos principais sintomas de que argumentos dessa natureza estão parasitando o Direito pode ser vista nos julgamentos envolvendo a execução antecipada da pena como um todo e, especialmente, nas ADC 43, 44 e 54/DF: um dispositivo legal que reproduz quase que literalmente o texto constitucional, ambos com dicção cristalina, foram preservados por uma maioria mínima de um voto (6 a 5), num julgamento que quase sucumbiu ao *canto das sereias*.

Dessa forma, analisando-se o *conjunto da obra*, o que se verifica é que o argumento de princípio venceu. Tanto o texto constitucional como o artigo 283 do CPP, ambos com as digitais de Legislativo democraticamente instituído, foram privilegiados. Dito em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal, em seu arranjo final, manteve-se firme diante das pressões de toda ordem que vinha sofrendo de grupos diversos, aqui e acolá. Ao resistir a tais anseios populares, o STF fez o que dele se esperava: afirmou a sua autonomia e assegurou a normatividade e a supremacia da Constituição em um típico exercício do seu novel papel contramajoritário.

John Elster já nos alertava que, assim como Ulisses, uma das principais missões de uma corte constitucional é não sucumbir ao *canto das sereias*, motivo pelo qual a sociedade,

num momento de sobriedade, materializa suas decisões fundamentais na Constituição, ocasião em que impõe barreiras ao seu próprio poder de deliberação futura, para não se deixar seduzir por paixões de ocasião das futuras e eventuais maiorias.⁷³

Nesse sentido, ao fim e ao cabo, com a decisão proferida no julgamento de mérito das ADC 43, 44 e 45/DF, o Supremo Tribunal Federal soube manter-se firme e não desviou-se de sua missão constitucional.

Dito em outras palavras, não sucumbiu aos cantos que tentavam seduzi-lo com argumentos populistas e de cunho eficientista, fazendo prevalecer sua autonomia em relação às instâncias políticas e mantendo-se fiel à Constituição Federal (ainda que, vez ou outra, tenhamos visto alguns naufrágios).

Com efeito, a decisão é um marco para a jurisdição constitucional, sob a ótica da democracia e da teoria do direito (e da decisão judicial) de Ronald Dworkin, porquanto reafirma a autoridade do Direito sobre pretensões corretivas feitas por argumentos políticos/morais, além de demonstrar deferência a uma escolha legítima do legislador ao respeitar os limites semânticos das normas envolvidas na questão, sobretudo a constitucional.

A autonomia do Direito é uma blindagem inclusive, contra o ativismo judicial e contra arbitrariedades e discricionariedades, pois como alerta Lenio Streck (2017, p. 350), os princípios apontam o “*modus* operativo que deve ser seguido pelo intérprete, buscando, assim, a coerência e a integridade do direito (antítese das posturas axiologistas-decisionistas”. Esse *modus* interpretativo tem origem na integridade e na coerência, de tal forma que “o direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração (Dworkin)”.

Como o próprio Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2016b, p. 222), fez questão de evidenciar em seu voto no julgamento das medidas cautelares nas ADC 43 e 44, questões ligadas à inefetividade da justiça penal, ou do sistema de persecução “motivada pela prodigalização de meios recursais, culminando por gerar no meio social a sensação de impunidade, não pode ser atribuída ao reconhecimento constitucional do direito fundamental

⁷³ John Elster, filósofo norueguês radicado nos Estados Unidos, talvez tenha sido o primeiro a realizar uma associação entre essa passagem dramática do conto de Homero (*Odisseia*) e os compromissos políticos e democráticos assumidos em uma Assembleia Constituinte, em sua obra *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. Segundo Homero, Ulisses estava ciente dos desafios que estavam por vir em sua viagem de retorno a Ítaca: o *canto das sereias*, cujo fascínio e sedução eram capazes de fazer com que os homens abandonassem seus objetivos, levando suas embarcações a se chocarem contra as rochas e ao naufrágio.

de ser presumido inocente”, pois não é o reconhecimento e a afirmação de tal prerrogativa básica conferida ao cidadão que ocasiona o sentimento de impunidade da sociedade.

Nesse sentido, prossegue Celso de Mello:

A solução dessa questão, que não guarda pertinência – insista-se – com a presunção constitucional de inocência, há de ser encontrada na reformulação do sistema processual e na busca de meios que, adotados pelo Poder Legislativo, confirmem maior coeficiente de racionalidade ao modelo recursal, mas não, como se pretende, na inaceitável desconsideração de um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos desta República fundada no conceito de liberdade e legitimada pelo princípio democrático (BRASIL, 2016b, p. 222).

Ao erguer-se como barreira à voz *das ruas* e ao *sentimento social de impunidade*, o Direito prevaleceu e, por meio dele, o Supremo Tribunal Federal não se deixou constranger e se manteve firme aos limites típicos de um Estado Democrático de Direito e à sua missão institucional, em especial no seu proclamado papel contramajoritário (no resultado do julgamento, é claro).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, como instituição, renunciou a um pretense protagonismo para devolver esse espaço para aquele que é o verdadeiro titular do papel principal dessa história institucional: o Direito. Com a decisão proferida nos autos das ADC 43, 44 e 45, o STF interpretou e aplicou a Constituição e, com base em sua força normativa, fez prevalecer sua carga principiológica, que impõe o ônus argumentativo de não rebaixar sua eficácia a simples normas programáticas ou meras fórmulas de oportunidade política, marcada pela conhecida fórmula da *oportunidade e conveniência*, pertencente ao domínio da política.

Significa dizer, com Dworkin, que, ao afastar a incidência perniciosa dos argumentos de política, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a autonomia do Direito. Dessa maneira, decidiu de forma coerente com a tradição jurídico-institucional do Poder Judiciário brasileiro, mormente no período pós-1988, de preservação e concretização de direitos e garantias fundamentais, mantendo-se fiel à Constituição Federal da República, ao Estado Democrático de Direito e, dessa forma, respeitando o espaço de *discricionariedade política* do Parlamento.

É disso que se trata a teoria do Direito como integridade: uma resposta correta é, sobretudo, uma resposta lastrada na Constituição e nos seus princípios. Ao intérprete cabe compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe eficácia, a partir da tradição constitucional em que está inserido, proporcionada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito e tudo que ele representa.

4.3.1 A saída constitucionalmente adequada: a deliberação no fórum da política

Encerrado o julgamento em conjunto das ADC, sobrevieram algumas propostas de emenda à Constituição e Projetos de Lei, dentre as quais destaca-se, aqui, a PEC 199/2019, apresentada pelo Deputado Federal Alex Manente, ainda no mês de novembro de 2019, que tem como objetivo a alteração dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal.

Em apertada síntese, a proposta de emenda à Constituição visa a transformar os recursos extraordinário (art. 102, *caput*, III) e especial (art. 105, *caput*, III) em ações autônomas de natureza rescisória (em que pese o texto da PEC falar em *ação revisional*). Na prática, isso permitirá que as decisões proferidas pelas cortes de segunda instância alcancem o trânsito em julgado das sentenças penais condenatórias já no esgotamento dos recursos ordinários, permitindo a execução imediata das penas. A proposta prevê a seguinte redação aos art. 102 e 105, da CF/88:

Art. 102, inc. I, alínea s) a ação revisional extraordinária; § 3º A ação revisional extraordinária será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância, que: I – contrariar dispositivo desta Constituição; II – declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; III – julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; IV – julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 4º Na ação revisional extraordinária, o autor deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de repercussão geral, pelo voto de dois terços de seus membros.

Art. 105, inc. I, alínea j) a ação revisional especial; § 1º A ação revisional especial será ajuizada contra decisão transitada em julgado, proferida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça dos Estados, ou pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que: I – contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; II – julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; III – der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. § 2º Na ação revisional especial, o autor deverá demonstrar o interesse geral das questões infraconstitucionais nela discutidas, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine sua admissibilidade, somente podendo recusá-la, por ausência de interesse geral, pelo voto unânime do órgão julgador, nos termos da legislação ordinária. § 3º A lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade da ação revisional especial.

Trata-se, portanto, de uma mudança de natureza jurídica de tais instrumentos: eles deixam de ser recursos para serem ações autônomas. Com isso, se possibilitará o cumprimento imediato das penas, tão logo ocorra a confirmação das sentenças em segundo grau, uma vez que as vias recursais estarão esgotadas e, dessa forma, se antecipará o trânsito em julgado, mantendo-se o alinhamento com o artigo 5º, LVII, da CF/88, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A proposta de emenda à Constituição visa, em apertada síntese, a transformação dos recursos extraordinário (art. 102, *caput*, III) e especial (art. 105, *caput*, III) em ações revisionais, possibilitando que as decisões proferidas pelas cortes de segunda instância

transitem em julgado já com o esgotamento dos recursos ordinários. Tal alteração permitiria a execução imediata das decisões das cortes regionais, sejam os Tribunal de Justiça dos Estados, sejam os Tribunais Regionais Federais e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cortes estas que promovem, efetivamente, análise probatória – razão pela qual seu julgamento deve ser prestigiado. A proposta, ao cabo, enseja a devolução da carga de responsabilidade institucional às instâncias ordinárias, que passarão por escrutínios maiores do que aquele ao qual estão atualmente expostos (PEC 199/2019).

O grande valor do debate político instaurado no Congresso a partir da apresentação da PEC 199/2019 foi o de resgatar o papel institucional de cada Poder da República, uma vez que as deliberações realizadas nas agências políticas poderão, de forma republicana e democrática, atender ao *clamor popular*, dando um resposta política ao *sentimento social de impunidade*, além de tentar imprimir maior *efetividade penal*, o que poderá aumentar a *credibilidade das instituições (Legislativo e Judiciário)* por meio da *racionalização do sistema recursal*. Dito de outra forma, o Congresso reclama para si o seu papel representativo, de debater importantes questões da República no campo discricionário, instituindo metas e políticas visando o bem comum.

Como sustenta Dworkin (1977, p. 22) as políticas são aqueles padrões que estabelecem metas a serem alcançadas, tais como melhorias em aspectos sociais, econômicos ou políticos da comunidade em geral, podendo ser definidos como sendo aquelas proposições que instituem um objetivo de natureza coletiva, normalmente relacionado com o bem comum, descrevendo objetivos.

Nesse ponto, vale mencionar que o processo legislativo pode se valer tanto da argumentação política, como, eventualmente, da argumentação principiológica. Dito de outra forma, “a lei pode encontrar sua justificativa (política) com base em argumentos de uma ou de outra ordem (aliás, não é incomum – e Dworkin tem isso muito claro – que os políticos procurem justificativas para os seus atos associadas à proteção de direitos)”. No entanto, quando se compreende o “direito político como um objetivo político individuado”, se percebe que o processo legislativo é decisivo para a lógica judiciária: “o de transformar uma questão de política em uma questão de princípio” (MOTTA, 2012, p. 132).

Como exemplo dessa transformação de uma *questão política* em uma *questão de princípio*, Francisco Motta (2012, p. 132) dá como exemplo a lei. No mais das vezes, as leis são elaboradas a partir de deliberações políticas ocorridas nas casas representativas (como se trata de um espaço de discricionariedade parlamentar, toda a gama de argumentos pode ser utilizada, inclusive argumentos de princípio). Ocorre que se a lei tem uma fase gestacional marcada pelo debate discricionário, visando metas ou objetivos de governo, quando ela vem ao

mundo ela adquire outra natureza. É que a lei, já madura e produzindo efeitos no mundo jurídico, “ao reconhecer um direito a alguém, faz com que o beneficiário da norma não mais dependa dos originais argumentos de política para a obtenção do benefício (no caso, o tal subsídio): isso porque, nesta hipótese, a lei o terá transformado em uma questão de princípio.”

Nesse sentido, ainda que se discuta se o artigo 283, do CPP foi editado com base em alguma política (como é mais comum) ou com base em princípios (o que ocorre menos do que deveria), o fato é que ele conferiu o direito ao indivíduo que se encontra na posição jurídica de réu, de só iniciar o cumprimento da sentença penal condenatória após o trânsito em julgado da sua condenação vide art. 283, CPP).

Dessa forma, todo o imbróglio causado pelas decisões que versaram sobre a prisão em segunda instância, se deu pelo fato do uso de argumentos utilitários, pragmáticos, efficientistas, adotando um nítido viés de metas judiciárias ou de políticas públicas, quando tal debate já fora realizado pelo Congresso Nacional quando da edição das normas envolvidas.

E é disso que se trata: no Estado Constitucional de Direito, ora vigente, quem tem legitimidade representativa e constitucional para estabelecer um debate político visando *dar satisfação ou respostas* ao clamor social ou para implementar instrumentos que permitam uma maior eficiência no sistema penal é o Congresso Nacional.

Eventuais tentativas de corrigir ou suprir os *déficits*, a inércia (ou outro substantivo que represente falta de ação) parlamentar, diante dessa perspectiva, pode ser considerada uma manobra interpretativa que visa recriar o Direito posto pelo legislador, porquanto, no intuito atingir determinado fim social de bem comum, a corte constitucional constrói o argumento que melhor se encaixa na sua hipótese. E nada tão autoritário e *maquiavélico* quanto a conhecido adágio de que o fim justifica os meios.⁷⁴

Lembremos, com Georges Abboud (2019a, p. 4), que não é aconselhável e tampouco seguro querer fazer distinções entre *bom* ou *mau* ativismo. Isso porque, “ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à

⁷⁴ A frase *os fins justificam os meios* nunca foi escrita e tampouco consta na obra *O Príncipe, de Nicolau Maquiavel*. No entanto, tornou-se uma espécie de síntese das ideias contidas no livro, que pode ser compreendido como um grande manual com metas que objetivam a aproximação, a conquista e a manutenção do poder. No mais das vezes possui uma conotação pejorativa. A depender do contexto onde é empregada ela está associada a regimes totalitários. No Brasil foi (e é) bastante associada à política, nos conhecidos casos em que alguém “rouba mas faz”. Em relação ao objeto da presente pesquisa, está mais próxima de um autoritarismo judicial que, ainda que com boas intenções, e de forma deliberada, escapa aos limites constitucionais, toma para si as atribuições do legislador, invadindo o espaço de conformação discricionária das casas representativas e busca atingir metas políticas.

revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto”. Ademais, não existem critérios seguros para se aferir quando uma decisão é boa ou quando ela é ruim. Mais do que isso, uma decisão só será boa aos olhos da parcela da comunidade que for *beneficiada* por ela (o que sequer é garantia que será novamente favorecida por outra decisão igualmente ativista, já que o julgador não está constringido por qualquer padrão ou critério passível de controle).

Como resposta à *voz das ruas* e como resposta a uma eventual necessidade de maior *efetividade da justiça penal*, a PEC 199/2019 promove a antecipação do trânsito em julgado (e do próprio início do cumprimento pena) sem qualquer alteração no artigo 5º, da CF (cláusula pétrea), sob o argumento de que a medida não afasta o direito de defesa, uma vez que ainda será possível peticionar junto às Cortes Superiores.

Tal alteração permitiria a execução imediata das decisões das cortes regionais, sejam os Tribunal de Justiça dos Estados, sejam os Tribunais Regionais Federais e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, cortes estas que promovem, efetivamente, análise probatória – razão pela qual seu julgamento deve ser prestigiado. A proposta, ao cabo, enseja a devolução da carga de responsabilidade institucional às instâncias ordinárias, que passarão por escrutínios maiores do que aquele ao qual estão atualmente expostos. Assim, o trabalho do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça limitar-se-ia à análise de situações de efetiva gravidade, evitando a interposição automática dos recursos extraordinário e especial – que, por sua vez, ensejam em muitos dos casos, a interposição dos agravos discriminados no artigo 1.042, da Lei 13.105/2015, o Código de Processo Civil, afogando os tribunais em uma enxurrada de recursos diversos (PEC 199/2019).

Da mesma forma, segundo a proposta, a alteração não viola a presunção de inocência nem o rol de direitos e garantias fundamentais encartados na Constituição Federal, porquanto harmoniza a presunção de inocência com outros princípios igualmente incidentes sobre o processo penal (tais como a razoável duração do processo). A alteração representa, ainda, uma tentativa político-estrutural de dar maior efetividade ao sistema de justiça penal, assim compreendido como aquele que se perfaz em tempo razoável, sempre asseguradas toda a gama de garantias processuais do réu.

Perceba-se que os argumentos políticos utilizados para fundamentar a PEC 199/2019 são os mesmos argumentos utilizados por alguns Ministros nas decisões abordadas na presente pesquisa, dentre eles, o excesso de vias recursais, que acarreta uma inefetividade da aplicação da lei penal e a sua conseqüente (e grave) sensação de insegurança e impunidade à população, além da falta de credibilidade no sistema de justiça pela morosidade do Judiciário que, dentre outras coisas, se deve ao próprio sistema recursal:

No âmbito penal, ainda, mais do que incentivo à protelação, pela da possibilidade de permanecer o réu solto enquanto recorre, o sistema recursal ainda apresenta incentivo

pernicioso às tentativas de indução de prescrição. Isto é, por vezes, apesar de ter tramitação relativamente rápida nas instâncias ordinárias, o trâmite no Superior Tribunal de Justiça, e no Supremo Tribunal Federal – por tratarem-se de cortes com limitadíssimo número de ministros – tendem a julgar os casos com menor celeridade, razão pela qual em inúmeras hipóteses eventuais condenações sequer chegam a ser executadas, vez que afetadas pela prescrição da pretensão executória. Isto é: condenado o réu, reconhecida a materialidade e autoria do crime, ainda assim este não mais é obrigado a cumprir pena. Trata-se de incentivo pernicioso: impede a punição do condenado; inunda o judiciário com, no mais das vezes, recursos meramente protelatórios; e impede que o Direito Penal se torne verdadeiro instrumento de prevenção geral, de desestímulo à prática criminosa. Pouco surpreendente é a consideração de que, dentre os problemas mais citados da Justiça brasileira, a morosidade está entre os campeões. Tal situação, longe de ser problema novo, repete-se há décadas – a exemplo do estudo promovido por Maria Dakolias, publicada no *Yale Human Rights and Development Journal*, de 1999 (PEC 199/2019).

Ocorre que o debate, desta vez, está sendo travado na arena com vocação constitucional e democrática para tal, diga-se, no Congresso Nacional, cuja legitimidade para essa atividade lhe foi outorgada pelo voto direto. Como dito anteriormente, o resultado final do julgamento das ADC 43, 44 e 54/DF representou a vitória da Democracia e, por assim, dizer, uma vitória do Direito sobre os inimigos que de forma incessante o atacam, o constroem e buscam ocupar o seu lugar e cassar sua independência e autonomia.

Da mesma forma, a tramitação da PEC 199/2009, que busca atingir a meta de imprimir maior efetividade à justiça penal (dentre outros objetivos direta ou indiretamente relacionados) por meio de uma espécie de minirreforma do sistema recursal, representa a saída constitucionalmente mais adequada para o impasse, pois restabelece e mantém hígidos os canais democráticos competentes e legítimos para tanto.

Que nunca se perca de vista a ideia de que a autonomia do Direito e do argumento de princípio se fortalece na mesma intensidade com que o Parlamento desempenha seu papel institucional com qualidade e com presteza, porquanto diminui as chances de *tentações discricionárias* baterem às portas do Judiciário.

No entanto, também não se pode perder de vista que, ainda que haja um *déficit* legislativo, ainda que o clamor social (maiorias) exija, a Corte Suprema deve decidir sempre constrangida pela Constituição, respeitando a tradição jurídico-institucional das cortes judiciárias e com base em argumentos de princípio. Nesse sentido, deve abster-se de fundamentar suas decisões em perspectivas ideológicas ou em concepções pessoais daquilo que é justo ou correto, mormente porque ativismos, ao fim e ao cabo, são essencialmente perniciosos ao Estado de Direito, ainda que eventualmente produzam decisões *acertadas*. O ativismo só é bom (ao mesmo tempo que só é ruim) aos olhos de quem possui ou não

alinhamento ideológico com o fim atingido pela decisão ou aos olhos do grupo beneficiado diretamente por ela.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com pouco mais de três décadas, recém completadas, a Democracia brasileira é ainda muito jovem. A pouca maturidade democrática, somada ao turbilhão de novas experiências que invadiram o direito brasileiro desde o processo de redemocratização, em especial no âmbito do direito constitucional, dizem muito sobre o atual momento em que vivemos. No entanto, é bom que se diga, o experimento constitucional brasileiro não foi um fato isolado. Ao contrário disso, ele fez parte de um fenômeno ocorrido em praticamente todas as democracias ocidentais do segundo pós-guerra.

O juspositivismo foi a perspectiva teórica dominante no cenário jurídico ocidental, até primeira metade do século XX. Nesse período histórico era a lei quem ostentava um status de centralidade no ordenamento jurídico, tendo a Constituição o papel de mero documento político, desprovida de qualquer normatividade, tendo sua eficácia dependente e vinculada às ações do legislador e do administrador. Vigorava, portanto, um Estado Legislativo de Direito, período histórico em que se destacou o que se convencionou chamar de supremacia do parlamento.

As barbáries perpetradas pelo regime nazista ao longo da Segunda Grande Guerra Mundial deixaram cicatrizes profundas em todo o mundo ocidental. Nesse sentido, o período pós-guerra impulsionou um redesenho institucional que fez com que o Direito, em especial o Direito Constitucional, passasse por um irreversível processo de transformação na maneira de interpretar e aplicar as suas normas, com repercussões em praticamente todos os Estados Democráticos contemporâneos.

Dentre as reações ocorridas no âmbito do Direito continental novas Constituições foram promulgadas, tendo em comum a preocupação com a positivação de extensos catálogos de direitos fundamentais, que passam a ser o ponto central de constitucionalismo contemporâneo. A Constituição passou a ocupar lugar central no ordenamento jurídico, submetendo todo o ordenamento a sua autoridade (supremacia), regulando o próprio processo de produção das leis e dos demais atos normativos, ocasião em que teve a sua força normativa reconhecida, especialmente no tocante aos seus princípios. Além disso, Tribunais Constitucionais foram criados, recebendo, dentre outras, a atribuição de declarar nulos, por meio do controle de constitucionalidade, as leis e atos que violassem os preceitos constitucionais.

Portanto, esse novo desenho institucional deixou marcas profundas nas relações entre os Poderes e órgãos do Estado, em especial no tocante à justiça constitucional, colaborando sobremaneira para que o Judiciário alcançasse um *status* de protagonismo frente aos demais Poderes. Nessa toada, dois fenômenos ganham destaque: a judicialização e o ativismo judicial.

A judicialização é uma característica contingencial das democracias contemporâneas. Trata-se de um fato social: um fenômeno do mundo prático, com origem no próprio paradigma constitucional do segundo pós-guerra, do qual o Judiciário não teve escolha. Tal fenômeno é caracterizado pelo incontável número de questões relevantes do ponto de vista moral, econômico, político e social que deixam de ser decididos nas instâncias da política representativa (Legislativo e Executivo) e passam a ter a sua instância final decisória no Poder Judiciário, não raras vezes no Supremo Tribunal Federal. Com isso, houve um certo deslocamento da legitimidade das decisões importantes do Estado, gerado por uma tendência de concentração dessas decisões no Judiciário.

O ativismo judicial, por seu turno, é um fenômeno distinto da judicialização, porquanto está relacionado com uma postura consciente e intencional dos magistrados que atuam de forma a sugerir, em certa medida, uma postura intervencionista do Judiciário que interfere diretamente no espaço de atuação dos demais Poderes da República. Falar em ativismo é falar em uma disfunção na prestação da tutela jurisdicional, em que o judiciário subtrai parte do espaço de conformação política, notadamente, do legislador.

Nesse sentido, a questão subjacente ao ativismo judicial não é outro senão o da discricionariedade judicial que, no atual estágio do constitucionalismo, encontra um ambiente bastante fértil para a sua manifestação. Discricionariedade essa, pela qual o ativismo encontra-se impregnado, porquanto o intérprete nega aplicação ao direito e, em seu lugar, lança mão de argumentos políticos e convicções pessoais sobre aquilo que é justo ou correto. Nesse sentido, para se valer da discricionariedade basta que o julgador faça a opção de buscar a resposta fora do direito, construindo-a a partir de um espectro ideológico. Por essa razão, qualquer tentativa de classificar bons ou maus ativismos é algo ineficaz e sem sentido.

Logo, não é sem razão que os debates sobre o ativismo judicial acabam sendo debates sobre o modo como os juízes decidem. Isso, porque decidir orientado por suas preferências pessoais (discricionariamente) é, em última análise, desconsiderar o pacto democrático e fragilizar o próprio Estado Democrático de Direito, ainda que o magistrado esteja dotado de *boas intenções* e mesmo que ele objetive praticar um *bom ativismo*.

É nesse contexto que o arcabouço doutrinário de Ronald Dworkin surge como opção teórica capaz de apresentar algumas boas respostas ao problema da discricionariedade. Primeiro em razão da consistência de suas proposições metodológicas que, dentre outras coisas, repousam na rejeição à discricionariedade judicial. Segundo, porque suas proposições encontram-se estruturadas em uma sólida base democrática, alicerçada em princípios de justiça social e equidade, que além de rejeitar posturas voluntaristas das cortes judiciárias, propõe limites claros para o exercício da jurisdição constitucional, de tal forma que, a partir da sua tese do Direito como integridade, é possível identificar decisões que violam o pacto democrático.

A proposta teórica de Ronald Dworkin começa a ganhar tónus a partir de suas contundentes críticas ao positivismo jurídico. Isso porque, segundo a perspectiva positivista, o Direito deve ser compreendido como um sistema de regras primárias e secundárias (marcadas pela textura aberta da linguagem), que outorga ao julgador um alto grau de liberdade para decidir (discricionariedade no sentido forte), sempre que a lei não contemplar o caso concreto ou não for suficientemente clara.

Ocorre que o combate à discricionariedade consome boa parte do esforço teórico de Dworkin. Para o autor, além das regras, há outros padrões que influenciam (e vinculam) a decisão do julgador, tais como os princípios, que devem ser observados por uma exigência da moralidade. Isso porque há uma exigência de defesa dos direitos políticos preferenciais, que são preexistentes ao próprio Estado e que, por esta razão, são oponíveis a ele, cabendo ao julgador descobrir quais são os direitos das partes.

Não por outra razão, deve-se afastar eventuais posturas voluntaristas dos julgadores, típicas do ativismo judicial, violando o Direito e o próprio Estado Democrático, uma vez que estes não se compatibilizam com a ideia de que o juiz possa decidir casos difíceis (ou qualquer outro caso) a partir de sua moralidade individual ou de suas convicções pessoais.

É nesse contexto que o norte-americano apresenta a sua teoria do Direito (e da decisão judicial) propondo-o como uma atividade interpretativa, com vistas as encontrar a resposta correta. Segundo propõe, as decisões judiciais devem se dar sempre por argumentos de princípio. Nunca por argumentos de política. Vale dizer que o princípio é um padrão que deve ser necessariamente observado pelo julgador porque se trata de uma exigência de justiça ou equidade. Por seu turno, política é o padrão que institui uma meta de natureza coletiva, normalmente relacionada com o bem comum, prescrevendo objetivos.

Ademais, Dworkin sustenta uma concepção coparticipativa, comunitária ou em parceria da Democracia. Para ele, uma Democracia somente encontra legitimidade, e justificativa moral e política, se assegurar de forma concreta um tratamento com o mesmo grau de consideração e respeito a cada um dos integrantes da comunidade, uma vez que todos, em igual medida, são parceiros do empreendimento social e político de que fazem parte.

Nesse sentido, a presente pesquisa permitiu constatar que o conceito de Democracia coparticipativa de Dworkin se entrelaça com a sua tese do Direito como integridade. Para o autor o dever de coerência diz respeito à consistência lógica que as decisões de casos semelhantes devem guardar entre si, enquanto o dever de integridade diz respeito à exigência de que os juízes respeitem o ordenamento jurídico como sendo um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.

Não por outro motivo, Dworkin sustenta que a revisão judicial (controle de constitucionalidade), característica cada vez mais marcante das democracias contemporâneas, é perfeitamente compatível com regimes democráticos, desde que encontre legitimidade na proteção ou promoção da igualdade (que são a própria *essência da Democracia*). Além disso, segundo o autor, o Direito como integridade surge nesse contexto como um instrumento que visa restringir as posturas ativistas (discricionárias) dos julgadores, evitando que uma decisão seja pautada por convicções pessoais do juiz.

Ademais, quando Ronald Dworkin propõe uma *leitura moral* da Constituição, ele está querendo dizer que aos operadores jurídicos cabe interpretar e aplicar os princípios constitucionais (como o que assegura a presunção de inocência), sem esquecer que eles representam, sobretudo, princípios morais de justiça e equidade.

Nessa perspectiva, o artigo 5º, inciso LXII, da CF/88 – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, reconhece um princípio moral: o princípio de que o Estado não pode considerar alguém culpado, enquanto não houver uma sentença penal condenatória da qual não caiba mais recurso. É que leitura moral proposta por Dworkin reclama uma interpretação constitucional dos direitos e garantias fundamentais e sociais como referências a princípios morais abstratos e, portanto, incorporados como verdadeiros limites aos poderes do Estado. Dito em outras palavras, a democracia brasileira deve conviver com a necessidade de que o Estado tenha igual interesse por seus cidadãos, sendo

que este aspecto, por si só, denota a adequação entre o Direito que se pratica no Brasil e os aportes substantivos da teoria dworkiniana.

A partir desse raciocínio, verificou-se, de forma palpável, que a matriz teórica de Ronald Dworkin encontra vários pontos de contato com o modelo democrático adotado pelo Brasil, que fez uma opção por uma teoria moral clara, no sentido de que os indivíduos possuem direitos exigíveis em face do Estado, o que fica evidenciado a partir do seu extenso catálogo de direitos e garantias fundamentais, tais como o direito de só ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Esses direitos morais contra o Estado encontram justificativa em uma concepção de Democracia que, por meio do Direito, pretende garantir igual consideração e respeito aos membros de sua comunidade.

Reconhecer tal circunstância importa em assumir que as majorias eventuais não devem ser soberanas. Retirar do domínio da política a última palavra sobre a interpretação da Constituição e outorgar tal responsabilidade a um fórum independente (um fórum do princípio) significa compreender que um membro da comunidade é titular de um direito fundamental que pode ser oposto contra o Estado sempre que esse direito for necessário para proteger a sua dignidade ou para restaurar sua condição de merecedor de igual respeito e consideração por parte do Estado.

Por essas razões, a hipótese da presente pesquisa se confirma, no sentido de que a teoria do Direito de Ronald Dworkin é instrumento que permite aferir a legitimidade das decisões tomadas em sede de jurisdição constitucional, porque estabelece limites claros à atuação jurisdicional, em especial, quando as cortes constitucionais atuam de forma contramajoritária e/ou provocam interpretações disfuncionais em temas de alta relevância social como a da execução antecipada da pena (prisão em segunda instância).

Tanto é assim, que sob o filtro de sua teoria, e analisando-se os principais julgados plenários do Supremo Tribunal Federal envolvendo a possibilidade ou não da execução antecipada da pena (prisão em segunda instância), foi possível fazer, pelo menos, quatro constatações que podem ser traduzidas como sintomas de que algo não vai bem na jovem democracia brasileira.

A primeira delas é que em todos os julgados analisados (num total de cinco) verificou-se majorias apertadíssimas, cuja diferença mais larga foi de 7 votos contra 4. Essa constatação aponta para a falta de uma cultura constitucional que compreenda ou determine o verdadeiro papel dos direitos fundamentais e, por conseguinte, evidencia a carência de uma leitura moral da constituição.

Temas envolvendo direitos fundamentais não deveriam ser objeto recorrente de controvérsias dessa natureza, ainda mais quando se trata do mesmo direito, dividindo opiniões de forma a permitir decisões diametralmente opostas, sem qualquer mudança na maneira de compreender o Direito, atentando contra a coerência, contra a integridade, contra qualquer espécie de previsibilidade e, até mesmo, contra a segurança jurídica.

Outra constatação relevante é que em apenas onze anos (de 2009 a 2019) ocorreram três viradas jurisprudenciais: uma em 2009, proibindo a prisão em segunda instância; uma em 2016, voltando a autorizá-la; e outra em 2019, proibindo-a novamente. Nesse mesmo período, não houve qualquer mudança relevante do ponto de vista histórico-constitucional, ou no próprio Direito, que ensejasse uma mudança tão radical de posicionamento. Trata-se de um sintoma que denota um desapego ao Direito, à tradição histórico-institucional e à interpretação realizada pela própria Corte ao longo do tempo sobre o tema, porquanto algumas decisões foram tomadas com base no contexto político e social do momento.

A terceira constatação foi a de que em todos os julgados, sem exceção, verificou-se a presença de debates político-discrecionários nos votos de alguns ministros, caracterizando posturas ativistas de alguns Ministros. Dentre os argumentos utilizados, verificou-se a intenção de dar respostas ao sentimento social de impunidade, ao clamor social, à voz das ruas, de conferir eficiência à justiça penal, de passar uma imagem de credibilidade das instituições, dentre outros.

Tal fato, portanto, demonstra que algumas maiorias foram formadas a partir de convicções pessoais dos Ministros, baseados em argumentos populistas ou efficientistas, afastando a incidência do Direito no voto ou decisão. Decisões (ou votos) discrecionárias, portanto. Essa invasão de argumentos políticos nas deliberações judiciais são preocupantes quando se pensa em uma legitimação da jurisdição constitucional que privilegie a autonomia do Direito.

A quarta constatação é que, no conjunto da obra, o argumento de princípio venceu. O Direito venceu. Tanto o texto constitucional, como o artigo 283 do CPP, ambos com as digitais de um Legislativo democraticamente eleito, foram privilegiados. Dito em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal, em seu arranjo final, manteve-se firme diante das pressões de toda ordem que vinha sofrendo de grupos diversos, aqui e acolá.

Ao resistir a tais anseios populares, o STF fez o que dele se esperava: afirmou a sua autonomia e assegurou a normatividade e a supremacia da Constituição em um típico exercício do seu novel papel contramajoritário.

O Supremo Tribunal Federal não sucumbiu ao canto das sereias que tentavam seduzi-lo com argumentos populistas e de cunho eficientista, fazendo prevalecer sua autonomia em relação às instâncias políticas e mantendo-se fiel à Constituição Federal (ainda que, vez ou outra, tenhamos visto alguns naufrágios).

Com efeito, a decisão nas ADC 43, 44 e 54/DF foram um marco para a jurisdição constitucional, sob a ótica da democracia e da teoria do direito (e da decisão judicial) de Ronald Dworkin, porquanto reafirmou a autoridade do Direito sobre pretensões corretivas feitas por argumentos políticos/morais, além de demonstrar deferência a uma escolha legítima do legislador ao respeitar os limites semânticos das normas envolvidas na questão, sobretudo a constitucional.

Ao erguer-se como barreira à *voz das ruas* e ao *sentimento social de impunidade*, o Direito prevaleceu e, por meio dele, o Supremo Tribunal Federal não se deixou constranger e se manteve firme aos limites típicos de um Estado Democrático de Direito e à sua missão institucional, em especial no seu tão proclamado e importante papel contramajoritário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea**. Revista dos Tribunais. vol. 1008/2019. out/2019a.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ABBOUD, Georges. **O julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal e o absurdo**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-14/georges-abboud-julgamento-adcs-43-44-54-absurdo>. Acesso em: 03 dez 2019b.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BACHOF, Otto. **Estado de direito e poder político**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, v. LVI, Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

BARAK, Aharon. Proportionality. **Constitutional Rights and their limitations**. Translated by Doron Kalir. New York: Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015a, p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista**. Rev. Direito & Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. - 6. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís, Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto**. 2017. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf. Acesso em 21.jun.2019.

BARROSO, Luís Roberto. **The americanization of constitutional law and its paradoxes: constitutional theory and constitutional jurisdiction in the contemporary world**. ILSA Journal of International and Comparative Law 16, 2010, p. 579-625.

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia**. Traducción de José F Fernández Santillán. Ciudad de México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1986.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil**. Revista Estudos Avançados 18 (51), 2004. Disponível em: www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição nº 199/2019**. Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, transformando os recursos extraordinário e especial em ações revisionais de competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1835285. Acesso em: 10.out.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078-7 / MG - Minas Gerais**. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, Tribunal Pleno, Julgamento: 05.02.2009. DJe-035, Divulg: 25.02.2010, Public: 26.02.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292 / SP - São Paulo**. Paciente: MARCIO RODRIGUES DANTAS. Impetrante: MARIA CLAUDIA DE SEIXAS. Coator: Relator do HC nº 313.021 do STJ. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, Tribunal Pleno, Julgamento: 17.02.2016. DJe-100, Divulg: 16.05.2016, Public: 17.05.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 152.752 / PR - Paraná**. Paciente: LUIZ INACIO LULA DA SILVA. Impetrante: CRISTIANO ZANIN MARTINS E OUTRO. Coator: Vice-presidente do STJ. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, Tribunal Pleno, Julgamento: 04.04.2018. DJe-127, Divulg: 26.06.2018, Public: 27.06.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 43 MC / DF – Distrito Federal**. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, Tribunal Pleno, Julgamento: 05.10.2016. DJe-127, Divulg: 06.03.2018, Public: 07.03.2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2003.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, **Ativismo Judicial e Ativismo**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano II, nº 2 e Ano III, nº 3 - 2001-2002, p. 135-144.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo Sampaio. **Coerência, Integridade e Decisões Judiciais**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Edição 2012/1, p. 177-19.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy possible here? Principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ELSTER, John. **Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust. A theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho como sistema de garantías. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2010, p. 15-35.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. Tradução de Miguel Carbonell. *In*: CARBONELL, Miguel. (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Tradução de Miguel Carbonell. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Elbio. **A Ascensão Política do Poder Judiciário, o Ativismo Judicial e o Direito como Integridade**. In: LEAL, Rogério Gesta Leal; GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. (Org.). Coletânea do IV Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. 1ed. Porto Alegre: FMP, 2020, v., p. 165-179.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRIMM, Dieter. **Constitutional Adjudication and Democracy**. Israel Law Review, vol. 33, nº 2, Spring 1999, p. 193-215.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1994.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **Elementos de Derecho Natural y Político**. Traducción de Dalmacio Negro Pavón. Salamanca: Alianza, 2005.

HOMERO. **Odisseia**. Tradução de Frederico Lourenço. Lisboa: Quetzal, 2018.

KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Translated by Max Knight. California: University of California Press, 1967.

KMIEC, Keenan D. **The origin and current meanings of “judicial activism”**. California Law Review, v. 92, 2004, p. 1442-1477.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; Bolesina, Iuri. **A jurisdição constitucional como defensora da democracia e dos direitos fundamentais no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. Revista Pensar. Fortaleza: v. 17, n. 1, p. 273-296, jan./jun.2012.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?** Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. GERVASONI, T. A. **Judicialização da política e ativismo judicial: a abertura do processo interpretativo da Constituição como mecanismo de democratização da jurisdição constitucional e de participação no tratamento de conflitos**. In: Direitos Culturais (Online), v. 8, p. 98-116, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. **Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: a corrupção como fenômeno multicultural e a afetação dos direitos fundamentais**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 175-192, outubro/dezembro, 2018.

MAN, Albon P. **Mr. Justice Murphy and the supreme court**. Virginia Law Review, v. 36, nº 7, 1950, p. 889-943. Disponível em: www.jstor.org/stable/1069717. Acesso em: 16.jun.2019.

MAYA, André Machado. **Ativismo judicial e sociedade de risco: reflexos no âmbito da jurisdição criminal**. In: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; LEAL, Rogério Gesta (Org.).

Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis [recurso eletrônico]. Porto Alegre: FMP, 2017.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. New York: Cosimo Classics, 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica a protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MÜLLER, Friedrich. Prefácio. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (Org.). **Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial: El debate Hart - Dworkin**. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores: Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Almedina, 2014.

SANTOS PÉREZ, Maria Lourdes. **Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin**. Doxa. n. 26. 2003.

SBARDELLOTTO, Fábio Roque. **Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Perspectivas (re)legitimadoras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SESMA, Victoria Iturralde. **Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica**. Madrid: Marcial Pons, 2014.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Salamanca: Alianza Editorial, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (Coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. **O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017b.

SUSTEIN, Cass R. **Lochner's Legacy.** Columbia Law Review, v. 87, n. 5, 1987.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (org.). **The global expansion of Judicial Power.** Nova York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV. São Paulo: 8 (1), p. 37-38, jan-jun 2012.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 53, 2011.

URBINA, Francisco Zúniga. Activismo judicial versus garantismo procesal y tribunal constitucional. *In*: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Org.) **Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

U.K. Court of Common Pleas. **Dr. Bonham's Case.** 8 Co. Rep. 114a, 77 Eng. Rep. 646 (C.P. 1610).

U.S. Supreme Court. **Lochner v. People of New York.** 198 US 45 (1905).

U.S. Supreme Court. **Marbury v. Madison.** 5 U.S. 137 (1803).

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores.** São Paulo: Saraiva, 2009.

WEINRIB, Lorraine E. The postwar paradigm an American exceptionalism. *In*: CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas.** Cambridge Universit Press, New York, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.