

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**ALESSANDRA MIOZZO SOARES**

**ATIVISMO JUDICIAL SOB O ASPECTO PRINCIPOLÓGICO: LIMITES E  
LEGITIMIDADE INSTITUCIONAIS**

**FLORIANÓPOLIS**

**2019**

Alessandra Miozzo Soares

**ATIVISMO JUDICIAL SOB O ASPECTO PRINCIPIOLÓGICO: LIMITES E  
LEGITIMIDADE INSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação  
em Direito da Universidade Federal de Santa  
Catarina como requisito parcial para a obtenção do  
Título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart  
Cademartori

Florianópolis

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Soares, Alessandra Miozzo

Ativismo judicial sob o aspecto principiológico: limites e legitimidade institucionais / Alessandra Miozzo Soares ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori, 2019.  
66 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

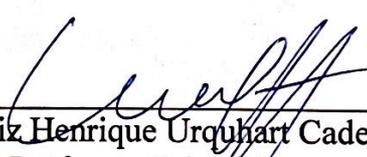
1. Direito. 2. Constitucionalismo Principialista. 3. Constitucionalismo Garantista. 4. Ativismo Judicial. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

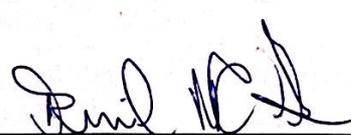
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

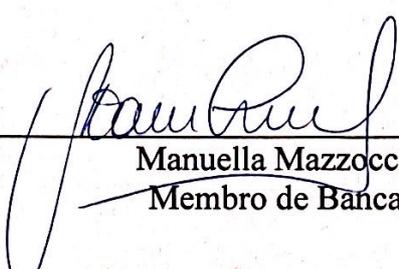
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Ativismo judicial sob o aspecto principiológico: limites e legitimidade institucionais**”, elaborado pela acadêmica Alessandra Miozzo Soares, defendido em 02/12/2019 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 03 de dezembro de 2019

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori  
Professor Orientador

  
\_\_\_\_\_  
Me. Daniel Rocha Chaves  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
Manuella Mazzocco  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluna: Alessandra Miozzo Soares

RG: 1110483251

CPF: 019.020.510-50

Matrícula: 15201021

Título do TCC: Ativismo judicial sob o aspecto principiológico: limites e legitimidade institucionais

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

Eu, Alessandra Miozzo Soares, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 03 de dezembro de 2019

  
Alessandra Miozzo Soares



*À minha família, amor incondicional.*

## AGRADECIMENTOS

Agradecer, confesso, é a parte mais fácil: tenho o privilégio de ter, em minha vida, abundância de pessoas incríveis que merecem minha profunda gratidão.

Agradeço, primeiramente, ao Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, por aceitar me orientar nesta pesquisa e fazê-lo com gentileza e maestria. É uma honra ser tua orientanda. Obrigada pela disponibilidade, pelas reflexões compartilhadas e pela inspiração de profissional que és.

À minha família, que é o porto seguro com o qual pude contar ao longo da vida, pelo incentivo, encorajamento e amor incondicional. Devo-lhes o que sou e a potencialidade do que posso ser. Sou imensamente grata por todo o esforço em me proporcionar uma educação de qualidade, por todas as mensagens cheias de saudade e por toda a confiança e amparo que sempre me foram direcionados.

Ao meu amor, Eduardo Dassi, por todo o suporte, pela compreensão nas ausências e pela leveza com que lidas com os desafios. Admiro-te imensuravelmente.

Agradeço também aos meus amigos da graduação. É muito gratificante dividir a profissão com pessoas tão incríveis. A Ana, Giancarlo, Felipe e Dri, agradeço, por, muito além de colegas de jornada, terem feito com que Florianópolis se tornasse meu lar. Obrigada por me acolherem com tanto amor, por serem luz pura na minha vida e pelos incontáveis momentos juntos que verdadeiramente ressignificaram o que penso sobre amizade. A Nicole, por ter sido a dupla mais dedicada, inteligente e linda que eu poderia ter. Sou imensamente grata por ter me escolhido para compartilhar tantos trabalhos, provas e – muito além da graduação – momentos e conversas que levarei sempre comigo. Obrigada por acreditar em mim mesmo quando eu não o fiz. És muito especial e uma pessoa ímpar. A Paulo, por todo o apoio cotidiano e por ter sempre escutado atentamente as minhas inquietações. Obrigada por teres sempre deixado espaço para que eu possa confortavelmente recorrer nas mais inusitadas dúvidas e situações. Não sei o que seria de mim sem ti. A Luis, pela ajuda sempre disponível e por extrapolar os intervalos entre as séries de exercícios para compartilhar angústias e risadas. A Daan, que foi uma surpresa maravilhosa de despedida da graduação, por todas as conversas incentivadoras e os bons conselhos. A Bruna, Carol, Carla e Clara, que, embora tenha convivido muito menos do que gostaria, presentearam-me com uma

amizade cheia de afeto e acolhimento. Obrigada pela escuta sempre sensível. Que nossos caminhos sempre deem um jeito de se comunicarem. Minha gratidão, sempre.

A Douglas, Eduardo e João Pedro, que, apesar da minha distância e ausência, sempre deram um jeito de estarem comigo.

A Dr. Renato Guilherme Gomes Cunha e Rafael Mascarello, pela confiança depositada desde o início da faculdade, ao me escolherem para fazer parte da equipe. Obrigada pelo grande apoio na minha vida acadêmica e profissional, agradecimento que estendo a Letícia e Isabela, por tornarem nosso espaço no fórum um lugar sempre divertido de trabalhar.

Ao Dr. Rafael Brüning, em nome de quem agradeço toda a equipe da 4ª Vara Criminal da Capital, pelo acolhimento, pelas diárias oportunidades de aprendizado que me foram proporcionadas e pelo incentivo constante. Bernardo, Helena, Lucas, Luiza, Marcella e Marina, sou profundamente grata pela convivência e por me ensinarem pacientemente tanto. Que sorte grande a minha de ter feito parte deste gabinete excepcional e composto de pessoas tão competentes.

A Daniel Rocha Chaves e Manuella Mazzocco, pela gentileza e disponibilidade em participarem da banca, bem como pelas valorosas contribuições, agradecimento extensível à Vanessa Bussolo Brand, que, embora as circunstâncias da vida não tenham permitido que estivesse presente na banca, auxiliou-me prontamente na preparação desta pesquisa.

Por fim, agradeço também a todas as pessoas que fizeram parte da minha formação e que, direta ou indiretamente, contribuíram para que este trabalho fosse realizado.

A Deus, sempre.

*“É necessário que ao menos uma vez na vida você duvide,  
tanto quanto possível, de todas as coisas”*

(René Descartes)

## RESUMO

Haja vista o protagonismo atual do Poder Judiciário brasileiro, o presente trabalho se propõe a investigar a sua atuação conforme a Constituição, analisando o ativismo judicial sob o viés normativo, a partir do cotejo do modelo principialista de base ponderativa e da tese garantista de Luigi Ferrajoli. Para tanto, utiliza-se metodologia dedutiva e revisão bibliográfica. O primeiro capítulo dedica-se a abordar o paradigma baseado em princípios, privilegiando seu enfoque na obra de Robert Alexy, por ser condizente com o modelo europeu-continental de Direito, ao qual o Brasil adere, e pela maior difusão entre os juristas brasileiros que o autor alemão obteve. Estende-se, ainda, o capítulo inaugural, à análise da recepção atécnica do modelo no Brasil. O segundo capítulo, por sua vez, aborda a tese garantista de Luigi Ferrajoli como contraponto ao principialismo ponderativo, apresentando, além dos pressupostos do garantismo ferrajoliano, a crítica ao constitucionalismo principialista. Por fim, o capítulo derradeiro versa acerca do ativismo judicial como efeito decorrente da utilização das concepções principialistas, discutindo, ao fim, os limites e a legitimidade institucional do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo principialista. Constitucionalismo garantista. Ativismo judicial.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>2 A CONCEPÇÃO PRINCIPALISTA DE BASE PONDERATIVA E SUA RECEPÇÃO NO BRASIL</b>	<b>13</b>
<b>2.1 A matriz ponderativa de Robert Alexy</b>	<b>14</b>
2.1.1 Regras jurídicas e o esquema lógico da subsunção	14
2.1.2 Princípios jurídicos e a ponderação judicial como solução dos conflitos entre direitos	16
2.1.3 A máxima da proporcionalidade e desdobramentos metodológicos	19
2.1.3.1 Adequação	20
2.1.3.2 Necessidade	21
2.1.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito	21
<b>2.2 A recepção no Brasil</b>	<b>23</b>
2.2.1 Problema terminológico	23
2.2.2 A aplicação desestruturada da proporcionalidade pela jurisprudência brasileira	25
<b>3 A TESE GARANTISTA COMO CONTRAPONTO AO PRINCIPALISMO PONDERATIVO</b>	<b>29</b>
<b>3.1 Constitucionalismo principalista sob a ótica de Luigi Ferrajoli</b>	<b>29</b>
3.1.1 Terminologia para uma proposta de divisão entre as teses constitucionalistas	30
3.1.2 Desacertos do constitucionalismo principalista	34
3.1.2.1 Crítica ferrajoliana à tese da conexão entre direito e moral	35
3.1.2.2 Crítica ferrajoliana à contraposição entre princípios e regras	37
<b>3.2 Constitucionalismo garantista como uma tese positivista renovada</b>	<b>40</b>
3.2.1 Positivismo e paleopositivismo segundo Ferrajoli	41
3.2.2 A normatividade forte das Constituições segundo o constitucionalismo garantista	43

<b>4 ATIVISMO JUDICIAL COMO EFEITO DECORRENTE DAS CONCEPÇÕES PRINCIPALISTAS NA ATIVIDADE JUDICIAL</b>	
.....	<b>49</b>
<b>4.1 Contextualização do ativismo judicial.....</b>	<b>49</b>
4.1.1 Aspectos históricos .....	49
4.1.2 Aspectos conceituais .....	52
<b>4.2 Consequências da utilização do método ponderativo na atividade judicial.....</b>	<b>54</b>
4.2.1 O principalismo indiscriminado brasileiro e o problema do arbítrio judicial.....	54
4.2.2 O impacto na segurança jurídica .....	56
<b>4.3 Limites e legitimidade institucionais.....</b>	<b>58</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>64</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da substancial ampliação do rol de direitos e garantias positivados na Magna Carta, o Poder Judiciário (sobretudo, o Supremo Tribunal Federal) tem ocupado, cada vez mais, posição de protagonismo no tocante à concretização dos direitos fundamentais. No contexto de intensificação da atuação judicial nesta seara, observa-se, muitas vezes, a utilização, para alicerçar as decisões em torno de tais direitos, da matriz ponderativa de Robert Alexy – do modo pelo qual foi recepcionada no Brasil –, do que exsurge o debate acerca do atendimento (ou não) de tais decisões a parâmetros de legitimidade institucional quanto a possíveis invasões em áreas de competência de outros poderes.

Evidencia-se, assim, o debate que envolve o denominado ativismo judicial, acerca do qual, sem a pretensão de esgotar a vasta e complexa discussão que o tem por objeto, far-se-á, neste trabalho, uma análise a partir do recorte normativo. Busca-se confirmar, ao fim, a hipótese básica de que decisões judiciais com base em princípios sob o modelo ponderativo permitem ao intérprete julgador desenvolver um grau de liberdade na avaliação dos casos concretos que adentra indevidamente em searas que, em princípio, lhes seriam vedadas – tais como a moral.

Far-se-á, assim, ao longo de três capítulos, revisão bibliográfica para: a) apresentar o modelo teórico de ponderação de princípios para, após, ser verificada a sua recepção no Brasil; b) invocar a tese garantista como contraponto ao constitucionalismo principialista; e c) aduzir as implicações das concepções principialistas na atividade judicial, verificando os limites e a legitimidade institucional.

No primeiro, especificamente, percorrer-se-á a concepção principialista de base ponderativa de Robert Alexy. Referida exposição tornará possível a identificação, em seguida, das imprecisões concernentes ao seu tratamento e aplicação no Brasil – e, sobretudo, os efeitos decorrentes desta utilização atécnica como alicerce de decisões judiciais.

No segundo capítulo, a concepção exposta no capítulo anterior será lida com base na visão garantista ferrajoliana, que a contrapõe, sendo apresentada a terminologia relativa à divisão entre as teses constitucionalistas proposta pelo jurista e os desacertos do sobredito paradigma, a partir da crítica à tese da conexão entre direito e moral e à contraposição entre princípios e regras. Logo após, apresentar-se-á a proposta de Luigi Ferrajoli de constitucionalismo como renovação do positivismo jurídico – diferente, contudo, do *paleojuspositivismo* (separação que será também aclarada) – para, em seguida, discorrer-se acerca da normatividade forte das constituições proposta pelo garantismo.

O capítulo derradeiro, enfim, versará brevemente acerca da origem do ativismo judicial, a fim de que seja possível a devida leitura contextualizada, e será apresentada a respectiva definição conceitual. Após, discorrer-se-á acerca do principialismo indiscriminado brasileiro, o qual ocasiona o problema referente ao arbítrio judicial, apontando, na sequência, a insegurança das relações jurídicas ocasionada pelo método ponderativo. Ao fim, abordar-se-ão os limites e a legitimidade institucionais.

A despeito de ser ampla a literatura concernente à temática do ativismo judicial, analisada sob as mais diversas nuances, a novidade do trabalho aviva-se na leitura do fenômeno sob o viés normativo e a partir da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, defronte ao modelo teórico ponderativo de Robert Alexy – sobretudo em relação à recepção atécnica que sucedeu no contexto brasileiro.

Faz-se mister, nesse sentido, mormente porque transcende o âmbito da dogmática jurídica e alcança a própria realidade social, a avaliação da legitimidade e os limites da jurisdição nos processos de criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, bem como a verificação de possíveis invasões em áreas de competência de outros poderes - do que se extrai a relevância do tema.

## **2 A CONCEPÇÃO PRINCIPALISTA DE BASE PONDERATIVA E SUA RECEPÇÃO NO BRASIL**

De início, faz-se necessário reservar o recorte teórico em que perpassarão as considerações retratadas neste capítulo. Embora não se desconheça que pertence a Ronald Dworkin a precedência, no que concerne às teses que apresentam os princípios de direito como uma estrutura e forma de aplicação tal qual definidas por Robert Alexy, esta pesquisa privilegia seu enfoque na obra alexyana a respeito do tema, por ser condizente com o modelo europeu-continental de Direito - ao qual o Brasil adere - e pela maior difusão entre os juristas brasileiros que o autor alemão obteve.

É bem verdade que sobreditas concepções deram origem a uma verdadeira escola, difundida em diferentes países - tais como, a título de ilustração e em meio a outros, Espanha, Portugal, Brasil e México. Referida difusão decorreu, sobretudo, da produção de destacados juristas, entre os quais são elencados, para fins exemplificativos e na ordem dos países previamente citados, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, José Gomes Canotilho, Virgílio Afonso da Silva e Miguel Carbonell - não se olvidando que as teorias por eles desenvolvidas, embora de base alexyana, possuem dissonâncias significativas. Todavia, percorrer pormenorizadamente a escola citada não se encontra no intento teórico desta pesquisa, razão pela qual é suficiente citá-la.

Feitas essas considerações, e tendo em vista que o objetivo deste capítulo é tão somente estabelecer as premissas essenciais à compreensão do principalismo de base ponderativa, sem a pretensão de exaurir as concepções a ele referentes, passa-se a discorrer acerca a matriz europeia de todas elas - qual seja, como dito, a desenvolvida por Robert Alexy - para, após, ser examinada sua recepção na jurisprudência brasileira.

## 2.1 A matriz ponderativa de Robert Alexy

Ao descrever a sua Teoria dos Direitos Fundamentais<sup>1</sup>, Alexy (2008, p. 85) destaca como elemento fundamental a diferenciação teórico-estrutural entre regras e princípios – sendo esta, para o autor, uma das colunas-mestras do edifício da sobredita teoria. Destarte, reúne tais estruturas sob o conceito de norma – gênero ao qual pertencem as espécies originadas a partir da sobredita distinção, tomando por base a estrutura e a forma de aplicação.

Segundo o autor, “princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente” (ALEXY, 2008, p. 87), de modo que a distinção entre regras e princípios seria, como dito, uma distinção entre duas espécies de normas. Passa-se, pois, à descrição da diferença que, segundo o jurista alemão (2008, p. 86), não é nova, “mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização frequente, a seu respeito imperam falta de clareza e polêmica”.

### 2.1.1 Regras jurídicas e o esquema lógico da subsunção

Brevemente, as regras jurídicas são, para Alexy, normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Assim sendo, se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos – razão pela qual contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

Assim,

Alexy compreende que haveria normas decorrentes da proposição do texto constitucional que exauriria comandos definitivos, válidos ou não. Essas normas teriam a condição estrutural de uma regra jurídica. Se uma regra possui validade, ela deve ser aplicada, fazendo-se exatamente aquilo que ela dispõe. Isso porque as regras determinam quais são as condições fáticas e jurídicas para sua aplicação, de tal maneira que o seu âmbito de aplicação é fixado de forma pré-estabelecida (MORAIS, 2018, p. 49).

---

<sup>1</sup> Originalmente publicada em 1986, a obra Teoria dos Direitos Fundamentais (*Theorie der Grundrechte*) tornou-se um marco teórico para os estudos sobre a estrutura normativa dos Direitos Fundamentais na Constituição Alemã (MORAIS, 2018, p. 37)

Nesse sentido é que Moraes (2018, p. 50) afirma que a noção alexyana de regra coloca em evidência a teoria do suporte fático e o consequente processo automático de ocorrência da consequência jurídica no caso de a regra preencher o seu suporte fático. Juridicamente, fala-se em processo de subsunção (se Y, então X). Conforme explicam Cademartori e Duarte (2009, fl. 153), tal forma de operacionalização racional é entendida por Alexy como sendo compatível apenas com as regras, sendo incompatível o seu uso com os princípios, pois estes estariam regidos, na sua aplicabilidade, por um procedimento de ponderação - o qual será visto no item subsequente.

Alexy (2008, p. 104) afirma que as regras contêm em si uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas – que, ressalte-se, pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas (por outro lado, se isso não ocorrer, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve). São, portanto, *mandamentos definitivos*, o que será contraposto, no item subsequente a este, à noção alexyana de princípios. Assim sendo, em se constatando a validade da norma, “dever-se-ia, por força do esquema imperativo, fazer exatamente aquilo determinado pela regra”.

Para o jurista alemão (2008, p. 92) “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”. No último caso, segundo ele, a regra deve ser extirpada do ordenamento jurídico. Por serem resoluções de caso alternativas, conclui o autor que, em caso de constatação de aplicabilidade de duas regras que encerram consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não for passível de eliminação por meio da introdução de uma cláusula de exceção, deve-se declarar inválida pelo menos uma das regras, de sorte que não podem ambas valerem ao mesmo tempo. Destarte, a decisão refere-se à validade – esclarecimento de inafastável importância para a distinção que será a seguir feita no que tange à outra espécie de normas: os princípios.

## 2.1.2 Princípios jurídicos e a ponderação judicial como solução dos conflitos entre direitos

Ao contrário das regras – que, como visto, exprimem um comando definitivo e exigem que seja feito exatamente aquilo que ordenam – os princípios, ao ver de Alexy (2008, p. 90), seriam “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, que, para o autor (2008, p. 114), podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos<sup>2</sup>.

Assim sendo:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua

---

<sup>2</sup> Acerca disto, Alexy explica (2008, pp. 115/116):

Essa definição faz com que fique claro que a distinção entre direitos individuais e interesses coletivos não é tão simples como pode parecer à primeira vista. É possível distinguir quatro relações entre direitos individuais e interesses coletivos, as quais podem ser combinadas entre si de inúmeras formas. (1) Um direito individual é exclusivamente um meio para um interesse coletivo. Essa relação é pressuposta, por exemplo, por quem vê no direito de propriedade apenas um meio para a realização da produção econômica. Uma colisão entre o direito e o interesse coletivo é impossível, pois se o direito perde seu caráter de meio ou até mesmo embarça a produtividade, então, não há mais fundamento para o direito. Se todos os direitos individuais fossem apenas meios para interesses coletivos, não poderia mais haver colisões entre eles. Nesse sentido, direitos como meios para interesses coletivos não teriam força própria. (2) Um interesse coletivo é exclusivamente um meio para direitos. Dessa relação parte aquele que afirma que a garantia da operacionalidade da justiça penal serve apenas para a segurança dos direitos individuais. Para esse ponto de vista, a colisão entre um direito individual e o princípio da garantia da operacionalidade da Justiça penal é, na verdade, uma colisão entre direitos individuais (ou entre os princípios que os garantem). Se todos os interesses coletivos fossem exclusivamente meios para direitos individuais, então, haveria apenas colisões entre direitos. (3) Um interesse coletivo é uma situação na qual as normas que garantem direitos individuais são válidas ou satisfeitas. Se isso valesse para todos os interesses coletivos, falar nesse tipo de interesses seria redundante. (4) Entre direitos individuais e interesses coletivos não existem nem as relações meio-fim do tipo (1) e (2), nem a relação de identidade do tipo (3). Se direitos individuais não têm caráter absoluto diante de interesses coletivos, então, sob o pressuposto (4), as colisões entre direitos individuais e interesses coletivos são colisões entre objetos pertencentes a categorias distintas. Relações do quarto tipo podem existir ao lado de relações do primeiro ao terceiro tipos. Qual das relações é aplicável é algo que depende das teses sobre o conteúdo e a natureza dos direitos individuais e dos interesses coletivos. É possível uma boa fundamentação tanto para a tese de que direitos fundamentais não são apenas meios para interesses coletivos quanto para a tese de que há interesses coletivos que independem de direitos individuais. A primeira tese pode apoiar-se na dignidade e na autonomia da pessoa, ou seja, ser fundamentada em um sentido kantiano; a segunda tese pode ser justificada por meio da indicação de que nem toda atividade estatal tem que se relacionar a um direito, podendo dizer respeito apenas a algo útil, agradável e desejável. Isso é suficiente para justificar que se fale, de um lado, em direitos individuais e, de outro, em interesses coletivos.

satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008, fl. 90).

Em outras palavras, a realização dos princípios seria somente feita de maneira aproximativa em virtude das condições reais envolvidas:

Ao exaurirem razões apenas *prima facie* para o cumprimento de sua ordem máxima possível, os princípios jurídicos somente poderiam reclamar a totalidade do seu comando de forma abstrata. Isso porque, quando se buscasse a aplicação de princípios jurídicos como forma de resolução de problemas concretos - em virtude da indeterminação semântica - a sua qualificação máxima *prima facie* seria flexibilizada em consideração a outras razões *prima facie* derivadas de outros princípios jurídicos envolvidos. Assim, as razões *prima facie* dos princípios jurídicos, da máxima realização da ordem, poderiam apenas ser realizadas na prática de maneira gradual (MORAIS, 2018, p. 57).

Segundo esta distinção, que seria, na teoria alexyana, um dos pilares da teoria dos direitos fundamentais, as normas constitucionais “têm a forma de princípios – mais precisamente dos princípios de justiça, de caráter ético-político, e não das regras”; e, “enquanto as regras se aplicam, os princípios se respeitam, se pesam, se ponderam entre eles, ainda mais quando, como geralmente ocorre, estão em conflito entre eles” (FERRAJOLI, 2011a, pp. 104/105). Assim,

aceitar a natureza principiológica de normas de direitos fundamentais implica buscar a realização de seus preceitos na maior medida possível, respeitadas e avaliadas as condições fáticas e jurídicas presentes no momento de sua aplicação. Ou seja: nos termos do defendido por Robert Alexy, a realização do contido em normas de direitos fundamentais com caráter de princípio exige o exame prévio das condições fáticas e jurídicas vigentes no momento de sua aplicação - aliás, a necessidade desse exame compõe a própria definição de princípio dada por esse autor (CARNEIRO, 2015, p. 114).

A importância dos princípios jurídicos estaria vinculada à indeterminação das proposições do texto constitucional, o que, no posicionamento de Alexy, proporcionaria ao intérprete uma abertura significativa (semântica e estruturalmente) que deveria ser preenchida por meio da jurisprudência (MORAIS, 2018, p. 63). Essa qualidade linguística, como explica Moraes (2018, p. 50), exigiria uma forma de fundamentação bem diferente da simples referência a sua posituação no texto constitucional - que, aliás, seria impossível justo pela indeterminação semântica.

Eventual tensão não poderia ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um dos princípios, eis que nenhum goza, por si só, de prioridade. O

conflito, destarte, deve ser solucionado por meio de um sopesamento, cujo objetivo é definir qual dos interesses têm maior peso concretamente, mormente porque, em abstrato, encontram-se no mesmo nível. Nesse sentido, ao descrever um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, o jurista elucida:

Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. (ALEXY, 2008, p. 96)

Isto é, diversamente das regras, em caso de colisão entre princípios, um deles deverá ceder, sem que isso o torne inválido. Assim, o conflito entre princípios (ou colisão entre princípios, nos termos de Alexy) se dá no plano do seu “peso” valorativo que entre eles deverá ser ponderado e não no plano da validade, como no caso do conflito entre regras (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 127).

Considerando que, como visto, a teoria alexyana sustenta que os tipos de razões requeridos pelos princípios jurídicos envolvem um juízo sobre a sua máxima satisfação, tal aplicação ocasiona, como conseqüência, constantes colisões entre os seus comandos (MORAIS, 2018, p. 58). Por tal razão é que, dependendo das circunstâncias específicas (possibilidades fáticas) e dos demais princípios que se confrontam (possibilidades jurídicas), podem ter graus diferentes de concretização.

A conclusão de Alexy, nos dizeres de Morais (2018, p. 61), é que haveria um dever de proteção *prima facie* a ser satisfeito num grau suficiente, servindo a máxima da proporcionalidade, nessa vertente, como análise da suficiência. Isto é,

A relação de ponderação atribui, a cada princípio, um peso, por serem eles, como se salientou, exigências de otimização, diferentemente das regras que são rígidas na sua aplicação a um caso concreto, de forma integral, dentro do código binário válido/inválido; tudo ou nada, fazendo-se valer, quando cabíveis, em caráter definitivo (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 127).

Desta forma, quando se depara com a colisão de princípios, o intérprete deverá valer-se de um critério hermenêutico de ponderação dos valores jusfundamentais, o qual foi por Alexy denominado “máxima da proporcionalidade” (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 127).

### 2.1.3 A máxima da proporcionalidade e desdobramentos metodológicos<sup>3</sup>

Como visto, a definição dos princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (isto é, como mandados de *otimização*) implica a existência da máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais – as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 588) –, que se apresenta como “um sistema que coordena a aplicação e fundamentação das normas de direitos fundamentais, mais precisamente, de princípios jurídicos” (MORAIS, 2018, p. 65).

Nesse sentido, a partir da proporcionalidade, “pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público” (CRISTÓVAM, 2005, p. 160). O instituto, destarte, é constituído pelas máximas da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, caso um ato venha a ser analisado como válido a partir da proporcionalidade, será devido à submissão aos subelementos: ver-se-á, primeiramente, se o ato é adequado; caso o seja, verificar-se-á sua necessidade; e, por fim, se (e somente se) preenchidos os dois requisitos citados, far-se-á a ponderação entre os princípios jurídicos envolvidos (procedendo-se ao exame, em outras palavras, da proporcionalidade em sentido estrito). Há, portanto, relação de subsidiariedade, entre os subelementos, conforme explica Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 34):

a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da

---

<sup>3</sup> Deve-se o título à Fausto Santos de Moraes (2018, p. 65), o qual emprega a referência à “metodologia” a fim de significar “como” deve ser aplicada a máxima da proporcionalidade.

proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade.

Nestes termos, pode-se ser que a aplicação da proporcionalidade pode esgotar-se, a depender do caso, com o exame da necessidade. Conforme a complexidade, entretanto, pode ser que o exame de todos os subelementos seja necessário, procedendo-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Para fins de posterior análise da recepção do modelo alexyano no Brasil, a partir da análise da adequada - ou não - aplicação do “princípio” - terminologia comumente utilizada no cenário jurídico brasileiro, em relação ao que posteriormente serão feitas considerações - da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal, necessária a exposição de tais subelementos. Consigna-se que se fará apenas breve exposição, sem a pretensão de dissertar a respeito.

#### 2.1.3.1 Adequação

Para Alexy (2008, p. 588), tanto a adequação quanto a necessidade expressam a exigência - contida na definição de princípio - de uma máxima realização em relação às possibilidades fáticas (diferentemente da proporcionalidade em sentido estrito, que exige a máxima realização relativamente às possibilidades jurídicas, como será a seguir visto).

No que tange especificamente à noção conceitual de adequação, Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 36) ressalva que, apesar de no Brasil ter sido difundido que adequado é o meio “apto a alcançar o resultado pretendido”, o conceito não é o mais correto. Faz-se tal ressalva em razão da tradução inapropriada de Gilmar Ferreira Mendes (2000, p. 371), ao mencionar decisão do Tribunal Constitucional alemão, do termo *fördern* para “alcançar”, nos seguintes termos: “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado”. Contudo, conforme correção de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 36), o verbo *fördern* não significa alcançar, mas fomentar, promover.

Assim, a partir da “adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a

realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado” (SILVA, 2002, p. 36). Isto é, não se faz necessário que o objetivo seja alcançado, mas, ao menos, fomentado. Destarte, *a contrario sensu*, a inadequação de determinada medida é aferida na ausência de contribuição para fomentar a realização do objetivo pretendido de sua utilização.

Por outro lado, caso se mostre tal medida adequada, deve-se analisar se é necessária.

Fala-se, então, em exame da necessidade.

### 2.1.3.2 Necessidade

Nos didáticos dizeres de Virgílio Afonso da Silva (2002, fl. 38), um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Nestes termos, ilustra-se:

Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto (SILVA, 2002, pp. 55/56).

Destarte, em sendo feita a comparação concernente ao exame da necessidade, e sendo a medida em análise entendida como necessária, faz-se o exame da proporcionalidade em sentido estrito. De outro norte, caso seja a medida reprovada no exame da necessidade, encerra-se o diagnóstico da proporcionalidade, considerando-a, eis que não necessária, desproporcional.

### 2.1.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Conforme explana Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 40), ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para

promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Faz-se necessário, ainda, um terceiro exame, “que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 40). Assim, conforme conceituam Cademartori e Duarte (2009, fl. 127), “é a ponderação com base nos valores jusfundamentais propriamente ditos”.

Explica-se: segundo Alexy (2008, p. 593), as possibilidades jurídicas – em face das quais, junto das possibilidades fáticas, os princípios exigem uma realização mais ampla possível – são determinadas, sobretudo, pelos princípios colidentes. Assim sendo, “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito - a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes”.

Destarte, um princípio pode, segundo a teoria, ceder lugar quando, em um determinado caso, é atribuído maior valor a um outro princípio antagônico. Nestes termos, Alexy formula (2008, p. 167), ao falar em sopesamento e na relação entre os princípios jurídicos envolvidos, a seguinte lei (à qual a submáxima da proporcionalidade é idêntica): “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. Em outras palavras, “a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”, razão pela qual, ao se tratar de princípios, pode-se falar, segundo a teoria, tão somente em pesos relativos.

Em suma, para que determinada medida seja considerada desproporcional a partir da análise da proporcionalidade em sentido estrito

não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo* essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamenta a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional (SILVA, 2002, p. 41) (grifos originais).

Apontados tais elementos – o que basta para a extensão desta pesquisa – deixa-se de adentrar em explicações mais aprofundadas acerca da teoria alexyana, haja vista que a pretensão deste trabalho não é realizar uma análise minuciosa do modelo proposto por Robert Alexy, mas abordar sua recepção pela prática jurídica brasileira e sua relação com o fenômeno do ativismo judicial. Para tanto, necessário se faz apenas compreender suas premissas – o que foi até então exposto –, bem como a aplicação pela jurisprudência brasileira, o que será apresentado a seguir.

## 2.2 A recepção no Brasil

A partir da nomeação de ministros influenciados pelo Direito alemão ao final do século XX, a noção de proporcionalidade como ponderação entre princípios passou a ser consolidada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – embora outras referências já tivessem ocorrido anteriormente, sem, contudo, desenvolvimento autônomo, vindo sempre fundamentadas em outras garantias constitucionais expressas (CADEMARTORI; RÊGO, 2017, p. 78). Com efeito, o transplante do instituto jurídico, ocorreu sem a devida leitura contextualizada do seu desenvolvimento na Alemanha, de sorte que não foi compreendido em sua extensão e complexidade. É o que Cademartori e Rêgo (2017, p. 77) denominaram *proporcionalidade impura*.

### 2.2.1 Problema terminológico

No Brasil, o termo mais difundido para designar a ideia retratada no item que a este antecede é *princípio da proporcionalidade* – terminologia amplamente aceita sem grandes controvérsias. Ressalta-se, todavia, a ressalva de Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24), afirmando que a questão é mais contestável do que parece. Segundo o autor, a utilização do termo “princípio” pode ser errônea, sobretudo quando adotado, em contraposição ao conceito de regra jurídica, a definição alexyana de princípio jurídico já retratada nesta pesquisa. O problema terminológico fica evidente no excerto que segue:

O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeito em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. Nesse sentido, Humberto Bergmann Ávila afirma

que Alexy, “*sem o enquadrar em outra categoria*, exclui-o com razão do âmbito dos princípios, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude dos quais ganharia, em alguns casos, a prevalência. Não é de todo correta, contudo, a afirmação. É correto, como já dito, que o chamado princípio da proporcionalidade não é um princípio no sentido acima descrito. Mas Alexy enquadra-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o *explicitamente* como regra. Após fazer as ressalvas citadas por Bergmann Ávila, Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade “devem ser classificados como *regras*”, e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção. Como já visto acima, segundo a teoria defendida por Alexy, *somente regras* são aplicadas por meio de subsunção. (SILVA, 2002, pp. 25/26).

Aliás, Virgílio Afonso da Silva figurou como tradutor para o português da obra alexyana utilizada amplamente nesta pesquisa, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, tradução da 5ª edição de *Theorie der Grundrechte*. Corroborando a tese da inadequação vocabular, o tradutor (que, segundo Robert Alexy, no prefácio à edição brasileira, possui não apenas o domínio de ambos os idiomas, mas também um amplo conhecimento da matéria traduzida) fez constar em sua nota:

[...] uma breve explicação acerca da escolha da tradução de alguns termos importantes da obra parece-me necessária. Talvez a mais importante diga respeito aos termos "Prinzip", "Grundsatz" e, em alguns contextos, "Satz". Os dois primeiros, em português, podem ser traduzidos pelo termo "princípio". Ocorre que, em alguns momentos, há uma deliberada escolha do autor pelo uso de um ou de outro, justamente para marcar uma diferença que a ele pareceu necessária. O caso mais importante está ligado à idéia de proporcionalidade. Alexy evita denominá-la de princípio ("Prinzip"), justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra. Não pretendo entrar, aqui, na discussão acerca de como classificar a proporcionalidade. Há suficiente bibliografia em português sobre isso. Mas, para reproduzir a opção do autor - de intencionalmente usar dois termos distintos - escolhi traduzir "Grundsatz" por "máxima".

Na prática jurídica brasileira, para além da contraposição alexyana ao conceito de regra jurídica, o termo “princípio” traz forte carga semântica à exigência de proporcionalidade, pretendendo lhe conferir importância a partir da plurivocidade do termo (SILVA, 2002, p. 26). Por tal razão, conforme afirma o jurista brasileiro, eventuais tentativas de uniformidade – e adequação de nomenclatura – estariam fadadas ao insucesso.

O problema envolvendo a recepção da proporcionalidade no Brasil, contudo, não se esgota ao campo terminológico.

## 2.2.2 A aplicação desestruturada da proporcionalidade pela jurisprudência brasileira

A promulgação da Constituição Federal de 1988 é inegavelmente um marco histórico das profundas transformações do direito constitucional contemporâneo brasileiro, trazendo como elementos caracterizadores “o amplo catálogo de direitos fundamentais e sociais, dotados de força axiológica e normativa, e a expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional e dos poderes decisórios do Supremo” (CAMPOS, 2014, p. 232). Altera-se, nesse contexto, o papel político-institucional do Supremo Tribunal Federal.

Em decorrência, a jurisdição - e o Direito Brasileiro como um todo - vem, a partir de tal virada paradigmática, procurando meios de lidar com a previsão constitucional de referido catálogo, a fim de que os Direitos Fundamentais possam ser concretizados nos termos da proteção que lhes foi conferida pela Carta Magna e a partir dela, em atenção ao Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>.

Nesse pano de fundo, tendo sido expressamente atribuída ao Supremo Tribunal a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, da Constituição Federal<sup>5</sup>), pode-se pressupor a suma importância que o órgão de cúpula do Poder Judiciário possui na garantia dos direitos fundamentais.

A partir da utilização, por parte da Corte Constitucional, nas decisões que envolvem juízos acerca de normas de direitos fundamentais, de expressões que remetem à teoria alexyana – tais como: “princípio” da proporcionalidade, ponderação, sopesamento, balanceamento, choque ou tensão entre princípios, bens, direitos fundamentais, interesses e valores –, legítimo afirmar a influência da teoria do jurista alemão (MORAIS, 2018, p. 35). Todavia, conforme afirmado por Silva (2002, p. 33), ainda que o Supremo Tribunal Federal refira-se frequentemente ao “princípio” da proporcionalidade, a referência é tecnicamente incorreta - e, não raro, “um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não

---

<sup>4</sup> Acerca disso, destaca-se a contribuição de Cademartori e Rêgo (2017, p. 61): “Protagonista do ordenamento jurídico de uma nação, a constituição pode ser definida como o conjunto de normas (regras e princípios) norteadoras das atividades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No Estado Democrático de Direito, tudo se faz a partir da constituição e nada contra ela.”

<sup>5</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

sistemático” (SILVA, 2002, p. 31). Cita-se a proporcionalidade sem aplicá-la de forma estruturada, em raciocínio simplista e mecânico.

Uma das decisões paradigmáticas acerca do assunto - que menciona-se para ilustrar, sobretudo porque a análise minuciosa da aplicação da proporcionalidade no STF ultrapassa o intento deste trabalho<sup>6</sup> - refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade 855-2, na qual foi aventada a discussão acerca da constitucionalidade da Lei nº 10.498/93, do Estado do Paraná, que determinava a obrigatoriedade de os estabelecimentos comerciantes de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente.

A autora da ação, a Confederação Nacional do Comércio, alegou, além dos vícios de competência, violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Muito embora o argumento tenha sido aceito pelo STF, não houve análise concreta em separado acerca dos subelementos que compõe a proporcionalidade.

Assim sendo, conforme bem observado por Cademartori e Rêgo (2017, p. 79), o Supremo Tribunal Federal, não obstante a expressa ao “princípio” da proporcionalidade na decisão acerca do caso da pesagem dos botijões de gás, nitidamente não sabia manejar o instituto corretamente, eis que a aplicação da proporcionalidade, como visto, exige o exame dos subelementos que a compõe.

Destaca-se, acerca disso, a obra de Fausto Santos de Moraes (2018), em que foram analisadas 189 decisões do STF em busca da identificação prática da proposta metodológica de Robert Alexy. Entre as diversas conclusões a que chega Moraes, destaca-se que “não foi possível encontrar uniformidade nas decisões do STF quanto à identificação dos princípios jurídicos envolvidos nos conflitos em que o princípio da proporcionalidade foi chamado a resolver”, bastando, em muitas decisões, “indicação de um princípio jurídico, tido como violado, para que a proporcionalidade entrasse em jogo para orientar a decisão” (MORAIS, 2018, p. 181).

---

<sup>6</sup> Para aprofundamento do tema, cf: Moraes, 2018.

Ainda,

relacionado à questão anterior, também não se constatou precisão sobre o conceito dos princípios jurídicos sob os quais se resolveu o problema através do princípio da proporcionalidade. O sintoma disso foi visto mediante a aplicação indiscriminada da proporcionalidade para resolver “qualquer tipo de colisão”, seja ela de princípios, princípios com valores, valores com valores, interesses com valores, direitos fundamentais com interesses, bens e outras possibilidades. Essa questão parece ser indicativa da falta de conceituação rígida sobre a característica dos Direitos Fundamentais, como normas de princípios jurídicos - mandamentos de otimização, um dos pressupostos à aplicação da proporcionalidade dentro do marco teórico estabelecido por Alexy (MORAIS, 2018, p. 181).

No tocante à aplicação dos subelementos constitutivos da proporcionalidade (quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), Morais (2018, p. 181) conclui que, além de não ser seguida a ordem subsidiária dos testes componentes da proporcionalidade (havendo poucas exceções),

observou-se com mais objetividade nas decisões o posicionamento sobre a adequação e necessidade das medidas estatais aos fins indicados pela Constituição e os Direitos Fundamentais. Mesmo assim, não se pode afirmar que existe clareza ou apresentação expressa nos julgados de todos os juízos quanto à adequação e necessidade. No que diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento ou ponderação), a situação parece piorar. Grande parte das decisões que se valem do sopesamento não são precedidas pela análise das submáximas supracitadas, assim como, também, existem casos em que a medida falha nos testes da adequação e necessidade, mas o juízo ainda efetua sopesamentos entre princípios e outros entes.

Nesse sentido, das atecnias da aplicação da proporcionalidade – e, conseqüentemente, da teoria alexyana - no Brasil decorrem problemas que, na síntese descrita por Streck e Trindade (2014), são três: o primeiro diz respeito à falta de rigorismo conceitual e operacional da proporcionalidade; o segundo problema remete à rudimentar relação entre teoria e prática; e o terceiro - o qual, para os autores, seria o mais grave – refere-se à falta de racionalidade verificada nas decisões judiciais. Isto é, a teoria da argumentação de Robert Alexy recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais (STRECK, 2012, p. 72). Em verdade, segundo o autor, é possível dizer que, no Brasil, não há sequer “teoria da argumentação”, havendo tão somente, “traços analíticos de uma teoria dos princípios, sem o controle – bem ou mal – exercidos pelas regras de argumentação”.

Sustentando tal afirmação, Lênio Streck (2012, p. 73) leciona:

Ora, princípios são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. É essa estrutura alargada de dever-ser – que é dada *prima facie* – que tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é um momento subsequente – ou seja, posterior à colisão – que incorpora o procedimento da ponderação. O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy constrói sua teoria exatamente para “racionalizar” a ponderação de valores, ao passo que, *no Brasil*, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. Dito de outro modo: levada a teoria alexyana às suas últimas consequências, é possível dizer que, ao menos no Brasil, embora todos os esforços empreendidos pela doutrina, não há aplicação da *teoria da argumentação jurídica* (STRECK, 2012, p. 73).

Em suma, anota-se que no Brasil, consoante observação de Streck (2012, p. 74) “os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um ‘princípio’ (sic)”. Assim sendo, ao decidir conforme a proposta teórica de Robert Alexy, o STF tornou a ponderação um “álibi teórico” - expressão utilizada por Streck (2012, p. 74) capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos”.

Atualmente, portanto, a incidência da *proporcionalidade impura* parece carecer apenas do subjetivismo e da criatividade do julgador (CADEMARTORI; RÊGO, 2017, p. 81), o que, conforme será visto adiante, dá azo ao ativismo judicial.

### **3 A TESE GARANTISTA COMO CONTRAPONTO AO PRINCIPIALISMO PONDERATIVO**

Faz-se imprescindível, neste momento inaugural do capítulo, salientar que não se tem como escopo esgotar a vastidão teórica referente aos modelos garantistas, mas tão somente apresentar a concepção como contraponto ao principialismo – terminologia que será a seguir esclarecida – exposto no capítulo anterior. Para tal fim, discorrer-se-á acerca do garantismo de Luigi Ferrajoli, mormente porque, conforme Rudolfo (2017, p. 155), foi o precursor do modelo.

Neste capítulo, a concepção exposta no capítulo anterior será brevemente lida a partir da visão garantista ferrajoliana (3.1), apresentando a terminologia relativa à divisão entre as teses constitucionalistas proposta pelo jurista (3.1.1) e os desacertos de tal modelo (3.1.2), a partir da crítica à tese da conexão entre direito e moral (3.1.2.1) e à contraposição entre princípios e regras (3.1.2.2). Logo após, apresentar-se-á a proposta de Luigi Ferrajoli de constitucionalismo como renovação do positivismo jurídico (3.2), diferenciando-o do *paleojuspositivismo* (3.2.1), para, em seguida, ser sustentada a normatividade forte das constituições segundo este paradigma (3.2.2).

#### **3.1 Constitucionalismo principialista sob a ótica de Luigi Ferrajoli**

Houve, nos últimos tempos, um crescimento significativo da atenção despertada pelas novas realidades constitucionais e a necessidade de implementação efetiva dos seus postulados de ordem material, dentro da teoria e práticas do direito (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 40). Assim sendo, desenvolveram-se inúmeras noções constitucionalismo<sup>7</sup>, reunidas sob a ideia de submissão dos poderes públicos a uma série de normas superiores – isto é, tendo como traço distintivo a existência de uma lei superior às demais.

---

<sup>7</sup> O estudo das diversas nuances que circundam a noção de constitucionalismo escapa à pretensão desta pesquisa, razão pela qual não se adentrará em discussões mais consistentes acerca do tema. Para o fim desta pesquisa, conforme já observado, adotar-se-á o recorde teórico da divisão proposta por Luigi Ferrajoli, para o fim de, em seguida, utilizá-la como plano de fundo para a análise do ativismo judicial.

Ao conceituar, Luigi Ferrajoli (2012, p. 13), traçando características comuns, explica que

o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria do direito*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios da justiça constitucionalmente estabelecidos.

Para fins deste trabalho, aborda-se a divisão, proposta pelo sobredito jurista italiano, que, indo além destas qualidades comuns, toma por critério a relação com o positivismo jurídico<sup>8</sup>: de um lado, pode o constitucionalismo ser entendido como sua superação; de outro, como seu reforço ou complemento (FERRAJOLI, 2012, p. 13). Enquanto que, ao segundo, Ferrajoli destina a denominação *constitucionalismo normativo* ou *constitucionalismo garantista* (cujas apresentações serão feitas adiante), ao primeiro, dá-se comumente a denominação *neoconstitucionalismo* – nomenclatura em relação a qual, de acordo com o autor, se faz necessária revisão, em face de imprecisão terminológica.

### 3.1.1 Terminologia para uma proposta de divisão entre as teses constitucionalistas

Para designar as posturas principialistas – entre as quais a de Alexy, visitada no capítulo que a este antecede – utiliza-se, frequentemente, a expressão *neoconstitucionalismo*. Todavia, tal termo, para a proposta de divisão entre as teses constitucionalistas aqui explorada, merece ser substituído por outro que demonstre o que se pretende significar.

Com efeito, o termo “neoconstitucionalismo” implica, comumente, a oposição, de um lado, ao constitucionalismo clássico e, por outro, ao velho positivismo jurídico (*paleojuspositivismo*, para Ferrajoli). Contudo, ambas oposições são enganosas.

---

<sup>8</sup> Para Luigi Ferrajoli (2012, pp. 13/14), “entende-se, sumariamente, por ‘positivismo jurídico’ uma concepção e/ou um modelo de direito que reconhece como ‘direito’ qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça”.

A primeira dupla de conceitos opostos, “neoconstitucionalismo” e “constitucionalismo” é assimétrica, eis que enquanto primeiro designa “um modelo teórico-jurídico empiricamente relacionado aos modernos ordenamentos dotados de constituições rígidas”, o segundo designa a doutrina política da limitação dos poderes públicos para garantir determinados âmbitos de liberdade - isto é, não designa nem um sistema jurídico nem uma teoria do direito (FERRAJOLI, 2015, p. 25).

Assim,

a expressão “constitucionalismo”, cujo emprego, para designar uma ideologia, mesmo quando invocada em ordenamentos dotados de sólidas tradições liberal-democráticas, termina por se converter em um termo do léxico político ao invés do léxico jurídico, impedindo que se evidencie a transformação do paradigma que intervém na estrutura do direito positivo com a introdução da rigidez constitucional. O mesmo ocorre - e talvez de modo ainda mais intenso - com a expressão “neoconstitucionalismo”, porque, ao se referir, sob o plano empírico, ao constitucionalismo jurídico dos ordenamentos dotados de Constituições rígidas, mostra-se assimétrica em relação ao constitucionalismo político e ideológico supraindicado<sup>9</sup>, que não designa um sistema jurídico e tampouco uma teoria do direito, mas serve apenas como sinônimo de Estado Liberal de Direito; e porque, identificada somente sob o plano teórico com a concepção jusnaturalista do constitucionalismo, não assimila as características essenciais e distintivas em relação à sua concepção juspositivista, que lhe resulta, de fato, ignorada. (FERRAJOLI, 2012, p. 15)

No que tange à segunda oposição, entre “neoconstitucionalismo” e “positivismo jurídico”, Ferrajoli (2015, p. 26) considera-a credenciada pelo significado de conveniência associado à oposição dos dois termos: o primeiro, concebido mais do que um novo e ainda mais desenvolvido paradigma juspositivista, como uma superação em sentido antipositivista e tendencialmente jusnaturalista do próprio positivismo; e o segundo associado mais do que à simples ideia da positividade do

---

<sup>9</sup> Sobre *constitucionalismo “político”*, Ferrajoli (2012, p. 14) compreende-o como prática e concepção dos poderes públicos voltados à sua limitação, à garantia de determinados âmbitos de liberdade, em diferenciação ao *constitucionalismo “jurídico”* ou *“jusconstitucionalismo”*, o qual, para o autor, designa um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito, ancorados na experiência histórica do constitucionalismo do século XX, que se afirmou com as Constituições rígidas do segundo pós-guerra. A divisão entre constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista, por ele proposta, diz respeito a duas formas de constitucionalismo jurídico, que designa, nestes termos, o constitucionalismo rígido das atuais democracias constitucionais, qualquer que seja sua concepção filosófica e metodológica, em oposição ao “Estado Legal” ou “Estado legislativo de Direito, privado de Constituição ou dotado de Constituição flexível.

direito, àquela da primazia da lei estatal produzida pelos parlamentos e, portanto, ao modelo pelo-juspositivista do Estado legislativo do direito.

Assim, as duas oposições resultam, segundo a crítica ferrajoliana, na entrega do constitucionalismo moderno às concepções jusnaturalistas.

Lênio Streck (2012, p. 62), ao criticar conjuntamente a nomenclatura e o paradigma, afirma que

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

Para a revisão do *nomen iuris* “neoconstitucionalismo”, Ferrajoli (2012, p. 17) menciona que poderiam ser adotadas, para as duas concepções contrapostas de constitucionalismo jurídico (e não político, conforme observado), as denominações *constitucionalismo jusnaturalista* e *constitucionalismo juspositivista*. Contudo, diante de não identificação, por parte de alguns defensores de uma concepção antijuspositivista, como jusnaturalistas – declarando-se, sobretudo não positivistas ou pós-positivistas – torna-se oportuna outra distinção, que, segundo o jurista, coincide apenas em parte com a recém referida. Isso porque aquilo que aproxima os autodeclarados pós-positivistas é a configuração de grande parte das normas fundamentais - sobretudo dos direitos fundamentais - como princípios ético-políticos, bem como a adoção da distinção forte entre regras, aplicadas por subsunção, e princípios, aplicados por ponderação – sendo, contudo, este último aspecto não conexo ao jusnaturalismo, de modo que pode ser compartilhado juspositivistas (FERRAJOLI, 2012, pp. 17/18)

A partir disso, o jurista italiano diferiu o *constitucionalismo argumentativo ou principialista*<sup>10</sup> daquele que chamou *constitucionalismo normativo* ou *garantista*:

A primeira orientação caracteriza-se pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial. A segunda

---

<sup>10</sup> Denominação dada por Prieto Sanchís e Alfonso García Figueroa, tendo este último chamado de “principialismo” o “não positivismo” que concebe as normas constitucionais sobre os direitos como princípios considerados idôneos para conectar o direito à moral através da argumentação (FERRAJOLI, 2012, p. 18)

orientação, entretanto, caracterização por uma normatividade forte, do tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não de todos) princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de prestação que são suas respectivas garantias (FERRAJOLI, 2012, pp. 18/19).

Neste panorama, o que aproxima os principais expoentes do constitucionalismo principialista (entre eles Alexy) são três características: a primeira delas refere-se à crítica feita, pela maior parte deles, ao positivismo jurídico e a respectiva tese, em razão da inserção de “princípios morais” nas constituições; a segunda, à distinção, como normas de estruturalmente diversas, entre regras e princípios, contrapondo-os; e a terceira, a partir da referida diferenciação, refere-se ao papel, na atividade jurisdicional, da ponderação judicial (FERRAJOLI, 2012, p. 19).

Portanto, em simetria com esta aproximação, caracteriza-se este modelo, de matriz anglo-saxônica:

(a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese de separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação e não de subsunção; e (c) pela conseqüente concepção do direito “como uma prática jurídica”, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes. (FERRAJOLI, 2012, p. 21)

O Direito, segundo a orientação em comento, “seria aquilo que dizem, na realidade, os tribunais – e, de maneira mais ampla, os operadores jurídicos – consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas”<sup>11</sup> (FERRAJOLI, 2012, p. 21). Desse modo, a fim de que fosse superado positivismo jurídico, o constitucionalismo principialista – “buscou na teoria da argumentação jurídica (especialmente de Alexy) um modo de racionalizar o modelo de interpretação e aplicação do direito, imaginado pelos seus adeptos como o adequado para os novos textos constitucionais” (STRECK, 2012, p. 71).

Apesar de a expressão “constitucionalismo principialista” ser notadamente utilizada por Luigi Ferrajoli, outros autores utilizam neoconstitucionalismo para

---

<sup>11</sup> O que Ferrajoli (2012, p. 21) afirma estar em singular convergência “com o realismo e com o aquilo que podemos chamar neopandectismo quando ameaçam a normatividade do direito nos confrontos dos operadores jurídico”. A exploração de tais orientações, todavia, ultrapassa o que pretende esta pesquisa.

descrever o modelo de baseado em princípios. À vista disso, utilizar-se-á ambas as expressões como equivalentes para fins de exposição desta pesquisa – ressaltando-se, contudo, a preferência à denominação proposta por Ferrajoli.

Com efeito, a questão da nomenclatura é polêmica e ambas as expressões não são aceitas pacificamente. Entretanto, a denominação “principlismo”, dentre aqueles que adotam seus preceitos, parece ter mais receptividade (RUDOLFO, 2017, p. 133).

### 3.1.2 Desacertos do constitucionalismo principlista

Para o constitucionalismo principlista, a separação entre direito e moral, característica do positivismo jurídico, teria desaparecido a partir da incorporação, nas Constituições, de princípios de justiça de caráter ético-político – entre os quais, para ilustração, pode-se citar os direitos fundamentais. A moral, assim, teria passado a fazer parte do ponto de vista interno do direito, contrariamente ao paradigma juspositivista (FERRAJOLI, 2012, p. 20).

Outro aspecto é a configuração de grande parte das normas constitucionais – entre as quais os direitos fundamentais –, não mais como regras suscetíveis de observância ou inobservância, “mas sim como princípios que se respeitam em maior ou menor grau e que, por isso, são suscetíveis de ponderação ou balanceamento, porque se encontram, entre eles, virtualmente em conflito” (FERRAJOLI, 2012, p. 20). Confere-se, assim, centralidade à argumentação na própria concepção do direito, a partir da já explicada (2.1) contraposição entre princípios e regras que, como visto, Alexy considera um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais.

Ambos aspectos supracitados – tese da conexão entre direito e moral e contraposição entre princípios e regras – são alvo da crítica de Luigi Ferrajoli, a qual será exposta separadamente a seguir.

### 3.1.2.1 Crítica ferrajoliana à tese da conexão entre direito e moral

De acordo com Ferrajoli, a partir da incorporação, nas constituições hodiernas, de valores superiores – concretizados em direitos fundamentais e princípios básicos de tais Cartas – os autores neoconstitucionalistas (isto é, principialistas) sustentam a superação de um dos pressupostos básicos do juspositivismo, qual seja a tese da separação entre direito e moral (S. CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2012, p. 208). Nesse sentido, sustentam os defensores da conexão entre direito e moral que os princípios constitucionais incorporam não apenas *uma* determinada moral, mas *a* moral ou *a* justiça, pretendendo-a objetiva.

Destarte,

a “pretensão de correção” à qual se refere Robert Alexy não é, em absoluto, uma pretensão em sentido apenas subjetivo, mas equivale, ao contrário, à pretensão de que as normas válidas “não possuam o caráter da injustiça extrema”, pois “normas ordinárias em conformidade com o ordenamento jurídico perdem a validade jurídica... se forem extremamente injustas”, evidentemente em sentido objetivo (FERRAJOLI, 2015, p. 105).

Haja vista o embasamento na ideia de que existe a moral – a qual, segundo os principialistas, se identifica com o conjunto ou com a maior parte dos valores estabelecidos pelas atuais Constituições democráticas –, a conexão entre direito e moral por eles defendida se resolve, para Ferrajoli (2015, p. 108), em um tendencioso jusnaturalismo conjugado com o constitucionalismo ético, variante do legalismo ético.

Em outras palavras, ausente a distinção entre justiça e validade, a confusão entre direito e moral faz com que se incorra na falácia *jusnaturalista*, “consistente da identificação (e na confusão) da validade com a justiça, em algum sentido objetivo desta segunda palavra”; e na falácia *ético-legalista*, “consistente – mesmo na variante do constitucionalismo ético – na oposta identificação (e confusão) da justiça e validade” (FERRAJOLI, 2012, p. 33).

Como contraponto, o jurista italiano (2015, p. 108) sustenta a concepção juspositivista de constitucionalismo – ou seja, como positivismo reforçado, a partir da positivação também das escolhas ético-políticas que devem presidir a produção do

próprio direito. Com efeito, para Ferrajoli (2012, p. 27), o constitucionalismo significa “a positivação dos princípios de justiça e dos direitos humanos historicamente afirmados nas cartas constitucionais”.

Segundo o autor, graças ao velho positivismo jurídico (que denomina *paleojuspositivismo*) os princípios ético-políticos através dos quais eram expressos os “direitos naturais” foram positivados, o que acarretou sua conversão em princípios jurídicos vinculantes nos confrontos de todos os titulares de funções normativas – como fontes de legitimação, além de externa ou política, interna ou jurídica, funcionando, neste último caso, sobretudo como fonte de deslegitimação, designando a razão social daqueles artifícios que são o Direito e o Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 2012, p. 26).

Observa-se, portanto, que a separação entre o direito e a moral sustentada pelo constitucionalismo garantista não quer dizer que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral (o que, na concepção ferrajoliana, seria uma tese sem sentido), assim como não é negado que o intérprete, no exercício da discricionariedade interpretativa gerada pela indeterminação da linguagem utilizada na norma, é frequentemente orientado por escolhas de caráter moral. Ferrajoli, acerca disso, explica (2012, p. 27):

mesmo as normas e os juízos (a nosso entender) mais imorais e mais injustos são considerados “justos” por quem os produz e exprimem, portanto, conteúdos “morais” que, mesmo se (nos parece desvalores, são considerados “valores” por quem os compartilha. Da mesma forma, o ordenamento mais injusto e criminoso apresenta, ao menos para o seu legislador, uma (subjativa) “pretensão de justiça”. Isto quer dizer que as Constituições expressam e incorporam valores da mesma maneira, nem mais nem menos, como fazem as leis ordinárias. Aquilo que representa o seu traço característico é o fato de os valores nelas expressos - e que nas Constituições democráticas consistem, sobretudo, em direitos fundamentais - serem formulados por meio de normas positivas de nível normativo supraordenado àquele da legislação ordinária e serem, por isso, em relação a esta vinculantes.

Assim sendo, o constitucionalismo garantista rejeita a confusão entre direito e moral, admitindo-a, contudo, assim como a política, como ponto de vista autônomo do direito e sobre o direito. É, nos dizeres de Ferrajoli (2012, p. 32), ponto de vista crítico de cada indivíduo nos confrontos entre normas constitucionais.

Conforme explica Fernanda Mambrini Rudolfo (2017, p. 153),

não se trata, pois, da ausência de conexão entre Direito e moral, o que seria insustentável – e até incoerente em relação ao anteriormente afirmado –,

mas da ausência de uma relação consequencial entre as ideias de justiça (compreendida como a melhor consciência) e juridicidade (compreendida como conformação ao Direito).

A sobredita separação é o fundamento e a principal garantia do pluralismo moral e do multiculturalismo. Por tal razão, é garantia também da convivência pacífica das muitas culturas que convivem em uma mesma sociedade (FERRAJOLI, 2012, p. 32),

### 3.1.2.2 Crítica ferrajoliana à contraposição entre princípios e regras

Segundo a distinção entre regras e princípios (já apresentada no tópico 2.1), “as normas constitucionais que formulam objetivos políticos e/ou valores morais e/ou direitos fundamentais têm a forma dos princípios, e não das regras” (FERRAJOLI, 2012, p. 35). Diferentemente das regras, que se aplicam por subsunção aos casos por ela previstos, os princípios, conforme defendem os principialistas, se ponderam entre eles, mormente quando estão em conflito.

Tal aspecto do principialismo – isto é a identificação da ponderação com o único tipo de racionalidade pertinente aos princípios, em oposição à subsunção (que caberia apenas às regras) – acarreta o enfraquecimento do caráter vinculante das normas constitucionais, ofuscando seu alcance normativo. É este, para o jurista italiano (2012, p. 41), o aspecto mais insidioso da contraposição entre regras e princípios, mormente porque possui relevantes consequências práticas, como a possibilidade de não aplicação, por parte dos juízes, de normas constitucionais válidas.

Ferrajoli (2015, p. 102), em contraponto aos principialistas, sustenta que a maior parte das normas que enunciam direitos fundamentais são, na verdade regras – sendo, portanto, aplicáveis (e não ponderáveis). Assim, conforme explica Fernanda Mambrini Rudolfo (2017, p. 157), enquanto que o principialismo se vale, em regra, da ponderação judicial e, como consectário lógico, enfraquece a Constituição – a qual, com efeito, é fonte de legitimação da jurisdição –, o garantismo respeita o princípio da separação de poderes e é baseado nos mais cognitivos métodos de subsunção e aplicação da lei.

A partir tese garantista de Luigi Ferrajoli (2015, p. 118), reconhece-se, no tocante à definição das duas classes de normas - princípios e regras -, *regras* (ou *regras deônticas*) como todas e tão somente as normas das quais são configuráveis os atos que consistem em sua observância ou inobservância. Por outro lado, as normas que formulam valores ou objetivos políticos sem que deles sejam configuráveis atos específicos de violação ou de observância são denominadas de *princípios diretivos*, ou, simplesmente, *diretivas*, as quais são caracterizadas como “expectativas genéricas e indeterminadas, não de atos, mas de resultados” (FERRAJOLI, 2012, p. 38). Ressalta-se, contudo, que nem todos os princípios consistem em simples diretivas:

Existem, de fato, muitas normas, formuladas em termos de expectativas, ao invés de obrigações ou proibições, que são, ao mesmo tempo, princípios e regras, e que chamarei, por isso, *princípios regulativos*: é o caso da maior parte dos direitos fundamentais e do princípio da igualdade, que são normas nas quais princípios e regras são uns a face das outras (FERRAJOLI, 2015, p. 119)

No tocante aos princípios regulativos, tem-se como materialmente possível, mas deonticamente proibida, a sua inobservância, “consistindo, na verdade, em normas que, simplesmente, são formuladas de maneira diversa das regras: com base no seu respeito, e não na sua violação e, conseqüente, aplicação, como ocorre nas regras” (FERRAJOLI, 2012, p. 39).

A diferença entre regras e princípios, destarte, é “quase de estilo” (FERRAJOLI, 2012, p. 40), inexistindo uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e das regras, eis que “a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes” (FERRAJOLI, 2012, p. 41). Portanto, a diferença qualitativa e estrutural, para o autor (2012, p. 38), não é entre regras e princípios, mas entre princípios reguladores e princípios diretivos.

Os direitos fundamentais, segundo a proposta ferrajoliana, são *regras deônticas*, “isto é, figuras deônticas de caráter universal cujos argumentos consistem nos possíveis atos ou comportamentos que constituem a sua observância ou inobservância” (FERRAJOLI, 2015, p. 120). Conceitualmente,

são, em primeiro lugar, “normas” em si mesmas, sendo imediatamente dispostas, de maneira geral e abstrata em relação a seus titulares, diferentemente dos direitos patrimoniais, como o direito real de propriedade ou o direito de crédito, os quais são, ao contrário, “pré-dispostos” pelas

normas que os preveem como efeitos dos atos singulares por elas hipotetizados. São, em segundo lugar, normas “substanciais” sobre a produção de normas, no sentido que disciplinam não apenas a forma, mas o significado, isto é, a substância das normas produzidas - aquilo que não pode ser não pode não ser decidido -, condicionando-lhes a validade à coerência com os direitos e princípios de justiça por elas formulados (FERRAJOLI, 2015, p. 103).

Assim, a tese principialista de que os direitos fundamentais são princípios e não regras, objeto de ponderação e balanceamento (e não aplicação) favorece, segundo Ferrajoli (2015, p. 127), “uma imprópria autonomia da legislação e da jurisdição para além das margens ordinárias de discricionariedade da primeira e da contestabilidade da atividade interpretativa da segunda”.

Conclui-se, pois, a partir das sobreditas considerações, que, para Ferrajoli (2012, p. 45), a abordagem principialista arrisca tornar inútil o caráter rigidamente normativo dos princípios formulados nas Constituições, que não são ponderáveis com princípios que sequer nela estão expressos e que, com efeito, “são supraordenados a todos os poderes dotados de *potestas* normativa, que prescrevem aquilo que é proibido e aquilo que é obrigatório decidir, a fim de garantir os direitos fundamentais neles estipulados”.

Em razão das críticas expostas, o constitucionalismo garantista ferrajoliano rejeita os elementos característicos do constitucionalismo garantista - isto é: a conexão entre direito e moral; a contraposição entre princípios e regras e a centralidade conferida à sua distinção qualitativa; e o papel da ponderação<sup>12</sup>, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional. Tal rejeição dá-se em razão dos riscos conexos às referidas características, entre os quais enumera Ferrajoli (2012, p. 27): a) o enfraquecimento do papel normativo das Constituições e, portanto, da hierarquia das fontes; e b) o ativismo judicial e o enfraquecimento da submissão dos

---

<sup>12</sup> Importa esclarecer que Ferrajoli não nega a ponderação - quer legislativa, quer judicial. É o que se extrai do excerto: “Obviamente, não teria sentido negar ou desconsiderar o papel da ponderação e, de maneira mais ampla, da argumentação na atividade de produção normativa: em primeiro lugar, a ponderação legislativa, que é fisiológica na esfera das decisões políticas, desde que não estejam em contraste - por comissão e por omissão - com as normas constitucionais; em segundo lugar, a ponderação judicial nos espaços, igualmente fisiológicos, da interpretação jurídica, que certamente são mais amplos e indeterminados quando as normas não têm a forma de regras, mas, sim, a de princípios (FERRAJOLI, 2012, p. 46)”. Sua crítica se volta, em verdade, à excessiva ampliação deste papel na atuação legislativa e na interpretação jurisdicional das normas constitucionais.

juízes à lei e da certeza do direito, que colocam em xeque, por sua vez, as fontes de legitimação.

Far-se-á, a seguir, exposição complementar do modelo garantista que, em contraposição ao principialismo, o jurista italiano sustenta.

### 3.2 Constitucionalismo garantista como uma tese positivista renovada

O constitucionalismo que Ferrajoli defende, diferentemente do constitucionalismo principialista, não é uma tentativa de superação do positivismo jurídico, mas seu reforço, “por ele alargado em razão de suas próprias escolhas - os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais - que devem orientar a produção do direito positivo” (FERRAJOLI, 2012, p. 22). Assim sendo, a concepção garantista<sup>13</sup> do constitucionalismo resulta de uma mudança no paradigma do positivismo clássico, submetendo a produção normativa a normas não apenas formais de direito positivo, mas, também, substanciais.

Nas palavras de Ferrajoli (2012, p. 23), “representa, portanto, um complemento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o ‘ser’, mas também o ‘dever ser’ do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa ao direito e ao controle de constitucionalidade”, criando um novo paradigma de direito positivo e a base empírica de uma nova teoria do direito e da democracia (FERRAJOLI, 2012, p. 19).

Em outras palavras, o constitucionalismo, para esta caracterização, pode ser definido a partir da previsão, para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável, da

submissão (inclusive) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos procedimentos (ao *quem* e ao *como*), mas também materiais, relativas aos conteúdos das normas produzidas (ao *que se deve decidir* e ao *que não se deve decidir*), cuja violação gera antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão (FERRAJOLI, 2012, p. 19).

---

<sup>13</sup> Acerca da expressão “garantismo”, Ferrajoli (2015, p. 30) afirma que é um “neologismo que se difundiu na Itália nos anos Setenta com referência ao direito penal, como réplica teórica à redução naqueles anos, das garantias penais e processuais dos direitos de liberdade, por obra de uma legislação e de uma jurisdição de exceção justificadas pela emergência do terrorismo”. Não obstante, segundo o autor, o paradigma garantista, em sede de teoria geral do direito, deve ser ampliado para todo o campo de direitos da pessoa.

Diferencia-se do constitucionalismo principialista pela rejeição dos seus elementos principais – isto é, da conexão entre direito e moral; da contraposição entre princípios e regras e da centralidade conferida à sua distinção qualitativa; e do papel da ponderação, em oposição à subsunção, na prática jurisdicional (FERRAJOLI, 2012, p. 27).

Considerando que Ferrajoli defende o constitucionalismo garantista como uma forma de reforço do positivismo jurídico, passa-se, primeiramente, a aclarar o que entende por este conceito, para, após, complementar, explorando os respectivos postulados, o que foi até então apresentado acerca do garantismo ferrajoliano.

### 3.2.1 Positivismo e paleopositivismo segundo Ferrajoli

Para o jurista italiano, a noção de positivismo jurídico difere radicalmente da que caracteriza o *paleojuspositivismo*. Nas palavras de Ferrajoli (2012, p. 26),

o constitucionalismo garantista configura-se como um novo paradigma juspositivista do direito e da democracia que completa - enquanto positivamente normativo nos confrontos da própria normatividade positiva e enquanto sistema de limites e vínculos substanciais, relativos ao “quê”, em acréscimo àqueles somente formais, relativos ao “quem” e ao “como” das decisões - o velho modelo paleo-jus-positivista.

Assim sendo, em oposição ao velho modelo *paleojuspositivista*, a legalidade, no constitucionalismo garantista, é, além de “condicionante” da validade das normas infralegais, “condicionada”, na sua própria legalidade, ao respeito e à atuação das normas constitucionais (FERRAJOLI, 2012, p. 23). Assim, encontram-se reguladas além das formas (como no paleopositivismo), os conteúdos, haja vista que devem ser observados, na produção do direito, os vínculos e limites impostos pelo paradigma constitucional.

Nestes termos, Ferrajoli distingue três significados do constitucionalismo garantista, descrevendo-os a partir de paralelo conceitual comparativo em relação ao paleojuspositivismo: como modelo ou tipo de sistema jurídico, como teoria do direito e como filosofia política.

Como *modelo* ou *sistema jurídico*, desenha-se como a superação do *paleojuspositivismo*, “em face da positivação dos princípios que também deve subjazer toda produção normativa, ampliando os limites e vínculos impostos pelas

Constituições, que devem ser garantidos através do controle jurisdicional de constitucionalidade” (TRINDADE, 2012, p. 102). Por isso,

configura-se como um sistema de limites e de vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade sobre o seu exercício: de limites impostos para a garantia do princípio da igualdade e dos direitos de liberdade, cujas violações por comissão dão lugar a antinomias, isto é, a leis inválidas que devem ser anuladas através da jurisdição constitucional; de vínculos impostos, essencialmente, para a garantia dos direitos sociais, cujos descumprimentos por omissão resultam em *lacunas* que exigem o preenchimento mediante a intervenção legislativa. (FERRAJOLI, 2012, p. 24) (grifos originais).

Já como como *teoria do direito*, “aborda o problema do direito constitucionalmente ilegítimo – resultante de lacunas e antinomias –, levando em conta a tensão entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito, a partir da distinção entre vigência e validade” (TRINDADE, 2012, p. 102). Assim, diferentemente da teoria paleopositivista, o constitucionalismo garantista distingue *validade e vigência*, admitindo a existência de normas que, embora vigentes por se conformarem às normas procedimentais sobre a sua formação, são inválidas porque incompatíveis com as normas substanciais relativas à sua produção. Para Ferrajoli (2012, p. 24),

o tema mais relevante da teoria se torna, portanto, o direito constitucionalmente *ilegítimo*: de um lado, como já referi, as antinomias provocadas pela indevida produção de normas inválidas em contraste com a Constituição e, em especial, com os direitos de liberdade constitucionalmente estabelecidos; de outro, as lacunas decorrentes da omissão na produção, igualmente indevida, de leis de regulamentação das normas constitucionais e, em especial, (das garantias) dos direitos sociais. (grifo original)

Por fim como *filosofia e teoria política*, nos dizeres de André Karam Trindade (2012, p. 102), “consiste em uma teoria da democracia – formal e, também, substancial, ancorada empiricamente no paradigma do Estado Constitucional de Direito e articulada sobre quatro dimensões correspondentes aos direitos fundamentais (de liberdade, sociais, civis e políticos)”. Tais direitos

equivalem não somente a “valores objetivos”, mas também a conquistas historicamente determinadas, resultado das lutas e revoluções de muitas gerações, e suscetíveis de ulteriores desenvolvimentos e expansões: a garantia de novos direitos, como limites e vínculos a todos os poderes, inclusive os poderes privados, a todos os níveis normativos, inclusive aos níveis supranacionais e àquele internacional; à tutela dos bens fundamentais, além dos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2012, p. 25)

Em suma, o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli implica a *reformulação* significativa do paleojuspositivismo. Veja-se que não é à toa a opção do substantivo utilizado: a virada promovida pelo constitucionalismo rígido, a partir do Estado Constitucional de Direito, não deve ser entendida, para o jurista italiano, como *superação* do positivismo jurídico, mas como sua expansão e seu reforço.

Nesse sentido, nos três significados apresentados, faz-se necessária, para Ferrajoli (2012, p. 25), a construção, mediante políticas e leis de atuação, de garantias que sejam idôneas para a realização do projeto normativo que equivale a esta concepção de constitucionalismo e de instituições de garantia.

Por outro lado, em nenhum dos significados do constitucionalismo garantista admite-se a conexão entre direito e moral. Em verdade, pelo contrário, a separação é reforçada, tanto no plano assertivo da teoria do direito, quanto no plano axiológico da filosofia política. Veja-se:

Nesse sentido assertivo ou teórico, a separação é um corolário do princípio da legalidade que impede, para a garantia da submissão dos juízes somente à lei, a derivação do direito válido do direito (por eles suposto) justo e, para a garantia da autonomia crítica do ponto de vista moral externo ao direito, a derivação do direito justo do direito válido, mesmo se conforme a Constituição. No sentido prescritivo ou axiológico, a separação é um corolário do liberalismo político que rejeita, para a garantia das liberdades fundamentais em relação a tudo que não lesiona os outros, a utilização do direito como instrumento do reforço da (ou de uma determinada) moral. (FERRAJOLI, 2012, p. 25)

Em vista do exposto, a separação entre direito e moral serve como limite tanto aos juízes e ao seu arbítrio moral, se observada por meio do sentido assertivo, quanto aos legisladores e sua invasão na vida moral das pessoas, a partir do sentido axiológico. A separação, contudo, não quer dizer que qualquer influência da moral sobre o direito deva ser repudiada, conforme já observado amplamente no item concernente à crítica ferrajoliana à tese da conexão entre direito e moral (3.1.2.1).

### 3.3.2 A normatividade forte das Constituições segundo o constitucionalismo garantista

Como visto, oposta à orientação principialista está o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, que, em observância ao constitucionalismo rígido,

caracteriza-se por uma normatividade constitucional forte, do tipo regulativo. O constitucionalismo, nesta concepção, funda-se

na rígida sujeição de toda a produção normativa às normas constitucionais e aos direitos nela estabelecidos, na configuração como antinomias ou como lacunas de suas violações, umas por comissão e outras por omissão, e na obrigação da jurisdição anular as primeiras e da legislação de colmatar as segundas (FERRAJOLI, 2015, p. 30).

Sob esse pano de fundo, Ferrajoli aponta que o paradigma garantista possui quatro postulados, os quais, nas suas palavras (2015, fl. 66), “desenham a sintaxe do Estado constitucional de direito, isto é, o conjunto das regras que disciplinam a produção do direito”. Consiste, pois, em um modelo teórico e normativo, de modo que, conforme ressalva do jurista, nunca está, por tal característica, inteiramente realizado, quer seja de direito, quer seja de fato.

O primeiro postulado refere-se ao *princípio da legalidade*, com base no qual

onde quer que haja um poder, seja ele público ou privado, executivo, judiciário ou legislativo, estatal, extraestatal ou supra-estatal, devem existir normas primárias, não apenas formais, mas também substanciais, que regulem o seu exercício, submetendo-o aos limites e aos vínculos nos quais consistem as garantias primárias correspondentes aos direitos e aos interesses constitucionalmente estabelecidos, bem como à separação entre os poderes que impedem as confusões ou concentrações destes (FERRAJOLI, 2015, p. 62)

Ao princípio da *mera legalidade* (por força do qual a lei condiciona a validade dos atos prescritivos a ela subordinados), o constitucionalismo rígido acrescenta o *princípio da estrita legalidade*, em decorrência do qual a própria lei, além de condicionante, tem sua validade condicionada à conformidade das suas formas e coerência dos seus conteúdos com as normas constitucionais, formais e substanciais, sobre a sua produção. Afirma-se, portanto, que o princípio da legalidade equivale ao princípio da não contradição, “que impõe como antinomia a incoerência entre as prescrições produzidas pelo exercício de qualquer poder, inclusive o poder legislativo, e as normas a ele supraordenadas” (FERRAJOLI, 2015, p. 63).

Ao primeiro postulado, soma-se o segundo: o *princípio da completude deôntica*, o qual enuncia a normatividade dos princípios constitucionais e dos direitos que são por eles estabelecidos. Estes direitos, por sua vez, exigem leis de atuação, por serem expectativas positivas ou negativas que implicam as correspondentes

obrigações e proibições. Na ausência de tais leis, verificam-se lacunas, as quais acarretam a inefetividade estrutural.

Para Ferrajoli (2015, p. 63), por força do princípio da completude deôntica,

onde quer que existam direitos ou interesses estabelecidos por normas primárias, devem ser introduzidos, como *garantias primárias* deles, os deveres correspondentes, isto é, a proibição de lesá-los e a obrigação de tutelá-los e de satisfazê-los, por parte das funções e instituições de garantias primárias, por sua vez separadas de qualquer outro poder (grifo original).

O *princípio da jurisdicionalidade* corresponde ao terceiro postulado, que embasa a submissão, no modelo garantista, dos juízes *somente* à lei – a qual, para ocasionar tal vinculação, deve ser considerada constitucionalmente válida; do contrário, são os juízes impelidos a deixar de aplicá-la ou a suscitar a sua inconstitucionalidade perante os juízes constitucionais, quando a considerarem constitucionalmente inválida. Veja-se, portanto, que por estar submetido à lei, não é de competência do Judiciário preencher lacunas, mas, tão somente, apontar as antinomias – o que será melhor explorado adiante.

Este princípio, nos dizeres de Ferrajoli (2015, p. 64),

impõe que onde quer que existam normas e garantias primárias, também devem existir, contra as suas possíveis violações, normas secundárias, que predisponham a intervenção de *garantias secundárias* ou jurisdicionais levadas a efeito por funções e instituições de garantia, por sua vez secundárias, também estas separadas de qualquer outro poder. Isso supõe, evidentemente, o princípio da legalidade: somente a predeterminação legal do objeto que será levado a juízo pela lei ou pela Constituição foi estabelecido, segundo o princípio - simétrico nele e oposto àquele hobbesiano - *veritas, non auctoritas facit iudicium* (grifo original)..

O quarto postulado, enfim, diz respeito ao *princípio da acionabilidade*, necessário para garantir a efetividade dos outros três princípios - quais sejam, na ordem de exposição, da legalidade, da completude deôntica e da jurisdicionalidade (FERRAJOLI, 2015, p. 66). Com base neste postulado,

onde quer que exista uma jurisdição deve igualmente ser prevista, como ulterior garantia secundária, a sua ativação por parte dos titulares dos direitos e dos interesses lesados e, de modo complementar e subsidiário, por parte de um órgão público em condições de suprir a possível inércia ou hipossuficiência daqueles (FERRAJOLI, 2015, p. 65).

É, em suma, a possibilidade de acesso à justiça para assegurar a justiciabilidade das violações de direitos e de bens fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

A partir dos postulados, percebe-se que o modelo garantista caracteriza-se como um sistema de limites, de vínculos e controles impostos a quaisquer poderes, para a garantia dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2015, p. 67). Nisso reside a centralidade das *garantias*, estabelecida em referido paradigma, que equivalem no conceito ferrajoliano, “ao lado ativo - as proibições ou as obrigações - da relação de recíproca implicação que as conectam ao lado passivo das expectativas positivas ou negativas nas quais consistem todos os direitos subjetivos, inclusive os direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 2015, p. 67).

As garantias são, para o jurista italiano (FERRAJOLI, 2015, p. 61), as obrigações ou as proibições correspondentes a expectativas positivas ou negativas, sendo “primárias aquelas correlatas às expectativas nas quais consistem os direitos subjetivos” e “secundárias aquelas correlatas às expectativas de reparação ou sanção de suas violações”.

Alude-se, com a expressão “garantias constitucionais”, tanto à “rigidez” da Constituição – isto é, à imodificabilidade dos princípios, dos direitos e dos institutos por ela previstos, a não ser com procedimentos de revisão qualificados – bem como ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis ordinárias com eles em contradição (FERRAJOLI, 2015, p. 67).

Ressalva-se que a rigidez constitucional não é, propriamente, uma garantia:

Cuida-se de uma característica estrutural das Constituições ligada à colocação destas no vértice da hierarquia das normas, razão pela qual as Constituições são rígidas por definição, pois, se não o fossem, não seriam na realidade Constituições, mas equivaleriam a leis ordinárias. Ela se identifica, em suma, com o grau supraordenado das normas constitucionais em relação àquele de todas as outras fontes do ordenamento, isto é, com a normatividade das primeiras em relação às segundas (FERRAJOLI, 2015, p. 68).

Nestes termos, possui centralidade na teoria garantista de ferrajoli a questão do grau de rigidez que se justifica ser associado a uma Constituição, e mais precisamente aos diversos tipos de normas constitucionais. Para Ferrajoli (2015, p. 69), a rigidez constitucional “é uma garantia essencial à soberania popular das

futuras gerações e dos próprios poderes das futuras maiorias”, de modo a atar “as mãos das gerações presentes para impedir que sejam por estas amputadas as mãos das gerações futuras” (2015, p. 70).

A partir do sentido de rigidez da Constituição que foi estabelecido, é possível em garantias constitucionais, as quais consistem “nas garantias de rigidez, isto é, da normatividade da Constituições” (FERRAJOLI, 2015, p. 70). São, pois, regras idôneas a assegurar a efetividade da rigidez:

São *garantias constitucionais primárias*, respectivamente negativas e positivas, impostas à legislação, a proibição de violar e a obrigação de concretizar as normas constitucionais e os direitos por elas estabelecidos: em resumo, as regras que estruturam a esfera do “não decidível que” e do “não decidível que não”. São *garantias constitucionais secundárias*, por outro lado, os controles, requeridos à jurisdição, sobre a ilegitimidade das violações à Constituição: em resumo, as regras predispostas à proteção da esfera do “não decidível” nas situações de inobservância, por comissão ou omissão, das garantias constitucionais primárias (FERRAJOLI, 2015, p. 70).

Segundo a abordagem garantista, ao ser afirmado que as garantias primárias e as garantias secundárias exprimem a normatividade e, conforme asseverado, garantem a efetividade das Constituições, está-se lendo suas violações como *antinomias*, por comissão, ou *lacunas* estruturais, por omissão.

Nesse sentido, hierarquicamente localizados no nível constitucional, os direitos fundamentais - os quais são, para Ferrajoli (2015, p. 120), normas substanciais sobre toda a produção jurídica - comportam, a cargo do legislador: (a) a vedação de que sejam lesados, isto é, da produção de leis com eles em contraste, em violação das quais se produzem *antinomias*; e (b) a obrigação de que sejam concretizados, isto é, da produção de leis que os garantam, em violação das quais se produzem *lacunas*. Ao juiz, neste panorama, compete apenas o afastamento das antinomias e a aferição das lacunas, as quais devem ser efetivamente supridas pelo Legislativo (RUDOLFO, 2017, p. 158).

Assim, em relação aos confrontos do próprio direito, o constitucionalismo garantista, nos dizeres de Ferrajoli (2012, p. 56), confere à ciência jurídica um papel crítico: “das *antinomias*, geradas pela indevida presença de normas em contraste com os princípios constitucionais; e das *lacunas*, geradas pela indevida presença de normas por eles implicadas e impostas”.

À vista de todo o exposto, reconhecendo a centralidade da Constituição, comporta

o reconhecimento de uma *normatividade forte* das Constituições rígidas, em razão da qual, estabelecido constitucionalmente um direito fundamental, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir - no sentido de que deve ser encontrado através da interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária - o dever a ele correspondente, que compete à esfera pública (FERRAJOLI, 2012, p. 56).

Trata-se, portanto, de uma normatividade forte nos confrontos da legislação, em via primária, e da jurisdição, em via secundária. À primeira impõe evitar as antinomias e completar as lacunas por meio de leis idôneas de regulamentação; à segunda, impõe remover as antinomias e apontar as lacunas. Evita-se, assim, o subversão da hierarquia das fontes, ocasionada pelo constitucionalismo principialista, que, para Ferrajoli (2012, p. 55), colapsa a normatividade dos princípios constitucionais, além de degradar os direitos fundamentais neles estabelecidos em genéricas recomendações de tipo ético-político.

## **4 ATIVISMO JUDICIAL COMO EFEITO DECORRENTE DAS CONCEPÇÕES PRINCIPALISTAS NA ATIVIDADE JUDICIAL**

Neste capítulo derradeiro, percorrer-se-á, brevemente, a origem do ativismo judicial, a fim de que seja possível uma leitura contextualizada, para, em seguida, ser apresentada a respectiva definição conceitual (4.1). Após, discorrer-se-á acerca das consequências da utilização da ponderação na atividade judicial, sobretudo o principialismo indiscriminado brasileiro e o conseqüente problema do arbítrio judicial (4.2.1), apontando, na sequência, a insegurança das relações jurídicas ocasionada pelo método ponderativo (4.2.2). Ao fim, abordar-se-ão os limites e legitimidade institucionais (4.3).

### **4.1 Contextualização do ativismo judicial**

Antes de adentrar na relação de decorrência entre a utilização do principialismo no Brasil e o ativismo judicial, propõe-se uma breve contextualização do conceito jurídico, a partir da investigação de seu surgimento histórico para, somente após, defini-lo conceitualmente. Do contrário, com efeito, deixando-se de observar o contexto e a realidade na qual se deu a surgimento do conceito, a sua reprodução pode ocasionar inúmeras distorções, que dão margem a graves problemas de legitimidade institucional nos sítios de recepção (CADEMARTORI; RÊGO, 2017, pp. 75/76).

#### **4.1.1 Aspectos históricos**

O surgimento do ativismo judicial, conforme André Karam Trindade (2015, p. 110), remonta ao direito norte-americano, em que os precedentes constituem a principal fonte do direito e, portanto, a atividade jurisdicional implica a própria criação do direito. A expressão, nos Estados Unidos, foi utilizada

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 (BARROSO, 2018, p. 447).

Contudo, considerando que as referidas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial, em solo americano, assumiu uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial (BARROSO, 2018, p. 447).

Conforme exposto por Trindade (pp. 112/113), para além das fronteiras da *commom law*, a partir da positivação, no constitucionalismo pós guerra, de uma série de princípios e da ampliação da jurisdição, muitos teóricos passaram a falar em *direito judicial na civil law*. Nesse sentido, um dos reflexos mais significativos deste paradigma inaugurado a partir do término da Segunda Guerra Mundial foi a promulgação, na Alemanha, da Lei Fundamental e, nos anos subsequentes, o surgimento da *jurisprudência de valores* – postura decorrente do papel estratégico conferido ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, tornando-o, com o objetivo de romper com o modelo jurídico vigente à época do nazismo, protagonista.

Ao fundamentar suas decisões, o Tribunal Alemão passou a construir argumentos fundados em princípios axiológicos, buscando estabelecer um *direito* que ultrapassava os limites da *lei*. Para tanto, foram criados mecanismos que permitissem justificar, concretamente, suas decisões, dentre os quais cita-se, por exemplo, as cláusulas gerais, os enunciados abertos, além de inúmeros princípios. Assim, observa-se

que o ativismo judicial impulsionado pela jurisprudência de valores foi uma das primeiras respostas jurídicas à crise de paradigma inaugurada após a queda do Terceiro Reich. No entanto, a sua consolidação e consequente exportação para o resto do mundo, em especial para a América Latina, vêm potencializando a discricionariedade judicial, através da técnica da ponderação, sob o alibi teórico de uma maior racionalidade do discurso jurídico (TRINDADE, 2015, p. 114)

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado, inegavelmente, um papel cada vez mais ativo na vida institucional brasileira. Nesse sentido, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual foi marco distintivo da ordem jurídica democrática brasileira, condicionando a legitimidade do Estado à concretização dos fins e objetivos de uma constituição qualificada como dirigente, o Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, assumiu a condição de

guardião dos Direitos Fundamentais presentes na Constituição (MORAIS, 2018, p. 21).

Conforme os dizeres de André Karam Trindade (2012, p. 114),

muito mais do que um novo texto constitucional ou um novo fundamento de validade do ordenamento jurídico, com todas as suas implicações materiais e formais, a Constituição de 1988 provocou, nitidamente, uma ruptura paradigmática na história do direito brasileiro - seja pela oposição ao regime autoritário, seja no que diz respeito aos compromissos firmados pelo constituinte, seja ainda em face da nova relação que se estabelece entre sociedade e Estado -, conferindo ao Poder Judiciário e a todos os seus atores o papel de fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático.

Destarte, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a discussão acerca do papel do Poder Judiciário tornou-se uma pauta constante nas discussões jurídico-políticas, com o progressivo abandono do *passivismo judicial* (TRINDADE, 2016, p. 208). Após a *fase da ressaca*, em que se evidencia a dificuldade relativa à compreensão do novo paradigma que institui o Estado Democrático de Direito – ocasionando o encobrimento de grande parte das inovações –, e a *fase da constitucionalização*, marcada pelo início da efetivação da Carta Magna e de seus princípios, inaugurou-se, conforme Trindade (2012, p. 115), a *fase ativista*, que, tendo como marco simbólico a promulgação, em 2004, da Emenda Constitucional nº 45, “caracteriza-se por um crescente estímulo voltado à adoção de posturas pró-ativistas, que não se restringem à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, mas alcançam todas as instâncias judiciais” – e perdura até o momento.

Vê-se, pois, que o início do debate acerca do ativismo judicial no Brasil liga-se à ascensão institucional do Poder Judiciário e, destacadamente, do Supremo Tribunal Federal, cujo desenho institucional, antes da promulgação Constituição Federal de 1988, era débil (CAMPOS, 2014, p. 213). Nestes termos,

a partir da Constituição de 1988 e com a redemocratização do país, assistiu-se ao reforço do papel institucional do Judiciário. Transformações institucionais como a ampliação do acesso à Justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos (CAMPOS, 2014, p. 209).

#### 4.1.2 Aspectos conceituais

Acerca do assunto, Luis Roberto Barroso (2018, p. 449) afirma que “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” – distanciando, assim juízes e tribunais de sua função típica de *aplicação* do Direito vigente e aproximando-os de uma função que mais se assemelha à de *criação* do próprio Direito.

Conforme ressalva o jurista brasileiro, não se confunde com a noção de *judicialização da política*, da qual o ativismo judicial, para Barroso (2018, pp. 448/449), diferencia-se por ser “uma atitude, a escolha um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, enquanto aquela seria “um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro”<sup>14</sup>. Nesse sentido,

em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas (BARROSO, 2018, p. 445).

Como contraponto ao que chamou de “leitura otimista de Barroso” – segundo a qual, nos dizeres de André Karam Trindade (2012, p. 116), o ativismo é uma tendência mundial, nas esteira do neoconstitucionalismo, em face da fluidez da fronteira entre política e direito, alimentando a falácia de que o ativismo imprescindível para a implementação dos direitos fundamentais –, Trindade sustenta criticamente que o ativismo judicial, quando entendido como a recusa dos tribunais

---

<sup>14</sup> Tal diferenciação é feita também por Streck (2017, p. 87), em termos críticos: “é preciso diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política, questão que no Brasil foi examinada com pouca profundidade, como se os fenômenos tratassem da mesma coisa. Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vivemos sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos”.

de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuído pela Constituição, torna-se um fenômeno muito mais complexo e perigoso, especialmente às jovens democracias constitucionais. Afirma, ainda, que, no Brasil, o ativismo praticado “vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem nenhum padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade ao ordenamento jurídico” (TRINDADE, 2016, p. 211).

O cunho negativo atrelado às práticas ativistas – por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes – também é observado por Elival da Silva Ramos (2015, p. 131), o qual fornece o conceito segundo o qual por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas – isto é, de conflitos de interesse – e, também, controvérsias jurídicas de natureza objetiva – ou seja, conflitos normativos. Com efeito,

essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2015, p. 324).

Ainda segundo Ramos (2015, p. 297),

no plano específico da realidade jurídica brasileira, desponta um elemento de impulsão ao ativismo judicial de matriz eminentemente teórica. Trata-se da tendência teórica que tem recebido a alcunha de “neoconstitucionalismo”, de larga difusão no meio acadêmico e doutrinário, e que começa a se fazer presente no âmbito do Poder Judiciário, inclusive nos acórdãos de nossa mais alta Corte.

Consoante explicitado no item em que foi abordada a terminologia proposta para uma proposta de divisão entre as teses constitucionalistas (3.1.1), utiliza-se frequentemente a expressão *neoconstitucionalismo* para descrição do modelo baseado em princípios, ao qual, na revisão de Luigi Ferrajoli, deu-se a nomenclatura “constitucionalismo principialista”. A partir disso, e com base no excerto acima exposto, vê-se que a utilização do paradigma principialista na atividade judicial possui como efeito decorrente o favorecimento do ativismo judicial, sobretudo porque “a maior parte dos escritos nacionais associados ao ‘ideário’ do

neoconstitucionalismo contemplam manifestações de um difuso moralismo jurídico” (RAMOS, 2015, p. 301).

## 4.2 Consequências da utilização do método ponderativo na atividade judicial

Conforme observado no item 2.2, a proporcionalidade foi transplantada, no Brasil, travestida de “princípio”, aplicado, na prática judiciária, de forma desestruturada e infiel à proposta da qual foi extraída – isto é, da matriz de Robert Alexy.

A extensão dos efeitos da utilização do método ponderativo na atividade judicial, a partir de referida leitura superficial, demandaria um trabalho inteiramente dedicado ao assunto. Pela pertinência teórica a esta pesquisa – à investigação do ativismo judicial –, cita-se, entre tais efeitos, o principialismo indiscriminado (ou seja, a criação de princípios segundo o subjetivismo do julgador) e a fragilização da segurança jurídica, acerca dos quais se passa a discorrer.

### 4.2.1 O principialismo indiscriminado brasileiro e o problema do arbítrio judicial

Conforme já observado no capítulo que aborda a recepção da concepção principialista de Robert Alexy no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio, utilizando esse conceito como se fosse um enunciado performático<sup>15</sup>, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos (STRECK, 2012, p. 74). A utilização da ponderação como princípio decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que Streck denomina *pan-principiologismo*, o qual

é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional (STRECK, 2017, p. 82).

---

<sup>15</sup> Explica Streck (2017, p. 82), que “uma expressão performativa não se refere a algo existente nem a uma ideia qualquer; a simples enunciação já faz ‘emergir’ a sua significação. Já ‘não pode ser contestado’; não pode sofrer críticas; consta como ‘algo dado desde sempre’; sua mera evocação já é um ‘em si mesmo’. O uso performativo de um enunciado objetiva ‘colar’ texto e sentido do texto, não havendo espaço para pensar a diferença (entre ser e ente, para usar a linguagem hermenêutica)”.

Vê-se, destarte, “um considerável número de *standarts* interpretativos, que mais se parecem com *topoi* ou *axiomas com pretensões dedutivistas*”, os quais são originários de construções nitidamente pragmaticistas (STRECK, 2012, p. 66). Dito de outro modo, afirma o jurista brasileiro (2012, p. 67)

o que se tem visto é o crescimento “criativo” de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo “convenientemente” o nome de “princípios”, os quais, reconheço, podem ser importantes na busca de soluções jurídicas na cotidianidade das práticas judiciais, mas que, em sua maior parte, *possuem nítidas pretensões de metarregras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia.*

Para ilustrar o principialismo indiscriminado brasileiro, Streck elenca extensa lista de princípios de criação jurisprudencial, “privados de qualquer ancoragem ao texto constitucional e frutos unicamente da invenção moral dos juízes” (FERRAJOLI, 2015, p. 140). Para ilustrar:

*princípio da não surpresa* (não passa de um enunciado com pretensões performativas, sem qualquer normatividade); *princípio da afetividade* (esse *prêt-à-porter* nada mais faz do que escancarar a compreensão do direito como subsidiário de juízos morais; daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da “afetividade” essa dimensão normativa?); *princípio do fato consumado* (fosse válido esse “princípio”, estaríamos diante de um não cumprimento das leis, apostando na passagem do tempo ou na ineficiência da justiça); [...] *princípio da humanidade* (esse *standart* dispensa comentários); *princípio da situação excepcional consolidada* (está no *Top Five* do pan-principiologismo que assola o direito de *terrae brasilis*) [...] (STRECK, 2012, p. 65) (grifos originais).

Sob esse pano de fundo, fragiliza-se o direito, em vez de o reforçar, por permitir, como decorrência, abertura interpretativa das normas. A indeterminação normativa – e a conseqüentemente discricionariedade judicial – são, com efeito, fato de deslegitimação do Poder Judiciário, mormente quando se converte em poder criativo do juiz (FERRAJOLI, 2012, pp. 53/54). Está-se, pois, diante do problema do arbítrio judicial<sup>16</sup>. Nesse sentido,

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

<sup>16</sup> Faz-se interessante, acerca disso, a anotação de Streck (2017, p. 71): “discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade. E não confundamos essa discussão – tão relevante para a teoria do Direito – com a separação feita pelo Direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários”.

de concretizar a Constituição para, a bem de ver, construí-la, ao sabor das preferências axiológicas de seus prolores (RAMOS, 2015, pp. 300/301)

Acerca disso, Ferrajoli, embora considere que existam espaços de discricionariedade judicial que são fisiológicos no poder de cognição, “adverte para a necessidade de combater a discricionariedade decorrente do poder de disposição – quem vem estimulado pelo uso da *técnica de ponderação*” (TRINDADE, 2012, p. 129). Isso porque, a partir de tal exercício, ocorre, muitas vezes, invasão de competência na esfera política.

#### 4.2.1 O impacto na segurança jurídica

Conforme sustenta Ferrajoli (2012, p. 46), através da ponderação, em contraposição à subsunção, possibilita-se, paralelamente ao enfraquecimento do caráter vinculante das normas constitucionais, o enfraquecimento do caráter tendencialmente cognitivo da jurisdição, além da promoção e do facilitamento do ativismo judicial.

Com efeito, há no STF, segundo Moraes (2018, p. 15), sob a postura ponderativa, uma concepção *sui generis* sobre o princípio da proporcionalidade – já abordada no excerto correspondente (2.2) –, que resulta em ambiguidades e arbitrariedade. Coloca-se em cheque, pois, a segurança jurídica, a qual é conceituada por José Afonso da Silva (2006, p. 133) como o “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Isso porque, com a excessiva ampliação do papel da ponderação na atuação legislativa e na interpretação jurisdicional das normas constitucionais, a ponderação transformou-se “em uma bolha terminológica, tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo, quanto no nível jurisdicional” (FERRAJOLI, 2012, p. 47).

Com efeito, vê-se, muitas vezes, uma simplificação da teoria alexyana, com utilização descriteriosa da proporcionalidade e da ponderação. Conforme ressalva Streck (2012, p. 74), nos termos propaladas por seu criador, Robert Alexy, a

ponderação “não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’ (*sic*), algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’ (*sic*)”.

A partir de tal tratamento *neoconstitucionalista* (isto é, principialista) de casos concretos, sobretudo em razão dos “infindos princípios implícitos – em especial aqueles supostamente deduzíveis dos direitos fundamentais –”, “a obscuridade quanto aos limites impostos à atuação interpretativa do Poder Judiciário torna-se ainda mais temerária” (CADEMARTORI; SCHRAMM, 2017, p. 67). Nessa esteira, o constitucionalismo principialista, graças ao papel de fonte do direito associado à jurisprudência (e ao método ponderativo), inverte a hierarquia de normas, confiando a escolha de quais princípios constitucionais respeitar ou não respeitar, atuar ou não atuar, à ponderação judicial (FERRAJOLI, 2015, p. 143).

Assim,

o órgão de cúpula do Poder Judiciário Brasileiro encontrou na fórmula da proporcionalidade desenvolvida pelo o Tribunal Constitucional alemão um cheque em branco para a tomada de decisões políticas sobre os mais diversos assuntos do dia-a-dia, por mais corriqueiros e irrelevantes que eles possam parecer. Mais ainda: aderindo ao referido princípio as noções de “bom senso” e “justa medida” [...] e acrescentando uma pitada de brasilidade, o Supremo Tribunal Federal criou e legitimou essa espécie de proporcionalidade impura, cuja incidência atualmente parece carecer apenas do subjetivismo e da criatividade do julgador (CADEMARTORI, RÊGO, 2017, p. 81).

Com efeito, desde que passou a aplicar a proporcionalidade, mesmo depois de certa evolução doutrinária sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal aprofundou a técnica, o que foi observado por Cademartori e Rêgo (2017, fl. 80), sem mudar a mais nefasta consequência de seus votos embasados na proporcionalidade – qual seja: a ingerência sobre os outros poderes constituídos. Para os autores, em última análise, o transplante do princípio da proporcionalidade serviu mesmo para garantir ao Judiciário a supremacia em relação aos dois outros poderes estatais, que acabam ficando à mercê do subjetivismo dos julgadores” (CADEMARTORI; RÊGO, 2017, p. 84).

Ferrajoli (2015, p. 140) sustenta, acerca disso, que “configurando os direitos constitucionalmente estabelecidos como *princípios* objetos de *ponderação*, e não como *regras* objeto de *aplicação*, aquelas promovem um ativismo judicial que corre o

risco de resultar em um desnaturamento da jurisdição”. Para o jurista italiano (2015, fl. 135):

os princípios não são normas expostas à escolha ponderada dos legisladores e dos juízes, mas, ao contrário, são limites e vínculos impostos a ambos. [...] configurar a ponderação como escolha ponderada de uma norma em prejuízo de outra, e admitir, portanto, a derogabilidade das normas constitucionais, equivale a desprezar a sujeição do juiz à lei: neste sentido, repito, a ponderação é uma operação juridicamente incompatível com o princípio de legalidade e com a lógica do Estado de direito.

### 4.3 Limites e legitimidade institucionais

A partir da noção de Direitos Fundamentais previstos na Constituição Brasileira, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir acerca da conformidade das ações do Legislativo, Executivo e Judiciário com aquilo que de deles se espera (MORAIS, 2018, p. 22). Contudo, considerando que, em tempos anteriores, a missão não foi desempenhada em plenitude pelo STF, “parece que lhe falta um suporte teórico para que as suas decisões gozem da devida legitimidade que se espera de um tribunal com a missão de proteger/concretizar os Direitos Fundamentais”. Disso exsurge o debate acerca dos limites da atividade jurisdicional que lhe compete exercer.

Segundo Elival da Silva Ramos (2015, p. 326), o principal dos parâmetros fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico para a identificação do ativismo judicial,

diz respeito à exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma (limite da textualidade). Tal limitação se configura por meio da plena utilização da metodologia exegética, compreendendo os seus múltiplos elementos, de cuja ponderação, à luz das circunstâncias do caso concreto (não necessariamente um conflito intersubjetivo), resulta a delimitação do espaço de interpretação disponível ao aplicador.

Para Streck (2012, p. 68), por sua vez, a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Segundo o autor, não há regra sem um princípio instituidor e, sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter da legitimidade democrática.

Assim, o “constituir” da Constituição é, segundo Streck (2012, p. 77) a obrigação suprema do direito”, de modo que “a partir da feitura da lei, a decisão

judicial passa a ser racionalizada na lei, que quer dizer “sob o comando da Constituição” e não “sob o comando das injunções pessoais-morais-políticas do juiz ou dos tribunais”. Essa questão é, destarte, de suma importância, “na medida em que, ao não mais se admitir a tese da separação (e tampouco da vinculação), *não mais se corre o risco de colocar a moral como corretiva do direito*”.

Nesse sentido,

juízes e tribunais não devem nem podem julgar segundo a consciência ou segundo seus sentimentos. Isso não é democrático nem republicano, pelo simples fato de que o que se passa na ‘consciência’ do juiz pode não coincidir com a estrutura legal-constitucional do país (STRECK, 2012).

Destarte, propugnando pela preservação do grau de autonomia atingido pelo direito e na democracia, “o melhor mesmo é confiar na Constituição e na forma que ela mesma impõe para a sua alteração e à formulação de leis” (STRECK, 2009, p. 83). Nos dizeres do autor (2012), o juiz, em um regime democrático, não é livre, eis que há, antes dele, o Direito.

Ao ver de Ferrajoli (2012, p. 53), a legitimidade da jurisdição se funda sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, “dependente por sua vez - bem mais do que pela formulação como regra – do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal”. *A contrario sensu*, a indeterminação normativa e a conseqüente discricionariedade judicial são, para o jurista, fator de deslegitimação da atividade do juiz.

Para Ferrajoli, exsurge, como opção ao enfraquecimento da fonte de legitimação da jurisdição, o paradigma garantista de constitucionalismo rígido, que “exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação dos poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição” (FERRAJOLI, 2012, p. 53). Com base no referido paradigma, os juízes

não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não a sua aplicação. Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de constitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política (FERRAJOLI, 2012, p. 53)

O limite institucional encontra-se, com efeito, na separação dos Poderes, cuja observância, “dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos

do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados” (RAMOS, 2015, p. 119). Assim, o ponto do rateio de funções entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal.

Encontra-se tal limite previsto constitucionalmente, tendo a CF atribuído a cada Poder, no título destinado à organização dos Poderes do Estado, tarefas específicas, vinculadas à função de cada órgão deve desempenhar (BRAND, 2018, p. 17). É o se extrai, inclusive, da definição de constituição proposta por Cademartori e Rêgo (2017, p. 61), os quais, entendendo-a como protagonista do ordenamento jurídico de uma nação, conceituam-na como o “conjunto de normas (regras e princípios) norteadoras das atividades dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”.

Nessa lógica, devem as distorções na prática da especialização funcional demandada pela separação dos Poderes serem combatidas sem tréguas (RAMOS, 2015, p. 333).

Acerca da referida separação, Ferrajoli (2015, p. 139), para ilustrar, afirma esquematicamente que

limitando-nos à relação entre lei ordinária e juízo, diremos que o direito vigente<sup>17</sup> é produzido pela legislação, enquanto o direito vivente é produzido pela jurisdição. Nem a jurisdição ordinária pode produzir ou alterar o direito vigente ao qual é subordinada em seus diversos níveis; nem a legislação pode produzir ou alterar o direito vivente pelo qual é aplicada. É este, em última análise, o sentido da separação dos poderes.

---

<sup>17</sup> Para Ferrajoli (2015, p. 138), “o *direito vigente* (positivo, objetivo, ou empiricamente existente) é o conjunto dos atos e dos enunciados prescritivos produzidos, em um dado ordenamento, pelas autoridades por este habilitadas à produção normativa”, enquanto “o *direito vivente* (interpretado, argumentado, ou aplicado) é o conjunto das interpretações, diversas e diversamente argumentadas conforme os diversos intérpretes e as diversas circunstâncias de fato, fornecidas pela jurisprudência”. Nesse sentido, “o direito vigente continua sendo a única língua da qual os juízes dispõem ao nominar os fatos julgados: como furto ou como apropriação indébita, ou mesmo como exercício da liberdade de imprensa ou como difamação, não pelo fato de sopesarem o significado destas palavras [...] mas pelo fato de que valoram (ou, se quisermos, pesam) as características singulares dos fatos julgados que os tornam identificáveis e motivadamente nomináveis como furto ou como apropriação indébita, ou mesmo como legítimo exercício da liberdade de imprensa ou como indevida difamação lesiva à dignidade pessoal (assim como, no chamar ‘cadeira’ ou ‘poltrona’ determinado móvel, nós valoramos ou pesamos duas características. É claro, por outro lado, que o direito vigente e o direito vivente se implicam reciprocamente [...]. O direito vivente é como o interpretam, o argumentam e o aplicam os operadores jurídicos [...] mas sua base empírica é o direito vigente, reconhecível com base no princípio da legalidade”.

Em última análise, resume-se o limite institucional, assim como a sua legitimidade, à observância das normas constitucionais. Para José Joaquim Gomes Canotilho (2007, p. 91), os limites ao ativismo judicial são limites *jurídico-constitucionais* - isto é, limites do direito constitucional positivo. Destarte, mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como 'legisladores negativos' (a declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores do direito (ao elaborarem 'normas' para a decisão do caso), estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático.

Por certo, em suma, "a atuação harmônica dos Poderes, preconizada em termos principiológicos pelo Constituinte, depende, em boa medida, de um sábio e prudente exercício das competências constitucionais que lhes foram assinaladas" (RAMOS, 2015, p. 23).

## 5 CONCLUSÃO

É inegável a ascensão do protagonismo do Poder Judiciário, a partir do período que sucede Constituição social-democrática de 1988, até os dias atuais. A despeito de sua relevância na concretização da Carta Magna, o Poder Judiciário ultrapassa, por vezes, os limites que o sistema jurídico brasileiro estabelece ao manejo da função jurisdicional. Isso decorre, conforme observado, da excessiva ampliação do papel da ponderação na atuação interpretação jurisdicional das normas constitucionais, a partir da interpretação e aplicação à *brasileira* das concepções principialistas de base ponderativa – e, sobretudo, da matriz europeia de todas elas (qual seja: a desenvolvida por Robert Alexy, abordada nesta pesquisa).

Conforme observado, a incidência do paradigma principialista, no Direito Brasileiro, parece se relacionar apenas ao subjetivismo do julgador, eis que, com efeito, a ponderação é feita descriteriosamente, servindo a proporcionalidade apenas como recurso a um *topos* de caráter meramente retórico.

O resultado é, pois, considerando a imprevisibilidade das decisões judiciais, a insegurança jurídica, haja vista a derrogação da normatividade dos princípios a partir da ponderação, que possibilita a escolha, diversas vezes arbitrária – porque simplesmente subjetiva – de qual princípio constitucional será respeitado à vista no caso concreto. Nesse sentido, o principialismo, do modo que foi recebido no Brasil, promove, por indiscriminado que é, o arbítrio judicial – que, como visto, não se esgota na decisão atécnica acerca da proporcionalidade entre medidas adotadas e princípios constitucionais; mas, além disso, possibilita o fabrico de princípios ao arrepio da lei a partir da criatividade do julgador.

Confirma-se, destarte, a hipótese levantada inicialmente, de que decisões judiciais com base em princípios sob o modelo ponderativo permitem, de fato, ao intérprete julgador desenvolver um grau de liberdade na avaliação dos casos concretos que adentra indevidamente em searas que, em princípio, lhes seriam vedadas – tais como a moral. Assim, a concepção de princípios como objetos de ponderação, e não como regras objeto de aplicação, que embasa o constitucionalismo principialista, ocasiona a promoção do ativismo judicial. Corre-se

o risco, assim, de resultar em uma jurisdição deslegitimada, excedendo os limites da atividade jurisdicional que lhe compete exercer.

Como contraponto, o constitucionalismo garantista de Ferrajoli exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação dos poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição.

Destarte, em atenção à normatividade da Constituição Federal, há de ser respeitada, portanto, a separação de poderes, a fim de que, a partir da observância aos *limites jurídico-constitucionais*, o Poder Judiciário atue dentro dos limites da respectiva legitimidade institucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

BRAND, Vanessa Bussolo. **Quem vigia o vigilante? Uma análise da judicialização do Poder Executivo Brasileiro (2016-2018)**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Direito Constitucional) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 de outubro de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 855-2**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 06 de março de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>; Acesso em: 24 de outubro de 2019.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Proporcionalidade impura: o transplante dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade à moda brasileira**. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique; SCHRAMM, Fernanda Santos (Org.). *Direito Público e Hermenêutica: problemas e desafios atuais*. Curitiba: Editora Prismas, 2017.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SCHRAMM, Fernanda Santos. **Constitucionalismo institucionalista como alternativa necessária ao constitucionalismo normativista**. In: *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 2, ano 1. São Paulo: RT, 2017. p. 57-81.

CADEMARTORI, Luiz Henrique; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

SÉRGIO CADEMARTORI; STRAPAZZON. **Sistema garantista e protagonismo judicial**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207-229

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas – Atlas, 245:91, maio/ago. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42122>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

CARNEIRO, João Paulo de Souza. **Delimitação judicial do direito à saúde: uma leitura crítica do modelo teórico de Robert Alexy**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-58

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **O modelo garantista na interpretação e na aplicação dos direitos fundamentais: um estudo comparado do posicionamento processual penal do Supremo Tribunal Federal Brasileiro em 2015 e 2016**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002). pp. 23-50. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2019.

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Alexy e os problemas de uma teoria jurídica sem filosofia**. Conjur: 05 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>. Acesso em: 05 de novembro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo**. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo,

hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59-94

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Aqui se faz, aqui se paga ou “o que atesta Malatesta”**. 2012. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2012-out-11/senso-incomum-aqui-faz-aqui-paga-ou-atesta-malatesta>. Acesso em: 20 de novembro de 2019.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 02 de novembro de 2019.

TRINDADE, André Karam. **Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis***. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95-132

\_\_\_\_\_. **O ativismo judicial à brasileira e a questão da penitenciária do Rio Grande do Sul**. Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 32, n. 1: 203-228, jan./jun. 2016. Disponível em:

[https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista\\_artigo.php?artigo=196&volume=32.1](https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista_artigo.php?artigo=196&volume=32.1). Acesso em: 20 de outubro de 2019.