

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O
PARADOXO DO CRIACIONISMO JURÍDICO:
APROXIMAÇÕES AO PROBLEMA
JUSFUNDAMENTAL DO NOVO POSITIVISMO NO
ÂMBITO DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA
CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND THE
PARADOX OF JUDICIARY CREATION:
APPROACHES TO THE CONSTITUTIONAL
PROBLEM OF THE NEW POSITIVISM IN THE
FRAMEWORK OF THE BRAZILIAN CRIMINAL
POLICY**

Isaac Sabbá Guimarães¹ – <https://orcid.org/0000-0002-0919-4759>

Resumo

Este artigo tem como preocupação central o crescimento da participação do judiciário na política criminal brasileira que, mesmo levada a efeito com o propósito de fazer-se o controle de constitucionalidade de regras penais e processuais penais, tem gerado, paradoxalmente, inconstitucionalidades. Assim, o problema aqui proposto pode ser expresso pelo seguinte questionamento: a política criminal desenvolvida por juízes, na esfera do controle de constitucionalidade de regras penais e processuais penais, encontra amparo jusfundamental material? O objetivo perseguido é a demonstração de que esse novo modelo de positivismo coloca em causa alguns dos pilares de sustentação da Constituição. Para tratar da problemática, recorrer-se-á ao método indutivo.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Neopositivismo; Decisões inconstitucionais.

Abstract

This article has as central concern the growth of the participation of the judiciary in the Brazilian criminal policy that, even carried out for the purpose of making the constitutionality control of criminal and criminal procedural rules, has paradoxically generated unconstitutionality. Thus, the problem proposed here can be expressed by the following question: does the criminal policy developed by judges, in the sphere of the control of the constitutionality of criminal and criminal procedural rules, find material justification? The objective pursued is the demonstration that this new model

¹ Doutor pela *Università Degli Studi di Perugia*. Doutor em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça em Santa Catarina. *E-mail:* iguimaraes@mnpes.br.

of positivism calls into question some of the support pillars of the Constitution. To deal with the problem, the inductive method will be used.

Keywords: Constitutionality control; New positivism; Unconstitutional decisions.

Recebido 10.06.2019 / Aprovado 08.08.2019

INTRODUÇÃO

Vive-se um período de esgotamento de certos paradigmas que caracterizam a modernidade, não sendo incomum, por isso, falar-se de pós-modernidade ou de modernidade tardia. O modelo de Estado da modernidade, o *Rechtsstaat*, vincado essencialmente no fenômeno da unidade jurídica com a unidade social, como pretendia Kelsen² (sendo aquela realidade extraída do direito positivado em regras, legisladas de forma abstrata para a aplicação a casos futuros e empregues na decisão judicial ao solucionar o caso concreto), já não corresponde à complexidade dos arranjos sociais desta fase de transições. Na contemporaneidade, assiste-se a uma frenética evolução científico-tecnológica que se inflete sobre a vida da sociedade, causando-lhe reações, que não são imediatamente sentidas pelo legislador. Mas não só. Desastres por que passou a humanidade, como a Segunda Guerra Mundial, determinaram um retorno da axiologia ao direito. Por isso, o direito contemporâneo não é depreendido apenas de regras constituídas pragmaticamente pelo legislador, nem sua aplicação aos casos concretos pode partir da pura e simples interpretação da *ratio legis* ou, como muitos de nossos tradicionais estudiosos diziam, da *vontade do legislador*: para além das pretensões de cientificidade e de objetividade cunhadas como *ratio essendi* das normas jurídicas, o direito também comporta uma esfera que contém normas de cariz ético, ou, como se convencionou nominar, normas ético-jurídicas. Tal estado de coisas é depreendido insofismavelmente da Constituição da República (CR), a qual agrupa extenso rol de princípios, que pela atual metodologia do direito, são também normas jurídicas, que devem ser empregues na atividade estatal que se ocupa da conformação jurídica da sociedade, solucionando seus conflitos que se veem multiplicar sob a forma de desvios sociais, quando se determinam políticas criminais de criminalização ou de descriminalização.

Ocorre que, como já referido, por um lado, a resposta jurídico-legislativa às transformações operadas na sociedade não é imediata. A atividade legislativa passa por diversas vicissitudes que lhe tolhem a percepção dos fenômenos e a consequente reação sob forma de regramento legal. A primeira e mais óbvia delas, é a pluralidade da composição do Congresso, que abriga desde pessoas com formação jurídica a representantes do povo com quase nula instrução, passando, naturalmente, por aqueles que não escondem seu interesse por questões estritamente setoriais, sejam os dos quadros programáticos de seus partidos, sejam os que decorrem de demandas dos grupos de pressão ou de lobistas. A segunda, relaciona-se com a volatilidade dos modos em sociedade, que se sujeita aos influxos da globalização (econômica, cultural) e às ondas que se formam nas comunicações em rede, que incluem os debates de todos os níveis sobre o correto e o incorreto. O que há pouco se imaginava defensá-

² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 265. Título original: **General theory of law and state**.

vel, pode tornar-se proscrito por uma torrente de opiniões externadas por meio das redes sociais. Quase se pensa vivermos numa era de anomia. Por isso, se veem intervenções judiciais cada vez mais distantes da norma normada em lei, mas alicerçadas em algum conteúdo principiológico.

Os defensores do ativismo judicial, que sequer escondem suas convicções ideológico-políticas, externando às claras o que entendem deva ser priorizado pelos magistrados, pretendem maior maleabilidade nas concretizações jurídico-jurisdicionais. Uns protestam contra o modelo de juiz *bouche de la loi*, que, segundo afirmam, seria um escravo da lei. O juiz, sustentam, há de alicerçar sua atividade como órgão contra-hegemônico, de maneira que suas decisões espelhem os reclamos de pessoas normalmente desassistidas, como os integrantes de minorias e materialmente carentes. Outros, referem abertamente sobre a necessidade de suprir a inatividade – e mesmo a inapetência de fazer algo – dos legisladores. Para darem cunho de legitimidade às decisões que extravasam os limites da legalidade – vendo-se, portanto, decisões *contra legem* – elevam as questões problemáticas que lhes chegam ao conhecimento – pela via processual ou não – à condição de problemas constitucionais, quando supostamente se colocam a fazer o controle concentrado ou difuso da constitucionalidade das regras legais. Mas ao procederem desta forma os juízes estarão a dar concretude à Constituição?

O objetivo deste artigo será, então, escrutinar o novo método jurídico (se é que se pode denominar dessa forma a praxe forense, que, de longe, configura um ordenado esquema hermenêutico), que se tem ampliado entre os magistrados brasileiros, partindo, especialmente, de alguns casos problemáticos submetidos a mais alta corte nacional, responsável pela interpretação e cumprimento da Constituição. A isso subjaz um problema de não menor importância, que se relaciona à integridade da Constituição, que por ser rígida e por elencar cláusulas pétreas, não deve perder seu vigor axiológico-jurídico-político.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo, são realizados com base no método indutivo.

1 VIRAGEM HERMENÊUTICA APÓS O FIM DO FORMALISMO JURÍDICO

A metodização da produção do ordenamento jurídico está indelevelmente associada ao positivismo. Mesmo os jusracionalistas, partindo da compreensão de uma ordem de valores sempiterna e universal, não negam os desdobramentos dos direitos naturais em novos direitos que correspondam às exigências da sociedade em constante evolução. Para além do que, também se pode deles depreender que a normatização é inerente às pretensões de organização e harmonização da sociedade, dando clareza às diretivas de relevo. Daí que um Joaquín Costa, sólido cultor do jusnaturalismo, entenda que certos direitos inatos, embora depreendidos por qualquer pessoa pelo simples fato de ser-se humano, devam ser positivados em lei para reforçar o sentido de ordenação social³. Contudo, é inegável que o positivismo jurídico se situará em polo diametralmente oposto a qualquer noção de direito pré-constituído ou, se se preferir, inerente à natureza do homem: será erigido sobre o alicerce do

³ COSTA, Joaquín. **A ignorância do direito**. Trad. Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008, *maxime*, capítulos II e III. Título original: **La ignorancia del derecho**.

voluntarismo e do legalismo estatal; procurará um sentido pragmático para ordenar a sociedade e, com isso, estará afastado da metafísica⁴.

A noção de indissociabilidade entre a ordenação social e o positivismo jurídico transparece da obra de juristas que deram corpo à *Rechtkultur*, como se vê, v.g., em Kelsen⁵, English⁶, Radbruch⁷, dentre inúmeros outros. Por essa linha de raciocínio, chegaremos à conclusão, com Kelsen, naquele seu conhecido esquematismo da pureza do direito, que se pode dizer preconizador do formalismo jurídico, que a formação do direito recusará fontes metafísicas, bem como qualquer influência metajurídica. O direito será, pois, um fenômeno autopoiético, mas derivado de uma *Grundnorm*. Suas normas serão imperativos de *dever-ser* estabelecidos pelo legislador. Sua aplicação será precedida da interpretação, incumbida, num primeiro plano, ao próprio legislador (interpretação autêntica), que dará os comandos necessários à sua concretização e, secundariamente, será levada a efeito pelo juiz (interpretação não autêntica), quem subsumirá os fatos que lhe são apresentados à moldura legal. Disso também sendo lícito afirmar que a normatização jurídica se dará, primeiro, no plano abstrato e genérico, na lei, e, posteriormente, no plano concreto e individualizado, por meio da sentença do juiz. O *decisum*, portanto, encerrará uma situação fático-jurídica dentro do esquema jurídico-legal, guardando, conforme explica Bigotte Chorão, uma relação de coerência lógica com “*o plano interno do sistema normativo*”⁸.

O reducionismo do formalismo jurídico viu-se transplantado para o mundo jurídico brasileiro. Não soa, por isso, estranho que um Carlos Maximiliano refira peremptoriamente que “*o magistrado não formula o Direito, interpreta-o apenas; e esta função ainda é exercida quando surge dúvida, sobre a exegese, em um caso forense*”. E o antigo ministro da Corte Suprema arremata assim seu pensamento: “*Nem o juiz expõe seu pensamento por meio de disposição geral e referente ao futuro, como o Pretor em Roma; nem sequer se pronuncia em parecer solicitado por algum dos outros poderes constitucionais*”⁹. Por outras palavras, o juiz exercia, segundo a doutrina tradicional, a atividade de interpretar a lei e aplicá-la ao caso concreto. Justamente por isso, será familiar a qualquer profissional do direito que tenha tido sua formação a não menos que vinte anos, as menções encontradas nos manuais de direito sobre a *vontade do legislador* ou à *mens legis*, tendo nossos conhecidos autores radicado suas lições na rasa interpretação gramatical das normas positivadas em leis¹⁰.

⁴ CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1991. p. 152-153.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução ao português de João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1984, *maxime*, p. 309-323. Título original: **Reine Rechtslehre**.

⁶ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Tradução ao português de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d., p. 34 e s. Título original: **Einführung in das Juristische Denken**.

⁷ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. rev. e ampl. Tradução ao português de Cabral de Moncada. Coimbra: Armenio Amado, 1997. p. 44 e s. Título original: **Rechtsphilosophie**.

⁸ CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**, *cit.*, p. 162.

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 58. O autor, no entanto, abranda sua afirmação ao alegar que o juiz não é um “insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos”, haja vista intermediar, com sua atividade, a “letra morta dos Códigos e a vida real”, o aperfeiçoamento do direito (*op. cit.*, p. 59).

¹⁰ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, *cit.*, p. 170-171, relaciona algumas dessas lições, referindo que Savigny, v.g., entendia que interpretar é “*colocar-se em pensamento no ponto de vista do legislador e recapitular mentalmente a sua atividade*”; enquanto que para Windscheid referia que essa tarefa consiste na “*determinação do sentido que o legislador ligou às palavras por ele*

O exegetismo, no entanto, encontra duas dificuldades em suas operações: a primeira, é referida à *polissemia dos vocábulos* utilizados pelo legislador. Há, como se sabe, imprecisão no que se expressa. A comunicação humana não é perfeita, como já teria sentenciado S. Tomás de Aquino¹¹ e, em nossos tempos, Wittgenstein¹² o teria demonstrado ao radicar a possibilidade de inteligibilidade na troca de mensagens nos chamados jogos de linguagem, através dos quais formamos famílias de sentidos (as *semelhanças de família*) para os vocábulos. Pense-se, v.g., quanto a esse obstáculo, na expressão *garantia da ordem pública* contida no art. 312, CPP, que atualmente tem sofrido oposição da vertente do garantismo jurídico nacional sob a suposição de que ideias utilizadas normalmente para preencher sua definição, como “defesa social”, “exemplaridade” (da reação da justiça criminal), satisfação do “sentimento de justiça da sociedade” e “prevenção especial”, extravasariam da natureza cautelar da prisão preventiva¹³. Há de se considerar, além do mais, que os vocábulos ou assumem novos significados, ou caem no desuso com o arrasto do tempo. O significado de *cônjuge*, v.g., embora contendo precisão jurídica, já não satisfaz para uma série de situações previstas no Código de Processo Penal, como, v.g., ao tratar-se da substituição processual nas ações penais públicas em razão da morte do querelante.

A segunda dificuldade diz respeito ao caráter fragmentário da legislação. O que está relacionado ou com os vazios normativos – o legislador, obviamente, não pode tratar de tudo no regramento legal, ou com as definições abstratas do direito. Se novamente se recorrer ao exemplo da decretação da prisão preventiva, constatar-se-á uma série de circunstâncias possíveis no processo que não encontrarão uma cláusula precisa para o cabimento da medida coercitiva, embora ao nível da intenção de concretização do direito ela seja reclamável e oponível contra o indiciado ou acusado.

Por isso, a atividade judicante não pode se resumir ao preconizado por Maximiliano. O juiz estará ou vinculado às regras legais, quando deverá subsumir os fatos a elas, ou desvinculado, quando gozará de liberdade discricionária para escolher uma de duas ou mais possibilidades jurídicas aplicáveis ao caso concreto, todas elas, no entanto, factíveis e juridicamente válidas. Na lição de Castanheira Neves¹⁴:

utilizadas”; Rege-Lsberger, por seu turno, refere que “*A lei é a expressão da vontade do legislador, conteúdo da lei é aquilo que se reconhece ter sido querido pelo legislador, a vontade do legislador*”. Em concordância com isso, English sustenta que a problemática da interpretação está em descobrir-se o ‘conteúdo objetivo da lei’. Este e, “*consequentemente, o ‘último escopo da interpretação’, são determinados e fixados através da “vontade” do legislador histórico (...)*”.

¹¹ TOMÁS DE AQUINO. **Verdade e conhecimento**. Trad. Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹² WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002 (há boas edições brasileiras das **Investigações filosóficas**); SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 96, v. 862, p. 69-92, ago. 2007.

¹³ DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 96. SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança pública e prisão preventiva no Estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 48, chega a referir que ao aplicar o requisito da *garantia da ordem pública* para a decretação de prisão preventiva de alguém, o juiz estaria invadindo uma área pertencente à atividade do executivo, logicamente, tendo em conta, de maneira subliminar, o que dispõe o art. 144, da CR.

¹⁴ NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. In. NEVES, A. Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 1, p. 534.

Decisão juridicamente vinculada é a decisão a proferir mediante a aplicação subsuntiva de uma norma legal, e juridicamente desvinculada a decisão que houver de reconhecer-se como válida (juridicamente válida) embora não tenha sido subsuntivamente deduzida, directa ou indirectamente, de uma norma legal, ou, em termos mais amplos, de uma norma jurídica.

O juiz, por causa dessa peculiaridade do direito, não pode ser visto como um *bouche de la loi*, ou, como alguns já disseram, um escravo da Lei, a quem competiria tão somente expor sua *ratio* nas decisões. A própria complexidade que o direito adquire à medida que os diversos fatores metajurídicos intercorrem na experiência do direito – no *faciendum* do direito –, exigirá muito mais do magistrado. No entanto, já não será correta a afirmação de que goza de total liberdade, inclusive para *criar* o direito.

Com o *espírito do direito* rejuvenescido com o advento do neoconstitucionalismo, que provoca uma radical viragem no método de formação do ordenamento que, diferentemente do modelo de purismo jurídico proposto por Kelsen, vai às fontes axiológicas, assistiu-se ao fim do formalismo. Estabeleceu-se um sistema de princípios no seio da Constituição, os quais ultrapassam os limites do âmbito dos valores – e, decididamente, não se confundem com estes –, para se assumirem como *normas jurídicas*.

Essa nova categoria normativa não se confunde com os princípios gerais do direito. Enquanto estes são empregues para preencher as lacunas legais (conforme se depreende do art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil), muitos dos quais derivados dos velhos brocardos do direito romano, auxiliando o juiz em sua atividade decisória, os princípios fundamentais vinculam as leis e as decisões judiciais ao seu conteúdo ideológico. Os princípios gerais do direito são premissas ou determinações dogmáticas. Assim, v.g., embora a lei processual penal nada refira acerca da insuficiência de prova, o juiz pode apoiar-se no dito *testis unus, testis nullus*, para concluir que a palavra de apenas uma testemunha pode não ser pouco para um decreto condenatório. Já os princípios fundamentais impõem a harmonização das normas positivadas em lei e em sentença com o ideário nelas contido. Ninguém questionaria, portanto, a ilicitude da prova em processo penal obtida de maneira a degradar a condição humana, nem a impossibilidade de transgredir a área de consensualidade atribuível ao indiciado ou ao réu para compartilhar da produção de prova que lhe possa ser prejudicial. Aliás, estas seriam posições assumidas tanto pelo legislador quanto pelo juiz de forma inarredável. Finalmente, também se pode referir que os princípios fundamentais são, como refere Alexy¹⁵, mandados de otimização, que permitem tanto a integração das normas quanto a dissolução de questões problemáticas ao nível do controle de constitucionalidade.

O contraste entre o modelo político-jurídico instaurado pela Constituição, que se reflete na concepção de Estado democrático material (Figueiredo DIAS¹⁶) e a vetus-

¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução ao espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 86. Título original: **Theorie der Grundrechte**.

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte geral**. 1. ed. brasileira; 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. I, p. 26, refere que por Estado democrático

ta legislação penal, datada da primeira metade do século passado, faz surgir assimetrias que carecerão de controle de constitucionalidade, ditadas, precipuamente, por políticas criminais oriundas do legislativo. Mas, também, pela atividade judicial.

É nesse ambiente que surge uma nova dificuldade na atividade judicante acrescida às duas anteriormente descritas. As concretizações juspositivas observadas nas decisões judiciais, recorrentes à aferição de constitucionalidade (aqui incluindo-se, por derivação ao que preconizam os §§ 2º e 3º, do art. 5º, da CR, o controle de convencionalidade) das regras legais, prefiguram um modelo hermenêutico crítico e argumentativo, a partir do qual os juízes, antes de recusarem a *criação* do direito, deixam de ser meros intérpretes e aplicadores das normas normadas em leis: positivarão soluções arrancadas do espírito da Constituição, que não preterem o recurso às ordens axiológica e ontológica nela abrigadas. Em conformidade com esse estado de coisas, viu-se a ampliação da liberdade discricionária do magistrado.

2 O ATIVISMO JUDICIAL E AS DECISÕES PRINCIPOLÓGICAS

O ativismo judicial não é fenômeno jurídico brasileiro. Nem é recente. Terá encontrado melhor ambiente para desenvolver-se no sistema do *common law*, no qual o juiz vai para além da atividade de interpretar e aplicar as normas positivadas em leis aos casos sob sua apreciação. O fato de a cultura jurídica norte-americana ter ampliado as margens de vinculação jurídica dos precedentes, *v.g.*, permitirá, por um lado, como afirmou o Juiz O. W. Holmes, que seu direito seja menos derivado de uma lógica jurídica do que da experiência de seus operadores¹⁷. Roscoe Pound, por seu turno, aproximará suas lições à chamada jurisprudência dos interesses, de maneira que a finalidade do direito deverá ser compreendida como a tarefa de ordenar e harmonizar os interesses presentes numa comunidade¹⁸. Dessa forma, a jurisprudência, para o modelo jurídico norte-americano, exercerá um papel central para o *faciendum* do direito. Em razão disso, por outro lado, a cultura jurídica será mais permissiva quanto ao ativismo dos juízes.

Já no modelo do *civil law*, a atividade dos tribunais que resulte na compreensão consolidada acerca de determinadas matérias – a jurisprudência –, estará delimitada, via de regra, pelo direito positivado em leis¹⁹. Trata-se, pois, da interpretação de questões problemáticas, como as referidas à eficácia, à validade, às determinações contidas em regras, o que, inclusive, conduzirá a desconstruções do direito para sua renovação com fins à realização da justiça²⁰. Não vincula, mas orienta. No en-

material “*quer-se compreender todo o Estado democrático e social que mantém intocada sua ligação ao direito, e mesmo a um esquema rígido de legalidade, e se preocupa por isso antes de tudo com a consistência dos direitos, das liberdades e das garantias das pessoas; mas que, por essa razão mesma, se deixa mover, dentro daquele esquema, por considerações de justiça na promoção e na realização de todas as condições – políticas, sociais, culturais, económicas – do desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um*”.

¹⁷ LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução ao português de Manuel Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978. p. 189. Título original: **Introducción al derecho**.

¹⁸ *Ibidem*, p. 190.

¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 104-105.

²⁰ A esse propósito, cf. DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. Tradução ao português de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, p. 26-27. Título original: **Force de loi**.

tanto, à medida em que a atividade dos magistrados extravasa daqueles limites pruden- ciais, não apenas no âmbito dos tribunais, já poderemos nos aproximar da zona do ativismo. Que, em verdade, carece de uma definição.

Numa primeira aproximação às noções de ativismo judicial, colhe-se de Dworkin a menção de que o juiz ativista ignora “o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram inter- pretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política”²¹. Por outras palavras, pode dizer-se que o ativista escapa aos limites da norma positivada pelo legislador, criando uma nova. Disso, como se verá mais adiante, decorrem importantes reflexos negativos para o Estado constitucional.

A noção delineada por Dworkin não possibilita, ainda, uma definição de ati- vismo. Trata-se de modelo jurídico? Forma uma escola ou tradição jurídica? Repre- sentará um novo paradigma capaz de mudar o método jurídico e, conseqüentemente, o próprio modelo de direito? Os estudiosos, como Elival da Silva Ramos²², não parecem ter desenvolvido uma abordagem epistemológica sobre o tema e sua pro- blemática, haja vista depararem-se com uma profusão de situações que instigam o ativismo – então, é comum falar-se da inoperância do legislador, da necessidade de respostas rápidas aos anseios coletivos, do controle de constitucionalidade das leis etc. –, sem que tenham sido investigadas como fenômenos integrados a ele. Aliás, as especulações podem ir mais longe. Não seria, a esse propósito, equivocado falar-se da difusão de modelos de direito, especialmente o norte-americano, que se tornou bastante comentado, das conseqüências da economia no direito, da cultura da *pan- principiologia* (Lenio STRECK), ou do alinhamento ideológico-político de juízes ao progressismo. Trata-se, como se constata, de um fenômeno complexo, sobre o qual não se pode ir mais além de seu delineamento especulativo. Por isso, seguem algu- mas observações sobre a ambiência do ativismo judicial.

2.1 Propostas Acadêmicas sobre o Ativismo

Chegou a atingir nomeada, nos anos 1980 e 1990, o texto escrito por Roberto Lyra Filho para a coleção Primeiros Passos, da Editora Brasiliense, no volume de- nominado **O que é Direito**. Nele, Lyra Filho trata do *direito achado na rua*, o qual, escrito com fortes tons de marxismo, propende para uma total libertação das normas positivadas em lei. Assim, para o autor o direito será o “*modelo avançado de legíti- ma organização social da liberdade*”²³, que conduz à emancipação do homem. Em outro de seus escritos, o jurista e professor da Faculdade Brasileira de Ciências Jurí- dicas complementa sua ideia de liberdade jurídica ao afirmar que “o *direito se faz no processo histórico de libertação enquanto desvenda precisamente os impedimentos da liberdade não-lesiva aos demais*”²⁴.

Dito dessa forma, até se pode relacioná-lo com o pensamento de Kant, que imortaliza em sua **Metafísica dos costumes** um dos princípios fundamentais do

²¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução ao português de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 451-452. Título original: **Law’s empire**.

²² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**, *cit.*, p. 104 e ss., propõe-se a estabelecer um conceito de ativismo judicial, mas não nos parece tem logrado – com muito mérito, diga-se – nada mais que iden- tificar o conjunto de situações correlatas ao fenômeno.

²³ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 121.

²⁴ LYRA FILHO, Roberto. **Desordem e processo**: um posfácio explicativo. In: LYRA, Deredó Araujo (Org.). **Desordem e processo**: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 1986. p. 312.

direito. O professor da Universidade de Königsberg propõe como imperativo do direito o agir “*externamente de modo tal que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal*”²⁵. A noção do direito diz respeito, portanto, ao regramento das condutas humanas em sociedade, de forma a que a liberdade de um não represente constrangimento à liberdade de outrem. Contudo, Lyra Filho desvirtua completamente o ensino kantiano ao propor que o direito, antes de ser metodizado segundo a circunstância histórico-político-social-cultural de uma sociedade, “*Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos e sua filtragem nas normas costumeiras e legais tanto pode gerar produtos autênticos (...) quanto produtos falsificados*”²⁶, que seriam normativizações que neguem aquele objetivo fundamental de instaurar a liberdade, gerando iniquidades.

A filiação de Lyra Filho ao marxismo é explícito e transparece quando refere que “*em Marx é colhida inspiração para reencetar as tentativas, nele frustradas, de fundir o Direito supralegal, de formação histórica, e um direito positivo pluralista*”²⁷. O autor continua, ao longo de seu texto, a desfiar uma série de menções à proposta de revolução jurídica que, para Souza Júnior, inclina-se para determinação do espaço onde ocorrem “*as práticas sociais que enunciaram direitos ainda que contra **legem***”, as quais podem ser tidas como práticas “criadoras de direitos”, com respectivo estabelecimento de novas categorias jurídicas²⁸.

Aproxima-se a esse esquema de proposta, o trabalho de Antônio Carlos Wolkmer, **Pluralismo jurídico**²⁹, no qual, após descrever o declínio do modelo jurídico “burguês-capitalista” e a crise do judiciário brasileiro, vai à fonte do ativismo judicial norte-americano (imprimindo, como se percebe, uma clara antinomia em seu texto). Aqui o autor vai destacar a possibilidade da atividade criadora de direito atribuível ao juiz, inclusive pela via alternativista.

Eros Grau não destoa dos defensores de um modelo alternativo de direito. Em seu livro **O direito posto e o direito pressuposto**³⁰, parte da crítica ao formalismo juspositivista, para mergulhar no marxismo jurídico, quando critica o modo de produção capitalista e a influência da economia. Culmina, apoiando-se em Warat, com a referência de que a legalidade é um mito, que “*retém o estudioso do direito em um universo de **dever-ser** axiologicamente neutralizado*” que, como discurso jurídico, conforma a consciência dos juristas e juízes, que não se rebelam contra a situação que lhes foi imposta³¹.

As teorizações acadêmicas (as citadas foram apanhadas ao acaso, havendo outras ainda), que se podem dizer *revolucionárias* por proporem uma radical ruptura

²⁵ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes. Princípios metafísicos da doutrina do direito**. Tradução ao português de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, s/d, p. 37. Título original: **Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründ der Rechtslehre**

²⁶ LYRA FILHO, Roberto. **Desordem e processo**, *cit.*, p. 312. O itálico não está no original.

²⁷ *Ibidem*, p. 305.

²⁸ SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o direito achado na rua**. Experiências populares emancipatórias de criação de direito. Tese doutoral defendida na UnB, 2008, p. 145. Disponível em: <https://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/02/TESE_2008_JoseGeraldJunior.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2019.

²⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

³¹ *Ibidem*, p. 178.

com o paradigma de direito conhecido entre nós, talvez tenham emulado a assunção de posições político-criminais de juízes, os quais não dissimulam seu alinhamento com a criminologia crítica – a que identificará aspectos criminógenos nas sociedades capitalistas, inclusive de estigmatização do delinquente – e com o progressismo. Alguns, como Maria Lúcia Karam e Rubens Casara, chegam a panfletar ideias de descriminalização do tráfico de drogas e aborto, sempre tendo como pressuposto a inconstitucionalidade da punição e a exaltação das liberdades individuais. Analise-se, a título de exemplo, uma dessas propostas.

Rubens Casara, juiz de direito no Estado do Rio de Janeiro, deblatera o **Processo penal do espetáculo**³², opondo-se, no que chama de “ensaios sobre o poder penal”, ao juiz conservador, aquele já descrito por Eros Grau, conformado com o dogmatismo jurídico e com os limites da legalidade. O juiz, segundo entende o autor, não deve pautar sua atuação pelo desejo das majorias, mas deve investir-se de sua condição de representante do poder contramajoritário³³. Ao tratar da política criminal adotada para a prevenção dos crimes relacionados às drogas, que é depreendida de convenções internacionais e da Constituição (art. 5º, XLIII), Casara a equipara a um “proibicionismo” que “*atenta contra o ideal de vida digna para todos*” (sic), haja vista o aumento da violência do sistema penal³⁴. Então, o autor pergunta-se: “*qual o óbice para se abandonar o paradigma proibicionista?*” A Constituição? Para Casara este problema pode ser facilmente contornado. E faz seguinte provocação: “*Com dois neurônios, é possível racionalizar o tratamento dado à questão das drogas ilícitas através de um recurso hermenêutico. Em outras palavras, a interpretação/aplicação do direito permite afastar ou reduzir consideravelmente os danos causados pelo ‘Direito Penal das Drogas’*”³⁵. Para o autor, o art. 5º, XLIII, CR, pode ser incluído entre as *normas constitucionais inconstitucionais* por colidir com certos princípios fundamentais³⁶. Mais adiante, comete um equívoco ao referir como exemplo de política criminal o caso português, que teria legalizado o uso de drogas³⁷. Em verdade, a Lei 30, de 29.11.2000 (regime legal antidrogas português), estabeleceu um estatuto próprio para o usuário, que deverá ser submetido a tratamento de saúde, mas não autorizou o comércio nem o uso de drogas.

As propostas que orbitam o mundo acadêmico, como se pode observar, não possuem arrimo metodológico. Deixam de enfrentar inúmeras questões que não são apenas aspectos dogmáticos – contra os quais os cultores do alternativismo, do pluralismo jurídico e do ativismo se opõem –, como a segurança jurídica, a equidade, a separação de poderes, que tocam diretamente a essência do direito. Estão prenhes de solipsismo, fundamentalmente em razão da vinculação de seus autores ao progressismo e ao marxismo. Estes mais expressam seu pendor ideológico do que propriamente bases teóricas para a revisão do modelo jurídico. Casara, v.g., não revela a teoria jurídica, ou, como prefere, o *recurso hermenêutico*, por meio do qual se pode declarar a inconstitucionalidade da Lei Antidrogas. Apenas advoga a invalidação da política criminal antidrogas, o que se torna, em seu escrito, uma bandeira não só falaciosa, como incoerente.

³² CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo. Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

³³ *Ibidem*, p. 27.

³⁴ *Ibidem*, p. 48.

³⁵ *Ibidem*, p. 49.

³⁶ *Idem*.

³⁷ CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo. Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 57.

Diante desse quadro, não será incorreto afirmar que no Brasil o ativismo judicial encontra raízes que vão para mais além do que aquilo normalmente visto na superfície do fenômeno – a crise da atividade legislativa, o fim do formalismo jurídico, a pretensão de fundar-se um Estado de direito material. Encontrou acolhimento – e até estímulo –, no meio acadêmico, por onde também transitam juízes ativistas. O ativismo entrelaça-se com o progressismo até anda de mãos dadas com o marxismo; rebela-se contra a normação legal e o dogmatismo jurídico; e propõe-se, como força contramajoritária, a atuar em “*defesa dos direitos dos menores, dos pobres e das minorias, na perspectiva de emancipação social dos desfavorecidos*”, como refere o estatuto da Associação dos Juizes para a Democracia³⁸ – o que representa um inapelável risco para a segurança jurídica, já que magistrados não podem – não devem – ter preferência por determinados jurisdicionados.

Ainda assim, há os que invoquem condições de legitimidade para o ativismo judicial, mesmo que em franco contraste com o que se tem positivado no direito legal. Seria, dessa maneira, a concepção de um *lóghos* que ultrapassa o conhecido edifício dogmático e metodológico do direito. Vejam-se alguns desses argumentos.

2.2 Supostas Bases de Legitimidade do Ativismo

Parece correto afirmar que o neoconstitucionalismo, como advento que muda a forma de estruturarem-se os Estados de direito, de feição democrática e localizáveis na face ocidental do planeta, como uma espécie de reação ao que vigorou até fins da Segunda Guerra Mundial, propicia, em certa medida, o ativismo judicial. É em meio a essa onda de constitucionalização que se incorporam os princípios de direitos humanos às constituições, de inegável conteúdo ético-moral. Despontam, assim, organizações político-jurídicas presididas pela dignidade da pessoa humana, que tem gravitando no seu entorno uma série de princípios que encontram justificativas na metafísica. Os comandos constitucionais e a estruturação do *corpus iuris*, portanto, deverão manter coerência com essa ordem axiológica. Pode dizer-se, fundam-se diretivas axiológico-jurídicas.

Essa modelagem constitucional, que se inscreve na Carta Política de 1988, contrasta com o principal da legislação penal, remanescente dos anos de 1940. Por isso, a necessidade de aferição de sua compatibilidade com a estrutura política, por meio do controle de constitucionalidade. Daí que se justifique a ampliação da atividade judicial, que tanto opera o controle concentrado de constitucionalidade, por meio do qual se determina a validade das leis, quanto pelo controle difuso, ou concreto, que se estabelece por ocasião em que se enfrenta o *thema decidendum*. Não por outro motivo se conclui que “*O juiz passa a ser o grande protagonista do processo de interpretação da Constituição*”³⁹, colocando-se, por isso, ao lado do legislador quanto às escolhas político-criminais. Assim, o modelo constitucional por nós adotado abriria o caminho para uma mais significativa e visível atividade do juiz.

Além do mais, é sabido que a atividade legislativa passa por uma crise, que tanto pode ser explicada por sua estrutura organizacional, da qual desponta uma pluralidade de partidos sem nítidos quadros programáticos e sem o protagonismo de

³⁸ BRASIL. **Estatuto da AJD**. Disponível em: <http://ajd.org.br/quem_somos_estatuto.php>. Acesso em: 05 abr. 2017.

³⁹ RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional**: Constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013. p. 53.

qualquer deles – uma realidade radicalmente diversa do sistema de bipartidarismo comum em democracias mais longevas –, dificultando o debate sobre temas de maior relevo; quanto por causa da promiscuidade entre o exercício das funções dos legisladores e os interesses de ascendência sobre o *establishment* – e não por outro motivo se denuncia o fisiologismo político. Por isso, surge um espaço de quase completa inoperância (há muito que se trata do projeto do novo Código de Processo Penal, que viria a revogar o atual, de 1941; é seu contemporâneo o Código Penal, que carece de urgentes atualizações, no entanto, se veem perspectivas de alterações para tão cedo).

Em razão dessa circunstância, magistrados têm se proclamado responsáveis por darem alguma resposta à sociedade. Geralmente, baseados no pretenso controle de constitucionalidade. E, por meio do cotejo das assimetrias verificáveis entre as normas constitucionais e as da legislação, encontram soluções que, por um lado, são declaratórias da não conformidade entre as duas ordens normativas. Mas, por outro, não se contentando com o simples reconhecimento de inconstitucionalidades, *ipso facto*, a própria invalidade, acabam por criar um *tertium genus* de norma jurídica, aquela que advém do senso individual de justiça. O controle de constitucionalidade, em síntese, torna-se o pretexto para o ativista introduzir alterações ao regime normativo.

3 NEOPOSITIVISMO E O PARADOXO DAS DECISÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCONSTITUCIONAIS

Do que até agora foi dito, é possível resumir-se o fenômeno do ativismo, seguindo a trilha aberta por Barroso⁴⁰, da seguinte forma: a) o ativismo apela para a aplicação da Constituição aos casos problemáticos, inclusive aqueles que não requerem o controle de constitucionalidade; b) a declaração de inconstitucionalidade do direito positivado em leis, nem sempre encontra criteriosa fundamentação jurídica; c) o ativismo judicial implica em imposição de condutas ou de abstenções. Tentemos uma análise do fenômeno objetivando demonstrá-lo em decisões do STF.

a) Como já se deu a entender, os juízes brasileiros encontraram ambiente propício para ampliarem suas margens de discricionariedade a pretexto de fazerem o controle de constitucionalidade do ordenamento legal: uma nova metodologia constitucional, que inclui os princípios fundamentais de cariz ético na categoria de normas jurídicas, os quais possuem a função de auxiliar na atividade de integração de normas; necessidade de diminuir-se as assimetrias entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, com especial ênfase no que toca à legislação do antigo regime; um estado de quase estagnação da atividade legislativa.

O controle de constitucionalidade não se dá unicamente por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e, ainda, Arguições de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF), as

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 6. Disponível em: <www.oab.br/editora/revista/users/revista/123506667014218181901.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2014.

quais entram na categoria do controle concentrado. Nosso sistema jurídico também permite o controle difuso, que se dará por meio de ações constitucionais ou mandamentais, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Há, portanto, diversas vias procedimentais pelas quais o STF estará autorizado a intervir para, de alguma forma, alterar os ditames da legislação. A propósito dessa inferência, numa crítica ao trabalho da Professora Thamy Pogrebinski, **Judicialização ou representação?**, Streck⁴¹ refere que o ativismo judicial não pode ser deduzido tão somente do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF: há imensa quantidade de ações sobre as quais a Suprema Corte exerce o controle difuso.

Embora o fenômeno da judicialização não se confunda com o do ativismo, como Streck acertadamente refere⁴², o fato é que a profusão de ações que aportam no STF, ao menos permite alguma licença para o ativismo por parte de seus magistrados. Ou, por outras palavras, a Corte colhe da oportunidade em que se indagam inconstitucionalidades para dar vazão a sua política criminal, inquinando de inconstitucionais normas de direito penal que, em verdade não careciam de aferição. Pior: há também a *normativização* realizada por aquele Tribunal.

b) Em seu livro **O que é isto – decido conforme minha consciência?**⁴³, Lenio Streck observa a tendência de nossos magistrados de deslocarem a solução do problema objeto das ações para o domínio da consciência, o que, a seu ver, pode ser traduzido como fenômeno de “predomínio da linguagem”, do “individualismo do sujeito que “constrói” o seu “*próprio objeto de conhecimento*”⁴⁴. Em realidade, os magistrados decidem externando solipsismos, ou seja, de suas decisões emanam mais os valores (ideológicos, políticos, morais) que o integram como pessoa, do que a objetividade jurídica plasmada na aplicação de regras de concretização do direito, bem como aqueles princípios extraídos de dogmas jurídicos. Assim, quando o magistrado ativista declara e impõe em sua decisão uma consequência jurídica às partes, fá-lo com base em suas próprias concepções que, por óbvio, podem não ser compartilhadas pelas pessoas que se vinculam ao *decisum*, menos, ainda, pela comunidade jurídica. A decisão arrimada em princípios fundamentais, v.g., é substantivada pela linha argumentativa que é peculiar ao órgão decisor, mas não necessariamente amoldável ao método jurídico. Examine-se um exemplo.

No *Habeas Corpus* 97256-STF, o Rel. Min. Ayres Britto, apoiando-se no princípio da individualização da pena, qualifica como inconstitucional a regra então contida no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006 (a qual não permitia a conversão da pena de reclusão por penas restritivas de direito para o que se convencionou identificar como tráfico privilegiado). Explica, de forma aceitável, o que é a individualização da pena, mas quebra, inexplicavelmente, seu raciocínio. Leiamos-lo:

O processo de individualização da pena (desenvolve-se) em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial, e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz, sentenciante o poder-dever de impor ao de-

⁴¹ STRECK, Lenio. O que é isto, o ativismo judicial em números. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788>. Acesso em: 08 jun. 2019.

⁴² *Idem*.

⁴³ STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 20.

linquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. (...) No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação de liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória⁴⁵.

O ex-ministro do STF inicia sua argumentação de forma correta. De fato, a individualização da pena se dá nos três momentos referidos. Mas comete um equívoco ao estabelecer uma quebra no desenvolvimento de sua argumentação – não se vê, a todas as luzes, um *continuum* de lógica jurídica em seu voto –, referindo que a lei comum não pode tolher a discricionariedade do magistrado sentenciante, que teria liberdade para escolher a pena que entender mais adequada ao caso concreto. Põe acento no princípio da discricionariedade judicial, que outorgaria a amplitude de escolhas entre os modelos de pena prescritos pelo direito penal. Mas não faz menção ao enunciado contido no art. 5º, LVI, da CR, onde se lê que “a lei regulará a individualização da pena”. Ora, a *ratio* do dispositivo constitucional é facilmente depreendida, uma vez que não contém indeterminações linguísticas ou jurídicas: a lei estabelecerá as condições para a individualização da pena. De acordo com isso, as opções político-criminais quanto às modalidades de penas e seu *quantum* mínimo e máximo, são feitas pelo legislador. É a ele que cabe, segundo o referido na Constituição, estabelecer os parâmetros ao nível geral e abstrato da lei. É partir da moldura penal que o juiz passará a individualizar a pena do réu, aplicando as operações prescritas no art. 59, do Código Penal. Não se pode falar, portanto, em discricionariedade para a escolha de pena não contemplada na lei. Diga-se, aliás, que a proposta de Ayres Britto não guarda consonância com o instituto da liberdade discricionária.

c) A constitucionalização de problemas que não careçam de controle de constitucionalidade, provocará efeitos no mundo jurídico. A reiteração da decisão de Ayres Britto, *v.g.*, culminou com a declaração de inconstitucionalidade do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006. E de forma subjacente, atribuiu-se um novo conteúdo normativo à individualização da pena, prescrita no art. 5º, LVI, CR. Mas as decisões do STF tendem a provocar maiores efeitos no ordenamento penal brasileiro.

Em sede de *habeas corpus*, cujo escopo é a garantia da liberdade física do cidadão, o STF inaugurou a discussão sobre a inconstitucionalidade das modalidades criminais do aborto⁴⁶. O Ministro Luís Roberto Barroso, exercendo o ativismo sobre o qual tratara em texto acadêmico, aborda amplamente os argumentos expendidos pelos impetrantes, entendendo que “a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade”. Na sequência, concorda com os argumentos dos impetrantes, afirmando que a criminalização do aborto viola

⁴⁵ STF. HC 97256. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 08 jun. 2019. Os destaques em negrito não estão no original.

⁴⁶ STF. HC 124.306/RJ. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

a autonomia da mulher; viola sua integridade física e psíquica; viola os direitos sexuais e reprodutivos (*sic*), enfatizando que “*O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos*”; viola a igualdade de gênero, já que “*Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida (sic), somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da manutenção ou não*”; importa em discriminação social, posto que mulheres pobres recorrerão a meios perigosos para a interrupção da gravidez; além, finalmente, de violar o princípio da proporcionalidade.

Barroso em momento algum de seu voto pondera o bem jurídico vida. Nem muito menos refere-se à extensão de proteção autorizada pela Constituição nem à política criminal dela derivada. Não consegue extrair um princípio de unidade (HESSE) do conjunto de bens jurídicos em conflito. Vai a tautologias e ingressa na (impossível) ideia de igualdade natural. Não consegue reunir argumentos jurídicos que, de fato, refiram que a criminalização do aborto é inconstitucional. Enfim, decide, como diria Streck, conforme sua consciência (bem como valores ideológicos e políticos).

Mais recentemente, o STF debruça-se sobre a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão 26, proposta pelo Partido Popular Socialista, que tem por objetivo “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia; e o Mandado de Injunção 4.733, proposto pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Já surgiram as primeiras pistas de que o STF determinará a criminalização das condutas de homofobia⁴⁷. Em sede da ADO, o Ministro Celso de Mello publicou seu voto, que atende ao pedido do PPS, ou seja, entendendo pertinente a inclusão da homofobia na lei de racismo. Desta feita, o STF atinge, de um golpe só, a matriz do Estado de direito, consistente na determinação constitucional da separação dos poderes, passando a *legislar* em matéria penal e o dogma da impossibilidade de aplicar analogia ao direito penal.

Em todos os exemplos mencionados – e em milhares de casos judicializados –, destaca-se a operosidade de nossa Corte Constitucional, que não se abstém de intervir em matérias que, *grosso modo*, dizem respeito ao Poder Legislativo, determinando, a pretexto do exercício do controle de constitucionalidade, a revogação e alteração legislativa, em decisões que não resistem a uma aturada análise lógico-jurídica. Pior. Atingem de chofre a própria organização constitucional sendo, a este propósito, decisões inconstitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A estrutura constitucional brasileira, entremeada pelas fontes que deram forma ao neoconstitucionalismo, a variedade de institutos de controle de constitucionalidade, agregado à conjuntura legislativa e político-criminal, tem possibilitado o ativismo de nossos magistrados. Não apenas pelos integrantes de primeiro grau, mas, também, por aqueles das Cortes Superiores.

No que se refere especificamente ao ativismo do STF, as consequências parecem ser mais drásticas. Isto porque, à luz do método jurídico, instaura-se uma nova

⁴⁷ STF. Plenário do STF retoma julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar atos de homofobia. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403970>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

modalidade de positivismo. Se antes as concretizações das normas jurídicas pelo juiz em suas decisões estavam delimitadas pela lei, com o ativismo a norma concretizada extravasará das margens legais. Vê-se não só a invalidação de normas legais por meio do controle de constitucionalidade, como, também, a criação de um *tertium genus* normativo: aquele determinado pelo STF, o qual vincula o mundo jurídico brasileiro. A reiteração de decisões sobre a individualização da pena no caso do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em que se preconizava a possibilidade de aplicação de pena restritiva de direito no lugar de pena de reclusão, culminou com a Resolução 5/2012, do Senado, determinando a revogação daquela regra. Mais recentemente, prenuncia-se a possibilidade de o STF criminalizar as condutas relacionadas com a homofobia.

Para além desse *neopositivismo*, constata-se um curioso fenômeno: o controle de constitucionalidade realizado por nossa corte maior, traduzindo-se, inicialmente, na atividade de competência própria, é, em boa verdade, a efetivação de uma série de atos inconstitucionais. À partida, percebe-se a fragilidade na argumentação jurídica. Decisões estão arrimadas em princípios fundamentais, que não são arguidos com a finalidade de dissolução de conflitos, para darem pretensa consistência às determinações contidas nos atos decisórios. Afloram conteúdos principiológicos maculados pelo solipsismo, de maneira que, na prática, pode dizer-se que se trata de decisões sem fundamentação, o que a teor do enunciado contido no art. 93, IX, CR, configuraria inconstitucionalidade.

Mais que isso, também não é demais lembrar que o ativismo, mesmo que levado a efeito com bons propósitos de contornar a apatia legislativa, atinge a estrutura fundamental do Estado brasileiro, seja porque rompe com o dogma da separação de funções, seja porque, como consequência disso, compromete nossas bases democráticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. ao espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título original: **Theorie der Grundrechte**.

BRASIL. **Estatuto da AJD**. Disponível em: <http://ajd.org.br/quem_somos_estatuto.php>. Acesso em: 5 abr. 2017.

CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo. Ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1991.

COSTA, Joaquín. **A ignorância do direito**. Tradução de Isaac Sabbá Guimarães. Curitiba: Juruá, 2008, *maxime*, capítulos II e III. Título original: **La ignorancia del derecho**.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. Tradução ao português de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes. Título original: **Force de loi**.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal. Parte geral**. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007. t. I.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução ao português de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: **Law's empire**.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Tradução ao português de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. Título original: **Einführung in das Juristische Denken**.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução ao português de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70. Título original: **Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründ der Rechtslehre**.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: **General theory of law and state**.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução ao português de João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1984. Título original: **Reine Rechtslehre**.

LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Tradução ao português de Manuel Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978. Título original: **Introducción al derecho**.

LYRA FILHO, Roberto. Desordem e processo: um posfácio explicativo. *In*: LYRA, Dereodó Araújo (Org.). **Desordem e processo**: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 1986.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. *In*: NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 1.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. rev. e ampl. Tradução ao português de Cabral de Moncada. Coimbra: Armenio Amado, 1997. Título original: **Rechtsphilosophie**.

RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional**: Constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Aspectos sobre a intencionalidade do direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 96, v. 862, p. 69-92, ago. 2007.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade**: o direito achado na rua. Experiências populares emancipatórias de criação de direito. Tese doutoral defendida na UnB, 2008. Disponível em: <https://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2013/02/TESE_2008_JoseGeraldoSJunior.pdf>.

Acesso em: 02 jun. 2019.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança pública e prisão preventiva no Estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STF. Plenário do STF retoma julgamento sobre omissão legislativa em criminalizar atos de homofobia. **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403970>>. Acesso em: 08 jun.2019.

STF. **HC 124.306/RJ**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

STF. **HC 97256**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

STRECK, Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio. O que é isto, o ativismo judicial em números. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788>. Acesso em: 08 jun. 2019.

TOMÁS DE AQUINO. **Verdade e conhecimento**. Trad. de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.