

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

ISADORA FERREIRA NEVES

**AS TRÊS PERGUNTAS FUNDAMENTAIS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO
DIREITO: a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder
Judiciário no Brasil**

**São Leopoldo
2022**

ISADORA FERREIRA NEVES

**AS TRÊS PERGUNTAS FUNDAMENTAIS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO
DIREITO: a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder
Judiciário no Brasil**

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Área de concentração: Direito público

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2022

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**AS TRÊS PERGUNTAS FUNDAMENTAIS DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil**”, elaborada pela doutoranda **Isadora Ferreira Neves**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 29 de março de 2022.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Fausto Santos de Moraes _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Ziel Ferreira Lopes _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Luã Nogueira Jung _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Clarissa Tassinari _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Em memória de Luiz Fernando Cardeal de Souza.

AGRADECIMENTOS

Essa tese conta uma história que não é mais somente minha, pertencendo também a todos que estiveram comigo, cada um à sua maneira, para fazer com que eu encontrasse pedaços meus que nem eu mesma conhecia. Obrigada. Hoje, com a tese em mãos, tenho a prova de que a minha determinação foi capaz de vencer os muitos obstáculos. Por terem participado da minha coleção de belas memórias vividas, agradeço:

aos meus pais, Maria Célia e Edmilson, por não medirem esforços em dar o melhor de si para que os meus sonhos virassem realidade;

a Capitu, por ter sido minha companhia nos melhores e nos piores momentos;

ao professor Lenio Streck, meu orientador, por - direta e indiretamente - ter mudado o curso da minha história;

a Clarissa, por ter criado um ambiente de relações mútuas e verdadeiras, pela confiança, aprendizado, amizade inabalável e por tudo que hoje eu sou;

a Felipe Araújo, por estar comigo em cada palavra aqui escrita e por ter me visto com os seus olhos quando a ansiedade cegava os meus;

a Ziel Ferreira Lopes, Giancarlo Copelli, Gabriele Zini e Victor Conselvan por terem me oferecido a colaboração fundamental para o engrandecimento do meu texto. Esse espaço limitado é pequeno para expressar a infinita gratidão que eu tenho pelo suporte de vocês;

a Evelim Hanna, o ser humano mais incrível que eu já pude conhecer, por ter sido a base que permitiu que tudo acontecesse;

a Priscila Cerqueira, por me ouvir e me acolher, sendo a minha certeza de que nunca estarei só;

a Felipe Mello, pela amizade sincera e pela boa companhia;

à família Tassinari, por terem me acolhido com tanto carinho;

aos amigos Kelly Barbosa, Raysa Alves, Carlos Eduardo Alban, Danilo Lima, Daiane Moura, Jéssica Cristianetti, Rogério de Carvalho, Mateus Abreu, Thaís Gracia, Karina Fernandes, Willame Mazza, Fernando Hoffman e todos os outros amigos que fiz no PPGD Unisinos, por compartilharem comigo essa história em todas as suas angústias e realizações;

ao *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos, pela oportunidade de crescimento e aprendizado;

aos professores do PPGD Unisinos, por tanto contribuírem para o meu desenvolvimento acadêmico;

aos funcionários da Unisinos, à equipe da Secretaria do PPGD e da Biblioteca da Unisinos, por terem dado todo o suporte que um aluno pode precisar;

aos profissionais que cuidaram da minha saúde física e mental no período do doutorado, por terem formado e sustentado o ser humano que foi capaz de chegar até aqui: Cristiane Bohn, Greice Gonçalves, Marcelo Zitzke, Thaís Freire;

aos professores de dança Drack Nascimento, Juliana Fernandes, Douglas Caresia e Karol Kechinski e a todos os colegas da Passo a Passo Escola de Dança por terem me revelado uma grande paixão;

a Pâmela Pitágoras e Marluccio Lopes, por serem parte inseparável da minha história;

a João Daniel, por, ao dividir sua história comigo, trazer à tona o meu melhor;

a Aline Barreto, pelas inspirações literárias que tanto contribuem para a beleza da minha escrita;

à professora Luciana Cavalheiro pelo carinho, afeto, acolhida, exemplo, inspiração e aprendizado e aos colegas da turma de Francês no Unilínguas por terem tornado felizes os meus sábados longe de casa;

a Camila Rocha, Carol Dantas, Ingrid Bárbara, Juliana Brito, Priscila Seara, e Tâmara Esteves por me confortarem nos momentos difíceis e por encherem meu coração de alegria;

aos meus tios Dora e Argemiro, por me receberem como uma filha e por torcerem pelos meus sonhos. A Mariana e Gabriela, por serem o meu amor incondicional. A Tia Bel, pelo afeto inesgotável. A Brayane Neves, por tanto se orgulhar de mim. A Ana Luz, pelo grato reencontro. Às famílias Neves e Bispo, por absolutamente tudo que eu sou e que valorizo;

a Cristina Adry e todos os colegas da Faculdade de Ilhéus por terem formado o melhor ambiente possível para que eu pudesse descobrir o amor pela minha profissão;

aos meus alunos, por serem a razão por trás tudo que eu faço;

por fim, agradeço a todos que iluminaram de alguma forma essa jornada.

“Sou como rês desgarrada
Nessa multidão boiada caminhando a esmo”.

Dominguinhos e Gilberto Gil

“Minhas raízes estão no ar
Minha casa é qualquer lugar
Se depender de mim, eu vou até o fim”

Humberto Gessinger

RESUMO

A tese tematiza o potencial normativo que justifica a aplicabilidade das três perguntas fundamentais formuladas pela Crítica Hermenêutica do Direito, são elas: há direito fundamental com exigibilidade (primeira pergunta)?; o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado (segunda pergunta)?; há transferência ilegal/inconstitucional de recursos que fere a igualdade/isonomia (terceira pergunta)? A partir dessas perguntas, se procede a investigação dos fundamentos da sua aplicabilidade a partir dos seguintes eixos: uma Teoria da Decisão que situa as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito como critérios para uma resposta constitucionalmente adequada; uma Teoria da Constituição que permite afirmar a exigibilidade de direitos constitucionais a prestações em face do Estado; uma Teoria do Estado que discute os desafios à universalização de direitos em países de modernidade tardia; uma Teoria da Justiça que ofereça parâmetros de igualdade para a alocação dos recursos orçamentários. Esses eixos teóricos compõem o lastro normativo que fundamenta as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, fornecendo elementos para que se estabeleçam limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil. A partir desses pontos, a tese conclui que a exigibilidade de direitos fundamentais, a partir de uma Teoria da Constituição, tem fundamento na legalidade constitucional; a possibilidade de universalização desses direitos passa por uma Teoria do Estado que coloca a universalização como exigência do princípio republicano; a pergunta pela igualdade e isonomia na alocação de recursos, a partir de uma Teoria da Justiça, estabelece um fundamento de princípio para a destinação do orçamento público. A partir desse balanço, o trabalho analisa os casos notórios do STF em sede de direitos sociais entre 2018 e 2021 à luz das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, colhendo resultados que evidenciam a necessidade de enfrentamento do ativismo judicial no Brasil por parte da doutrina jurídica, sob pena de que sejam colocados em risco os pressupostos democráticos de análise do Direito.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Crítica Hermenêutica do Direito. Perguntas fundamentais.

ABSTRACT

The thesis discusses the normative potential that justifies the applicability of the three fundamental questions formulated by the Hermeneutic Critique of Law: is there a fundamental right with enforceability (first question)? can the fulfillment of this request be universalized in similar situations (second question)? Is there an illegal/unconstitutional transfer of resources that hurts equality/isonomy (third question)? From these questions, the investigation of the foundations of its applicability proceeds from the following axes: a Theory of Decision that places the three fundamental questions of the Hermeneutic Critique of Law as criteria for a constitutionally adequate answer; a Theory of the Constitution that makes it possible to affirm the enforceability of constitutional rights to benefits vis-à-vis the State; a Theory of the State that discusses the challenges to the universalization of rights in countries of late modernity; a Theory of Justice that offers parameters of equality for the allocation of budgetary resources. These theoretical axes compose the normative ballast that underlies the three fundamental questions of the Hermeneutic Critique of Law, providing elements for establishing limits to the Judiciary's performance in Brazil. From these points, the thesis concludes that the enforceability of fundamental rights, based on a Constitutional Theory, is based on constitutional legality; the possibility of universalization of these rights passes through a State Theory that places universalization as a requirement of the republican principle; the question of equality and isonomy in the allocation of resources, based on a Theory of Justice, establishes a principle foundation for the allocation of the public budget. From this balance, the work analyzes the notorious cases of the STF in terms of social rights between 2018 and 2021 in the light of the three fundamental questions of the Hermeneutic Critique of Law, collecting results that show the need to face judicial activism in Brazil by the legal doctrine, under penalty of putting at risk the democratic presuppositions of law analysis.

Key-words: Judicial activism. Hermeneutic Critique of Law. Fundamental questions.

RESUMEN

La tesis discute el potencial normativo que justifica la aplicabilidad de las tres preguntas fundamentales formuladas por la Crítica Hermenéutica del Derecho, ellas son: ¿existe un derecho fundamental con exigibilidad (primera pregunta)? ¿puede universalizarse el cumplimiento de este pedido, en situaciones similares (segunda pregunta)? ¿Existe una transferencia de recursos ilegal/inconstitucional que lesiona la igualdad/isonomía (tercera pregunta)? A partir de estos interrogantes, la indagación sobre los fundamentos de su aplicabilidad parte de los siguientes ejes: una Teoría de la Decisión que sitúa las tres cuestiones fundamentales de la Crítica Hermenéutica del Derecho como criterios para una respuesta constitucionalmente adecuada; una Teoría de la Constitución que permita afirmar la exigibilidad de los derechos constitucionales a las prestaciones frente al Estado; una Teoría del Estado que discute los desafíos a la universalización de derechos en los países de la modernidad tardía; una Teoría de la Justicia que ofrezca parámetros de igualdad para la asignación de los recursos presupuestarios. Estos ejes teóricos componen el lastre normativo que subyace a las tres cuestiones fundamentales de la Hermenéutica Crítica del Derecho, proporcionando elementos para establecer límites a la actuación del Poder Judicial en Brasil. A partir de estos puntos, la tesis concluye que la exigibilidad de los derechos fundamentales, basada en una Teoría de la Constitución, se fundamenta en la legalidad constitucional; la posibilidad de universalización de estos derechos pasa por una Teoría de Estado que sitúa la universalización como requisito del principio republicano; la cuestión de la igualdad e isonomía en la asignación de recursos, basada en una Teoría de la Justicia, establece un fundamento de principio para la asignación del presupuesto público. A partir de ese balance, el trabajo analiza los notorios casos del STF en materia de derechos sociales entre 2018 y 2021 a la luz de las tres cuestiones fundamentales de la Hermenéutica Crítica del Derecho, recogiendo resultados que muestran la necesidad de enfrentar el activismo judicial en Brasil por la doctrina jurídica, so pena de poner en riesgo los presupuestos democráticos del análisis del derecho.

Palabras clave: Activismo judicial. Crítica hermenéutica del derecho. Preguntas fundamentales.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CF/88	Constituição Federal de 1988
CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	15
2. A CONTRIBUIÇÃO DAS TRÊS PERGUNTAS FUNDAMENTAIS PARA AS BASES DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO...26	26
2.1. As três perguntas fundamentais como elementos de distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.....27	27
2.2. As três perguntas fundamentais e o problema da discricionariedade judicial.....42	42
2.3. As três perguntas fundamentais enquanto lastro para uma teoria da decisão judicial na CHD.....55	55
3. EXIGIBILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: UMA PERGUNTA DE TEORIA DA CONSTITUIÇÃO	63
3.1. Direitos fundamentais e exigibilidade: uma questão normativa	65
3.2. Direitos fundamentais a prestações: definindo o universo pesquisado .80	80
3.3. Direitos fundamentais e resposta constitucionalmente adequada: o problema das escolhas trágicas.....88	88
3.4. Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: democracia e contramajoritarismo.....99	99
4. UNIVERSALIZAÇÃO DE DIREITOS E O PRINCÍPIO REPUBLICANO: UMA PERGUNTA DE TEORIA DO ESTADO	115
4.1. A universalização como uma questão para o Estado: o papel do Estado na concretização de direitos	117
4.2. A universalização como um problema republicano: o ativismo judicial e a criação de um grupo de privilegiados.....128	128
4.3. A universalização como um problema institucional: direitos fundamentais e políticas públicas	137

5. ALOCAÇÃO DE RECURSOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE/ISONOMIA: UMA PERGUNTA DE TEORIA DA JUSTIÇA	144
5.1. A alocação de recursos como um problema de justiça: a igualdade/isonomia como fundamento do orçamento republicano	146
5.2. A alocação de recursos como um problema de arquitetura constitucional: a questão da vinculação do orçamento pela Constituição.....	158
5.3 A alocação de recursos e a concretização do princípio da igualdade/isonomia no plano orçamentário: os limites do Poder Judiciário ..	169
6. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: ANÁLISE DE CASOS À LUZ DAS TRÊS PERGUNTAS	177
6.1. As três perguntas fundamentais na jurisprudência: análise dos casos notórios do Supremo Tribunal Federal	179
6.2. Resultados da análise de casos.....	209
6.3. A resistência hermenêutica pela CHD: por que precisamos falar sobre ativismo judicial	213
7. CONCLUSÃO	220
REFERÊNCIAS.....	234
ANEXO A.....	251
ANEXO B	252

1. INTRODUÇÃO

“Não se fazem experiências sem a atividade do perguntar”.

Hans-Georg Gadamer¹

A dúvida é tradicionalmente uma fonte de angústia. Bentinho, o Dom Casmurro de Machado de Assis, teve “a alma lacerada”² pela dúvida acerca do adultério de Capitu, tema de um dos maiores romances da nossa literatura. Em determinado ponto, o personagem desabafa: “palavra puxa palavra, falei de outras dúvidas. Eu era então um poço delas; coaxavam dentro de mim, como verdadeiras rãs, a ponto de me tirarem o sono [...]”.³

Essa dúvida não é sanada por Machado, que deixa a questão da culpa ou inocência da sua heroína para a decisão do leitor⁴. Uma pesquisa mais aprofundada sobre o romance, contudo, revela que nem sempre foi essa a interpretação dominante. Embora Dom Casmurro tenha sido publicado em 1900, durante os sessenta anos que se seguiram à sua publicação, a crítica convenceu-se da retórica do ardiloso narrador machadiano⁵, mencionando Capitu como a heroína culpada.

Apenas a partir de 1960, um estudo de Helen Caldwell promove uma reviravolta nos estudos machadianos, lançando luzes, pela primeira vez, sobre as especificidades da fala do seu narrador. No livro “Otelo brasileiro de Machado de Assis: um estudo de Dom Casmurro”, a autora expõe as agendas implícitas no discurso do narrador Bento Santiago, denunciando o monopólio do discurso por parte da personagem masculina. O que diferencia a leitura de Helen Caldwell das anteriores é o fato de que ela formula perguntas até então ignoradas pelos críticos de Machado de Assis, tais como: “a heroína é, de fato, culpada de adultério?”, e ainda, “por que o romance é escrito de tal forma a deixar a questão da culpa ou inocência da heroína para a decisão do leitor?”.⁶

¹ GADAMER, H.-G. G. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 534.

² ASSIS, M. de. Dom Casmurro. In: OBRAS COMPLETAS DE MACHADO DE ASSIS I: ROMANCES COMPLETOS (EDIÇÃO DEFINITIVA). [S. l.]: E-book, 2015. p. 1462.

³ *Ibid.*, p. 1414.

⁴ CALDWELL, H. **Otelo brasileiro de Machado de Assis**: um estudo de Dom Casmurro. 2. ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2008. p. 13.

⁵ DIEGO, M. O Hamlet brasileiro de Machado de Assis. **Remate de males**, Campinas, v. 39, n. 2, p. 741–767, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.20396/remate.v39i2.8655531p.754-755>.

⁶ CALDWELL, 2008, p. 13.

Essa situação ilustra um sentimento comum ao pesquisador no seu trabalho, visto que o vasto repertório de dúvidas é natural no início de qualquer pesquisa. Não por acaso, essa angústia se traduz na forma de um problema de pesquisa, ou seja, de uma pergunta a ser respondida. A virada hermenêutica que a pesquisadora Helen Caldwell promoveu ao lançar dúvidas até então ignoradas a respeito do adultério em Dom Casmurro pode demonstrar que a pergunta possui uma “primazia hermenêutica”⁷, isto é, a partir do ato de perguntar o sujeito se lança à experiência em direção a uma resposta.

Gadamer, ao tratar dessa “primazia hermenêutica da pergunta”, acrescenta que o sentido da pergunta orienta o interrogado a uma determinada perspectiva⁸. Com isso, ao mesmo tempo em que a colocação de uma pergunta pressupõe a abertura de possibilidades, ela também fixa pressupostos que limitam essas possibilidades à circunscrição de um horizonte⁹.

No Brasil, várias indagações foram impulsionadas pela crise institucional com a qual o país se depara, passados mais de trinta anos da promulgação da sua Constituição. A crescente tensão nas relações entre os poderes desperta reflexões sobre o papel da jurisdição constitucional no país em face dos graves problemas estruturais e, além disso, sobre parâmetros para uma atuação judicial adequada ao seu enfrentamento¹⁰. Utilizando como matriz teórica a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), uma indagação a mais se coloca: nesse cenário, como não confundir a judicialização da política com o ativismo judicial?

Na tese, o horizonte que se abre a partir desse questionamento tem como condição de possibilidade as três perguntas fundamentais formuladas pela Crítica Hermenêutica do Direito: i) há direito fundamental com exigibilidade?; ii) o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, isto é, concedido às demais pessoas?; iii) para atender aquele direito, a alocação de recursos fere a igualdade e a isonomia?¹¹ Com essas três perguntas, se revela o aparato teórico e normativo que constitui o propósito da pesquisa.

⁷ GADAMER, 1999, p. 533.

⁸ *Ibid.*, p. 534.

⁹ *Ibid.*, p. 536.

¹⁰ STRECK, L. L. Os 30 anos da Constituição: o papel do direito e da jurisdição constitucional.

Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), Fortaleza, v. 18, n. 27, p. 91–109, 2020f. Disponível em: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v18i27.p91-109.2020p.91>.

¹¹ STRECK, L. L. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020b. p. 394.

Por consequência, o tema da tese é o potencial normativo que justifica a sua aplicabilidade. Como se pode perceber, a origem da definição do tema remete às leituras realizadas durante o curso de Mestrado e seminários de qualificação do Doutorado, bem como aos trabalhos acadêmicos que compõe essa trajetória, em que se percebeu a necessidade de explorar a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política como ponto que deflagra o debate a respeito dos limites à atuação do Poder Judiciário quanto à efetivação de direitos fundamentais. A pesquisa se insere, portanto, no âmbito dos estudos sobre hermenêutica jurídica, teoria da decisão judicial e o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos, que fazem parte da linha pesquisa “Hermenêutica, constituição e concretização de direitos” junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.

Nessa perspectiva, essa pesquisa se mostra completamente inserida no âmbito das preocupações que circundam a linha de pesquisa adotada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. A tese é, portanto, um aprofundamento das leituras e reflexões propostas no curso de Mestrado e dos seminários de qualificação de Doutorado realizados ao longo da trajetória acadêmica nessa instituição.

Como egressa do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos, a decisão de dar continuidade ao estudo neste mesmo ambiente acadêmico advém do referencial teórico crítico que serve como teoria de base para a tese: a Crítica Hermenêutica do Direito, matriz teórica fundada por Lenio Streck após décadas de pesquisa no Direito, sob os aportes teóricos das filosofias heideggeriana e gadameriana, bem como do projeto teórico dworkiniano. A partir desse referencial, emerge a relevância de aprofundar o debate sobre o ativismo judicial e judicialização da política no Brasil, trazendo uma abordagem crítica que se destaca em comparação aos modelos de enfrentamento tradicionalmente reproduzidos no ensino jurídico brasileiro sobre a questão do ativismo judicial.

Nessa linha, a tese discute o conjunto de elementos teóricos e normativos que fundam as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito e de que forma elas possibilitam o aprofundamento da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, compondo um novo olhar a respeito do tema. Em outras palavras, problematiza-se: como se fundamenta a aplicabilidade das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito?

Para os fins da tese, se compreende por aplicabilidade um potencial normativo que se desenvolve para além da capacidade de produzir efeitos jurídicos¹², mas que é também proporcionado por perspectivas teóricas que alcançam status normativo ao evidenciar o problema da aplicação da norma, propondo soluções para o seu enfrentamento¹³. Para isso, se investiga o lastro teórico e normativo da aplicabilidade das três perguntas e, conseqüentemente, a sua capacidade de funcionar como critérios – uma espécie de filtro hermenêutico objetivo – para a limitação da atuação judicial de forma legítima.

Trata-se, portanto, de pesquisar a abrangência de um lastro normativo que possa reforçar a obrigatoriedade de se levar em conta os critérios levantados pelas três perguntas fundamentais da CHD, considerando não somente o dever imediato que exsurge dos direitos e garantias fundamentais em virtude da previsão expressa do art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988. Para além disso, busca-se compreender a força normativa dos princípios que estão associados a essas perguntas e que possuem a capacidade de produzir um “fechamento interpretativo” no Direito¹⁴.

Nesse sentido, alguns alertas introdutórios precisam ser feitos. Para conduzir a pesquisa, aqui se adota a ideia de princípios como introdução do mundo prático no Direito, o que significa que eles “acontecem” (no sentido hermenêutico) sempre em situações concretas, do que decorre a impossibilidade de hierarquizar a aplicação dos princípios a partir de critérios *prima facie*¹⁵. Além disso, a tese adota como premissa o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídico-constitucionais que proporciona a institucionalização do dever para o juiz de decidir de forma adequada¹⁶.

A normatividade dos princípios é retirada do seu conteúdo presente na convivência intersubjetiva emanada dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Incorporando os pressupostos de Dworkin¹⁷, a Crítica Hermenêutica do Direito reconhece, assim, a obrigatoriedade dos princípios e o fato de que devem ser

¹² SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 13.

¹³ STRECK, 2020b, p. 59.

¹⁴ *Ibid.*, p. 70.

¹⁵ STRECK, L. L. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017c. p. 261.

¹⁶ STRECK, 2020b, p. 374.

¹⁷ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 59.

considerados, no seu conjunto, no alcance de uma resposta adequada nas decisões judiciais.

Daí a ideia de um “fechamento interpretativo”: uma vez que sejam devidamente interpretados, os princípios com efetiva carga normativa promovem uma blindagem hermenêutica contra a discricionariedade judicial¹⁸, cerne do problema do ativismo judicial. Por esse paradigma, a legitimidade de uma decisão judicial é aferida pela demonstração de um princípio que institui a regra/norma por ela concretizada¹⁹.

Esses conceitos estabelecem o caminho pelo qual será trilhada a tese, uma vez que, ao problematizar os pressupostos teóricos que fundam as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, são desvelados os princípios que dão sentido à sua existência.

Ainda, embora não seja o objetivo da tese restringir o âmbito das pesquisas possíveis sobre a aplicação das três perguntas fundamentais como critérios para verificar a ocorrência do ativismo judicial, é importante uma delimitação que defina o universo pesquisado. Nesse sentido, as discussões estão centralizadas no seguinte recorte: a análise de direitos sociais a prestações, o que movimenta o debate em torno do papel do Estado. Essa escolha metodológica determina a estrutura do trabalho, reconhecendo as suas limitações em abranger a totalidade das implicações possíveis do tema, motivo pelo qual se optou por discuti-lo do ponto de vista dos limites da atuação do Poder Judiciário nas decisões sobre direitos fundamentais que provocam o agir estatal.

A delimitação em torno de direitos fundamentais se dá em razão da forma como é colocada a primeira pergunta fundamental por Lenio Streck²⁰, que indaga a existência de um direito fundamental com exigibilidade, ocasião em que se denota a propriedade das três perguntas fundamentais para organizar o debate em torno da concretização de direitos fundamentais por via judicial. A escolha da abordagem em torno dos direitos fundamentais sociais, por sua vez, se justifica em vista do destaque que esses direitos assumem para a discussão sobre o ativismo judicial e a judicialização da política.

Isso ocorre porque os direitos sociais de caráter prestacional decorrem de um modelo de Estado mediante o qual o Direito impõe ações em direção a determinados

¹⁸ STRECK, 2020b, p. 374.

¹⁹ STRECK, 2017c, p. 583.

²⁰ STRECK, 2020b, p. 394.

objetivos, que assumem a posição de direitos subjetivos por parte dos cidadãos. Nesse contexto, esses direitos se tornam centrais para a construção de critérios que limitam a atuação judicial e, conseqüentemente, torna mais nítida a fronteira entre o ativismo judicial (enquanto instrumentalização do Direito à vontade do intérprete) e a judicialização da política (enquanto fenômeno contingencial no qual o Judiciário é levado a efetivar direitos constitucionalmente previstos). Na construção desses limites é que se concentra o projeto teórico por trás das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, objeto da pesquisa.

Tal delimitação encontra respaldo em produção recente de Lenio Streck em que o autor afirmou as três perguntas fundamentais da CHD enquanto critérios voltados ao debate em torno de direitos de caráter prestacional, na medida em que são “condição para o enfrentamento crítico-reflexivo do debate sobre a prestação pública em sede de direitos sociais (ou dos limites da atividade jurisdicional em relação aos direitos de caráter prestacional)”.²¹

Ainda que se considere esse recorte, o debate não deixaria de ser complexo por envolver múltiplas questões, o que torna necessária uma estrutura teórica que organize a pesquisa. Na esteira de Gadamer, antes de querer dizer algo sobre um texto, deves deixar que o texto te diga algo²², o que conduz a tese a encontrar sua estrutura na própria colocação das três perguntas fundamentais, com o aprofundamento do que cada uma delas se propõe a discutir.

A tese será, então, delimitada a partir de uma estrutura que considera: a) uma Teoria da Decisão que situa as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito como critérios para uma resposta constitucionalmente adequada; b) uma Teoria da Constituição que permita afirmar a exigibilidade de direitos constitucionais a prestações em face do Estado; c) uma Teoria do Estado que discuta os desafios à universalização de direitos em países de modernidade tardia; d) uma Teoria da Justiça que ofereça parâmetros de igualdade para a alocação dos recursos orçamentários.

O primeiro capítulo tem o objetivo de situar as três perguntas fundamentais na Crítica Hermenêutica do Direito, discutindo o seu papel para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição. Para isso, a tese se utiliza da Teoria da Decisão

²¹ STRECK, L. L. Todos os brasileiros pais solteiros ganharão 180 dias de licença paternidade ? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2021b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-25/senso-incomum-todos-pais-solteiros-ganharao-180-dias-licenca-paternidade>

²² GADAMER, 1999, p. 405.

proposta por Lenio Streck que permite identificar as três perguntas fundamentais como critérios imprescindíveis à análise da atuação do Poder Judiciário no Brasil, por funcionarem como elementos de distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política, relacionando o problema do ativismo com a discricionariedade judicial, cerne do ativismo judicial no plano hermenêutico.

Em seguida, o segundo capítulo aborda a primeira pergunta fundamental da CHD a partir de um debate de Teoria da Constituição, no qual discute o caráter exigível dos direitos fundamentais sociais a prestações e, conseqüentemente, a sua normatividade constitucional. Isso porque a exigibilidade desses direitos tem o papel de conferir legitimidade à intervenção judicial para a sua efetivação o que, conseqüentemente, cria o primeiro passo para aferir a ocorrência do ativismo judicial uma vez que, se não há direito fundamental exigível, o seu deferimento significa a criação do direito por via judicial.

Nesse capítulo a tese pretende delimitar o seu universo de pesquisa em torno dos direitos fundamentais sociais a prestações, apresentando a exigibilidade desses direitos em três perspectivas. Primeiramente enquanto uma questão normativa, o caráter exigível dos direitos fundamentais será abordado em face da força normativa da Constituição que, em consonância com a noção de Estado de Direito, projeta um Estado guiado pela legalidade constitucional. Nesse panorama, a tese pretende explicitar a conexão entre o princípio da legalidade e a noção de exigibilidade presente na primeira pergunta fundamental, o que permite a afirmação do seu potencial normativo. Nesse contexto, a tese irá abordar o sentido dos direitos fundamentais sociais a prestações, enfrentando o dualismo metodológico para, a partir de fundamentos de Teoria da Constituição, pensar a concretização de direitos fundamentais em consonância com o paradigma hermenêutico tratado no capítulo anterior.

A segunda perspectiva objetiva enfrentar os desafios em reafirmar a exigibilidade de direitos fundamentais em nível hermenêutico diante do problema das escolhas trágicas, ou seja, como oferecer respostas constitucionalmente adequadas diante de escolhas trágicas que evidenciam os problemas do consequencialismo para o Direito. Num terceiro momento, a primeira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito servirá de base para debater os pressupostos democráticos de atuação da jurisdição constitucional, investigando os contornos que o papel contramajoritário das cortes constitucionais diante do problema do ativismo judicial.

O terceiro capítulo da tese será orientado pela segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito que indaga a possibilidade de se universalizar o atendimento ao pedido, isto é, conceder às demais pessoas na mesma situação. Nesse sentido, a tese pretende investigar o vínculo entre o fundamento principiológico republicano e a vedação à criação de privilégios deferidos pelo Poder Judiciário e custeados pelo Estado. O terceiro capítulo tem como objetivo, portanto, explorar as consequências da concessão de prestações por via judicial relativas a direitos sociais a partir de uma Teoria do Estado que problematize os limites do Estado quanto à universalização de direitos.

Nesse panorama, a segunda pergunta fundamental se desdobra nos seguintes objetivos: problematizar o papel do Estado na concretização de direitos sociais a prestações; compreender a possibilidade de universalização desses direitos sob o ponto de vista do princípio republicano em face do problema de se criar de um grupo de privilegiados pela concessão de prestações estatais por via judicial; num terceiro momento, a possibilidade de universalização será apresentada sob o ponto de vista institucional, problematizando papel institucional do Poder Judiciário quanto às políticas públicas necessárias para a efetivação de direitos fundamentais.

Na sequência, a terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito dá espaço a uma discussão de Teoria da Justiça, ao indagar o significado de igualdade e isonomia na alocação de recursos para a efetivação de direitos fundamentais. Essa pergunta deflagra uma discussão sobre os desafios da ação estatal no empenho de recursos para a efetivação de direitos fundamentais.

Na medida em que decisões judiciais podem promover impacto no orçamento público e direcionar a escolha de prioridades para a aplicação de recursos públicos limitados, se torna necessária a análise da legitimidade da atuação do Poder Judiciário ao tutelar direitos sociais, bem como da sua cobertura financeira e orçamentária²³. Nesse contexto, o quarto capítulo discute os problemas de justiça que envolvem a alocação de recursos, se utilizando de uma Teoria da Justiça que possa oferecer fundamentos de igualdade e isonomia que direcionam o orçamento republicano, passando pelas questões decorrentes das vinculações constitucionais ao orçamento que determinam o espaço (ou a ausência dele) reservado à definição política dos

²³ WANG, D. W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539–568, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s1808-24322008000200009p.540>.

gastos públicos para, por fim, projetar os desafios à concretização do princípio da igualdade no plano orçamentário no Brasil e os limites do Poder Judiciário no enfrentamento dessas questões.

Por fim, o quinto capítulo da tese se dedica ao objetivo de trazer o problema de pesquisa para o plano jurisprudencial por meio da análise de casos à luz das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito. A aplicação dessas perguntas pretende demonstrar o exercício hermenêutico que envolve a aplicação das três perguntas que, a partir das discussões nos tópicos anteriores, se pautam por questões de princípio: o princípio da legalidade quando se pergunta pela exigibilidade do direito; o princípio republicano quando se pergunta por sua universalização e o princípio da igualdade que envolve a alocação de recursos.

Nesse sentido, o quinto capítulo pretende analisar os casos notórios do Supremo Tribunal Federal que trataram de direitos sociais a prestações à luz das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito e apresentar graficamente esses resultados para, por fim, valendo-se das informações levantadas, discutir o problema do ativismo judicial no Brasil sob a perspectiva jurisprudencial.

É importante ressaltar que essa é uma divisão analítica, visto que as questões levantadas pelas três perguntas se conectam e dialogam entre si. A divisão dos objetivos específicos da tese, que se manifestam na estrutura dos seus capítulos e tópicos, deve ser vista em conjunto, de modo que a sua divisão não deixa de reconhecer as conexões possíveis entre as perguntas colocadas, pelo contrário, a estrutura metodológica se presta à visualização de ênfases diante de um todo integrado.

Assim, a tese propõe uma investigação pelo “método” de abordagem fenomenológico-hermenêutico, que possui amparo nas obras filosóficas de Martin Heidegger e com as contribuições do filósofo Hans-Georg Gadamer. A utilização da expressão “método” entre aspas denota um modo de filosofar, posto que a fenomenologia hermenêutica não se mostra compatível com a ideia de método acabado e definitivo, estando mais relacionado a uma base epistemológica.

O ponto central da adoção desta base epistemológica consiste na ruptura com as tradicionais estruturas metodológicas da modernidade que indicam a ideia de certeza e segurança próprias da matematicidade do pensamento moderno, sendo, portanto, acabadas e definitivas, isto é, fórmulas (ou procedimentos) previamente determinadas que, se seguidas corretamente, irão garantir o resultado pretendido. Em

contraposição a isso, a metodologia empregada neste trabalho implica um modo de filosofar, concebendo os caminhos metodológicos como precários e provisórios, ou seja, elementos dos quais não se possui total apreensão e domínio²⁴.

Nessa proposta, a metodologia incide de modo cirúrgico para enfrentar o problema da aplicabilidade das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, visando a apresentar uma leitura hermenêutica que possibilite a construção de um lastro teórico e normativo que fundamente a sua aplicabilidade, ou seja, que legitime o seu potencial normativo, em verdadeira atividade de se debruçar sobre as camadas que envolvem a complexidade do fenômeno analisado.

A Crítica Hermenêutica do Direito, fundada por Lenio Streck, funciona para possibilitar um viés crítico ao papel do Poder Judiciário no Brasil após as transformações advindas da Constituição Federal de 1988, uma vez que estabelece parâmetros de autonomia do direito e vedação a arbitrariedades, consolidados na distinção entre ativismo judicial e judicialização da política. Nesse contexto, as três perguntas fundamentais surgem como pontos de debate que conduzem à verificação de decisões que instrumentalizam o direito ao ponto de extrapolar os limites constitucionais de atuação do Poder Judiciário.

A tese considera essas questões buscando uma nova abordagem, aprofundando as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito a partir de um conjunto teórico e normativo que discute os limites à atuação do Poder Judiciário na jurisdição constitucional brasileira. A proposta pretende, assim, preencher um espaço teórico ainda aberto sobre uma necessária atualização de sentido (no sentido hermenêutico) que recai sobre a abrangência das três perguntas fundamentais como pontos de partida para a construção de um lastro teórico e normativo que aprofunda a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, o que denota a originalidade da abordagem.

Ao romper com o modo como tradicionalmente se tratou o problema do ativismo judicial no Brasil, a tese abre espaço para que ocorra uma destruição da sedimentação significativa que existe em torno do tema, com a proposta de estabelecimento de um equilíbrio entre limites e possibilidades da intervenção do Poder Judiciário. Para tanto, o problema será explorado por meio de pesquisa bibliográfica (documentação indireta) com acréscimos de pesquisa documental jurisprudencial (documentação direta).

²⁴ STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3 ed. Porto Alegre: Movimento, 1991, *passim*.

Ademais, no que concerne à técnica de pesquisa, a pesquisa bibliográfica abrange bibliografia nacional e estrangeira.

Nesse ponto, aqui se retoma o ponto que foi impulso inicial para a tese, ao exaltar a importância da dúvida. Não por acaso, o trabalho irá abordar não somente as três perguntas fundamentais, mas também diversas outras questões que delas derivam. O desenvolver da tese será guiado por sua pergunta principal que diz respeito à hipótese da pesquisa, isto é, qual a “tese da tese”?

Como no poema de Antonio Machado, esse desenvolvimento é um “caminho se faz ao caminhar”. O caminhar, contudo, tem um sentido que o orienta. Aqui esse caminhar será conduzido pela hipótese de que há um potencial normativo nas três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito que legitima a sua aplicabilidade em face de pressupostos teóricos e normativos que lhes conferem lastro. Essa é a hipótese fundamental que traduz a “tese da tese”, que pretende ser justificada por meio de: uma Teoria da Constituição que propicie a exigibilidade dos direitos fundamentais; uma Teoria do Estado que demonstre a sua universalização como uma consequência do princípio republicano; uma Teoria da Justiça capaz de responder ao problema da igualdade e isonomia na alocação de recursos do Estado.

2. A CONTRIBUIÇÃO DAS TRÊS PERGUNTAS FUNDAMENTAIS PARA AS BASES DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A tese tem como ponto fundamental a ideia de fomentar um debate complexo, mas necessário, sobre o modo como o Poder Judiciário pode colaborar democraticamente para a concretização dos direitos definidos constitucionalmente e ampliados no constitucionalismo contemporâneo. Para isso, se utiliza da matriz teórica da Crítica Hermenêutica do Direito para construir uma proposta que concilie a ideia de um Judiciário que possa atender à urgência por efetividade da Constituição com critérios democráticos para a atuação judicial, obedecendo os limites constitucionais.

Essa proposta passa necessariamente pela crítica ao ativismo judicial e, para analisar o caso brasileiro, aos equívocos que acometem a sua recepção no Brasil. Isso é fundamental uma vez que é a crítica ao ativismo judicial (ou seja, à instrumentalização do Direito à vontade do intérprete) que permite o enfrentamento das camadas desse fenômeno. O presente tópico pretende então demonstrar que as três perguntas fundamentais são o ponto de convergência entre as críticas à discricionariedade e ao ativismo judicial, elementos centrais para a Crítica Hermenêutica do Direito.

As três perguntas fundamentais aparecem, assim, como critérios para a Crítica Hermenêutica do Direito que permitem oferecer uma resposta ao problema dos limites da atuação do Poder Judiciário no Brasil, considerando duas teses: a admissão da judicialização da política e a refutação do ativismo judicial. A construção desses limites passa pela crítica ao ativismo judicial (por ser este o fenômeno que denota o exagero na atuação judicial) e pelo enfrentamento da questão da discricionariedade (por ser este o ponto para o qual converge esse problema do ponto de vista hermenêutico). A partir daí é possível compreender a relevância das três perguntas fundamentais para a Crítica Hermenêutica do Direito e como elas representam critérios para a análise da atuação do Poder Judiciário no Brasil. A esse objetivo se dedica a proposta do presente tópico.

2.1. As três perguntas fundamentais como elementos de distinção entre ativismo judicial e judicialização da política

O termo ativismo judicial no Brasil é vítima do que Lenio Streck denomina “algaravia conceitual”, causada por sua recepção equivocada no Direito brasileiro²⁵. É possível identificar os pontos problemáticos que acometem a recepção do termo ativismo judicial pela doutrina jurídica brasileira em duas frentes principais: primeiramente por ignorar as diferenças que marcam o modelo de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e no Brasil; e num segundo momento pelo contexto de aposta no protagonismo judicial que marca a profusão do termo pela doutrina brasileira da efetividade.

O primeiro ponto diz respeito a uma questão de rigor metodológico quanto à análise da matriz que funda o controle de constitucionalidade em cada um desses contextos. A discussão acerca do ativismo judicial surge atrelada à tensão entre os poderes quanto ao protagonismo da atividade jurisdicional, que fica mais nítida no que tange ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos por parte do Poder Judiciário²⁶. Tal relação tem como ponto de partida o movimento constitucionalista e sua principal conquista: assentar os anseios por limitação do poder em um documento escrito, que se consubstancia no texto constitucional.

Essa limitação se dá, quanto ao aspecto normativo, no sentido de uma supremacia constitucional em que a Constituição se posiciona como fundamento de validade hierarquicamente superior, direcionando a atividade do poder público. A jurisdição constitucional assume, então, um papel preponderante na efetivação dessa supremacia, alçando o status de condição de possibilidade não só para que a Constituição se consolide num patamar superior no ordenamento jurídico, mas também para a edificação de um Estado Democrático de Direito²⁷.

Cabe lembrar que o Estado enquanto unificação do poder aparecia numa modalidade absolutista, na qual o poder se concentrava na pessoa do governante. Essa concentração de poder provoca o movimento político e jurídico de demanda por mecanismos de controle, limitação e contenção do poder do príncipe, ressalvadas as diferentes formas em que essa limitação de deu em diversos Estados. É por esse

²⁵ STRECK, 2017c, p. 83.

²⁶ RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁷ STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b. p. 37.

motivo que se fala em diversos constitucionalismos, que viriam a gerar diversos Estados Nacionais²⁸.

Ressalte-se não se pretende afirmar a unicidade das experiências constitucionalistas ao redor do mundo, sendo relevante considerar que as tarefas pretendidas com o texto constitucional podem se diferenciar a depender do contexto em que elas se inserem. Em termos de movimento jurídico-político, é possível tomar como ponto de partida a ideia geral de limitação do poder, sendo este exercido com múltiplas e diversas características influenciadas por questões políticas e historicamente construídas. Existe, contudo, um elemento comum que torna possível afirmar um movimento constitucionalista: a limitação do poder político, motivo pelo qual o constitucionalismo se coloca também como uma teoria que posiciona a Constituição enquanto lei fundamental apta a limitar o poder e definir direitos²⁹.

O texto constitucional escrito representa, portanto, o nascimento de fixações que edificam o efeito constitucional de estabilização, racionalização, proteção e garantia de liberdades³⁰. Isso fez com que a lei assumisse um caráter redentor³¹, no sentido em que consolidava os objetivos do constitucionalismo, o que naturalmente fez com que a atuação judicial no controle de constitucionalidade se tornasse num primeiro momento um tema controverso.

Esse ponto é notado no comentário de Hamilton no artigo LXXVIII dos federalistas³², ocasião em que se manifestava a premente necessidade de assentar o papel dos tribunais na interpretação dos atos legislativos, na missão de declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto na Constituição. Isso porque as limitações estabelecidas ao demais poderes demandam a atuação dos tribunais sob pena do fracasso do projeto constitucional de interdição de privilégios particulares.

A teoria da nulidade, que preconiza uma prerrogativa dos tribunais de declarar nulos os atos legislativos contrários à Constituição e que é característica da matriz de controle de constitucionalidade estadunidense, gerou inicialmente uma reação contrária pelo receio de criação de uma superioridade do Poder Judiciário diante do

²⁸ STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 349.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 43.

³¹ RAMOS, 2015, p. 25.

³² MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os artigos federalistas 1787-1788**: edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 488.

Poder Legislativo. O receio se fundava na autorização concedida ao Judiciário para definir a correta interpretação dos atos legislativos, afastando do ordenamento a produção legislativa contrária à Constituição³³.

A discussão dos fundamentos dessa teoria é de suma importância para o enfrentamento adequado do problema da recepção do ativismo judicial pelo Direito brasileiro, uma vez que ela constrói o imaginário jurídico de autoridade judicial qualificada pela dimensão interpretativa, o que desagua no que Clarissa Tassinari denomina supremacia judicial consentida e que tem como um dos fatores a ideia da Suprema Corte como intérprete autorizado³⁴. É nessa autorização interpretativa que reside o cerne do que posteriormente irá se manifestar numa doutrina jurídica que aposta no ativismo judicial.

Para que a defesa do controle de constitucionalidade seja descolada de um imaginário ativista, é necessário levar em conta os fundamentos do seu exercício, presentes na matriz de controle de constitucionalidade estadunidense (especialmente no que diz respeito ao controle difuso) e que acaba funcionando como inspiração para o controle de constitucionalidade brasileiro, que por sua vez agrega a essa matriz difusa elementos do controle de constitucionalidade francês (tradicionalmente político) e austríaco (no que se refere à criação de um Tribunal Constitucional de inspiração kelseniana).

Nesse sentido, é importante considerar que a Constituição determina a produção legislativa infraconstitucional e, portanto, estabelece uma espécie de delegação do poder de legislar. Uma vez que esse a atividade legislativa contrarie os termos dessa delegação de poder, torna-se nulo o seu exercício. Outro ponto fundamental é que a atuação da Suprema Corte surge nos Estados Unidos no sentido de intermediar a relação entre povo e legislativo, mantendo a produção legislativa dentro dos limites estabelecidos constitucionalmente, o que não significa uma superioridade do Poder Judiciário, e sim uma superioridade atribuída à vontade popular³⁵.

³³ MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os artigos federalistas 1787-1788: edição integral**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 488.

³⁴ TASSINARI, C. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. 262 f. 2016. - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/Clarissa_Tassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=yp. 104.

³⁵ MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 490.

A caracterização desse papel institucional desempenhado pelo Poder Judiciário importa diretamente para compreendermos o problema do ativismo judicial, uma vez que este fenômeno se reporta a uma disfuncionalidade no exercício da jurisdição em detrimento da atividade legislativa ou executiva³⁶. Essa caracterização está diretamente relacionada também aos problemas da recepção da ideia de ativismo judicial no Direito brasileiro, já que nos sistemas de *common law* existe uma proximidade maior entre a atuação do juiz e a do legislador. Isso acontece porque nesses sistemas a decisão judicial desempenha função ambivalente: ao mesmo tempo em que define a controvérsia debatida pelas partes também assume valor de precedente pela doutrina do *stare decisis*³⁷.

O precedente pode, nos sistemas de *common law*, assumir contornos declarativos ou criativos, o que torna ainda mais nebulosa a caracterização do ativismo judicial ao ser transportado para a realidade brasileira. É necessário levar em conta que, diante do precedente, o juiz poderá entender que a norma dele inferida não é aplicável à controvérsia atual (*distinguishing*), poderá restringir ou ampliar os efeitos da norma a ele acoplada pela técnica do *overruling* ou poderá assentar a sua imprestabilidade³⁸.

É importante ressaltar que no *common law* a função do precedente provém do seu reconhecimento qualitativo, o que significa afirmar que a caracterização do precedente deve passar por certos critérios. Nesse sentido, apenas pode ser considerado precedente o que for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial, com base em um efetivo contraditório³⁹. A partir disso, o *stare decisis* concede ao precedente uma importância que garante a sua aplicação⁴⁰.

Os mencionados critérios contribuem inclusive para uma diferenciação entre a mecânica dos sistemas de precedentes e da técnica de utilização da solução paradigma para processos repetitivos utilizada no Brasil, especialmente após o Código de Processo Civil de 2015, uma vez que a utilização de um sistema de

³⁶ RAMOS, 2015, p. 109.

³⁷ RE, E. D. Stare Decisis. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 122, p. 281–287, 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176188p.282>.

³⁸ RAMOS, 2015, p. 108.

³⁹ ABBOUD, G. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b. p. 1184–1185.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 1186.

precedentes envolve necessariamente uma intensa interpretação e realização de contraditório entre as partes⁴¹.

A adequação da análise do papel institucional desempenhado pelo Poder Judiciário numa perspectiva de distinção entre o contexto brasileiro e o estadunidense não pode, portanto, deixar de considerar alguns pontos levantados pela Crítica Hermenêutica do Direito ao apontar as falhas de uma teoria dos precedentes no Brasil: o problema “metodológico” da teoria dos precedentes no que diz respeito à cisão entre interpretação e aplicação; o equívoco de se pensar que a força vinculante do precedente está na sua razão da autoridade e não pela qualidade das suas razões e ainda a equivocada recepção do *stare decisis* no sentido de que o precedente nasce para vincular, ao invés de vincular contingencialmente; por fim, a demonstração de que o dever de coerência e de integridade não significa a incorporação irrefletida de uma “teoria dos precedentes”⁴².

De toda forma, a atividade do Poder Judiciário, mesmo nos sistemas de *common law*, se afasta da atividade legislativa na medida em que é voltada primariamente à dimensão aplicativa, ou seja, à solução de um litígio. O dever de fundamentação compõe esse quadro, servindo de elemento norteador na medida em que a atuação judicial é sempre compelida a justificar as suas decisões⁴³. O que ocorre no âmbito do *common law* é que se franqueia um papel mais presente do Poder Judiciário na geração do Direito, o que torna mais difícil a tarefa de buscar parâmetros que identifiquem o extrapolamento dos limites de sua atuação. Por esse motivo, a discussão no contexto desses sistemas tende a se deslocar mais frequentemente para o problema da legitimidade democrática da atuação judicial⁴⁴.

Esses pontos são importantes para destacar uma questão muito cara que marca os problemas que da recepção da ideia de ativismo judicial no Direito brasileiro: a autorização concedida à Suprema Corte para que proceda o controle de constitucionalidade não significa uma permissão para a substituição das determinações constitucionais por desejos próprios e sim uma especificação de sentido para a adequação constitucional do todo do ordenamento jurídico⁴⁵.

⁴¹ ABOUD, G. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b. p. 1186.

⁴² STRECK, L. L. **Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: Jus Podivm, 2018d. p. 14.

⁴³ RAMOS, 2015, p. 111.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 113.

⁴⁵ MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 490.

O ativismo judicial foi, portanto, gestado no Direito estadunidense como uma declaração de poder da suprema corte a partir de manifestações judiciais que tomam para si a responsabilidade de proteger minorias e efetivar direitos. É preciso pontuar que essa discussão aparece no sistema estadunidense que tem como marca um controle de constitucionalidade difuso e, portanto, incidental, em que a questão da constitucionalidade é decidida tendo como foco a sua repercussão no caso concreto. Esse ponto denota o primeiro equívoco dessa recepção: a falta de uma leitura adequada das distinções que acometem o sistema de controle de constitucionalidade estadunidense e o brasileiro, o que repercute inclusive na função exercida pela corte constitucional nesses países.

No Brasil, o primeiro momento de um protagonismo do Supremo Tribunal Federal ocorreu sob a égide da Constituição de 1891, em virtude da posição adotada pelo STF no debate doutrinário e jurisprudencial em torno da teoria brasileira do *habeas corpus* capitaneada por Rui Barbosa, postura esta que pode ser considerada um primeiro estágio do ativismo judicial brasileiro⁴⁶ e que Elival da Silva Ramos define como um momento em que o STF se colocou “num limite tênue entre a ousadia e a criatividade⁴⁷.

Isso porque a partir de 1909 o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a ampliação das hipóteses de cabimento do *habeas corpus* para abarcar outros direitos que não a liberdade de locomoção. Na ocasião o STF concedeu o remédio constitucional, por exemplo, em favor de intendentes municipais do Distrito Federal para lhes garantir o exercício de função pública (acórdão n. 2990 de 25 de janeiro de 1911), o que denotava uma expansão do alcance do remédio constitucional por via interpretativa.

Se a doutrina brasileira do *habeas corpus* desaguou em um Judiciário atuando num papel criador por intermédio de uma postura interpretativa mais elástica e em certa medida voluntarista⁴⁸, há que se reconhecer o seu pioneirismo no sentido de repercutir o Direito Constitucional brasileiro anterior à Constituição Federal de 1988.

O maior destaque do Direito Constitucional na doutrina jurídica brasileira, no entanto, veio acompanhado da defesa por grande parcela dessa doutrina do

⁴⁶ GROSTEIN, J. **Ativismo judicial**: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019. p. 152–157.

⁴⁷ RAMOS, 2015, p. 329.

⁴⁸ *Ibid.*

protagonismo do Poder Judiciário brasileiro, que alcançou maior expressão com o que se chamou de “doutrina brasileira da efetividade”⁴⁹ ou “constitucionalismo brasileiro da efetividade”⁵⁰, corrente teórica notadamente filiada a uma aposta no ativismo judicial e na ponderação de princípios como soluções aos problemas da Teoria do Direito na contemporaneidade, e que apresenta como preocupação central a efetividade da Constituição.

A doutrina brasileira da efetividade identifica alguns fatores crônicos para o fracasso do Estado de Direito no Brasil, tais como a falta de seriedade em relação à lei fundamental e a indiferença quanto à distância entre o texto e a realidade. O movimento se consolida como uma tentativa de enfrentamento dessas questões, propondo uma doutrina jurídica voltada para a eficácia das normas constitucionais⁵¹ e tem como máxima a ideia de que todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica, em maior ou menor intensidade, sendo estas aplicáveis nos limites de seu teor objetivo. Trata-se, portanto, de uma doutrina jurídica que se preocupa com a realização dos direitos e dos “valores” contemplados na Constituição, bem como com o cumprimento da sua função social⁵².

Cabe observar que o emprego dessa noção de “valores” e a preocupação com a preservação de “valores constitucionais” é um dos elementos que denotam na doutrina brasileira uma problemática mixagem teórica entre a jurisprudência dos valores e as teorias argumentativas, em especial com o trabalho de Robert Alexy⁵³. Para o entendimento deste problema são relevantes as contribuições de Lenio Streck⁵⁴, que diagnostica que a dogmática jurídica brasileira permanece refém de uma aposta na discricionariedade que se propunha a resolver o problema da concretização constitucional (aspecto que será melhor trabalhado no tópico seguinte), que encontra suas origens em Kelsen e Hart reafirmando o modelo de regras positivista no interior do qual os princípios são equiparados a valores.

⁴⁹ BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 281–297.

⁵⁰ SOUZA NETO, C. P. de. Fundação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *In*: (org.), L. R. B. (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285–325. p. 288.

⁵¹ BARROSO, 2006, p. 283.

⁵² *Ibid.*, p. 287.

⁵³ STRECK, L. L. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2–37, 2011.

⁵⁴ STRECK, 2017c, p. 554–555.

Também vale ressaltar que a doutrina brasileira da efetividade se desenvolveu em meio à convocação da Assembleia Constituinte que elaboraria a Constituição de 1988, e tinha como intuito fornecer substrato teórico para a consolidação do processo de redemocratização do Estado brasileiro⁵⁵. Naquele período, o direito constitucional ainda não havia adquirido a credibilidade e centralidade que hoje possui na doutrina jurídica e o texto constitucional era visto como uma mera carta de intenções, não havendo uma preocupação por parte da doutrina jurídica brasileira com a sua concretização.

A Constituição de 1988 representa um rito de passagem na história institucional brasileira, proporcionando a transição de um Estado autoritário (intolerante e violento) para um Estado de Direito. Essa Constituição é inevitavelmente permeada pelas circunstâncias e vicissitudes do período de sua elaboração e cercada por uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo.

Essa parcela da doutrina identificava a falta de efetividade das normas constitucionais como a mais grave disfunção do constitucionalismo no Brasil⁵⁶. Trata-se, portanto, de um posicionamento jurídico-acadêmico que objetivou enfrentar essa disfunção consistente na falta de cumprimento do texto constitucional por meio de mecanismos de tutela jurisdicional – por meio de mecanismos jurídicos próprios – e também da atuação efetiva de juízes e tribunais.

Luís Roberto Barroso⁵⁷ aponta nesse posicionamento pela efetividade a promoção de três mudanças de paradigma no direito constitucional brasileiro, são elas: no plano jurídico, a atribuição de normatividade plena à Constituição que passou a ter aplicabilidade direta e imediata e tornou-se fonte de direitos e obrigações; no plano dogmático, o reconhecimento de um objeto próprio e autônomo ao direito constitucional; e no plano institucional, a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, conferindo-lhe papel de destaque na concretização dos “valores e dos direitos constitucionais”.

Nesse sentido, Lenio Streck alerta para os perigos que se corre com a teoria da argumentação alexyana à brasileira, uma vez que esta desconsidera a cadeia de procedimentos formais determinados por Alexy e termina por transformar o

⁵⁵ BARROSO, 2006, p. 295.

⁵⁶ BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 26.

⁵⁷ BARROSO, 2006, p. 296.

procedimento de ponderação em uma porta aberta à discricionariedade⁵⁸. Diante do exposto, é possível afirmar que a doutrina brasileira da efetividade foi fruto de uma contingência histórica, mas proporcionou o crescimento de um discurso que apostava no ativismo judicial como enfrentamento dos problemas de efetividade da Constituição.

Tal movimento identificava no positivismo a causa da baixa eficácia normativa das Constituições anteriores, propondo um novo direito constitucional após 1988 que se atentasse à efetividade e à supremacia constitucional⁵⁹. Observa-se então que, mesmo coerentes e legítimas as preocupações pertinentes dessa doutrina, o que se percebe é que ela acabou apostando na ponderação (e na sua intrínseca carga de discricionariedade) bem como no ativismo judicial como soluções aos problemas levantados, sem levar em conta as suas consequências do ponto de vista filosófico e hermenêutico.

Ocorre que, na esteira da abordagem dada ao tema do ativismo judicial pela Crítica Hermenêutica do Direito (matriz teórica à qual se filia o presente trabalho) não é possível falar em “bom ativismo”. Isso porque, partindo da perspectiva de distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política, o que se tem como bom ativismo nada mais é do que a judicialização enquanto fenômeno contingencial⁶⁰.

Por esse motivo torna-se relevante num primeiro momento construir as bases conceituais para a delimitação do que se quer dizer com o uso do termo ativismo judicial, para depois estabelecer critérios para a sua distinção em relação ao fenômeno da judicialização da política, distinção esta que é fundamental para a compreensão da proposta de limites à atuação do Poder Judiciário pela Crítica Hermenêutica do Direito.

Nesse contexto, a expansão do Poder Judiciário se manifesta em duas perspectivas: o crescimento do Judiciário no sentido institucional, enquanto aumento das suas competências, bem como na expansão do papel do ator judicial e das repercussões das posturas eventualmente adotadas. O fenômeno da introdução do Poder Judiciário em espaços destinados à criação de políticas públicas pode ser percebido de um ponto de vista global, sendo impulsionado por atores do Executivo e

⁵⁸ STRECK, 2011.

⁵⁹ BARROSO, 2013, p. 29.

⁶⁰ STRECK, L. L. Alíquota zero das armas: ativismo “do bem” que faz mal para o direito! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 dez. 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-17/senso-incomum-aliquota-zero-armas-ativismo-bem-faz-mal-direito>

do Legislativo. Esse alavancar do Poder Judiciário ao posto de protagonista foi objeto de estudo em diversos trabalhos em dimensão internacional, ganhando destaque a obra *The Global Expansion of Judicial Power*, publicada inicialmente em 1995, que reúne trabalhos de juristas do mundo todo que são uníssonos em afirmar um crescimento na atuação do Poder Judiciário, não obstante a complexidade de fatores que podem ser apontados para a raiz desse processo⁶¹.

Essa expansão global do Poder Judiciário é um fenômeno fundamentalmente representado pelo aumento das suas possibilidades de atuação. Observa-se, portanto, dois principais pontos de análise: a expansão da atuação do Poder Judiciário num viés estatal e a atuação de seus membros que pode ocasionalmente desviar do seu papel institucional. Entende-se neste trabalho enquanto protagonismo judicial o contexto de atuação que engloba essa expansão do Poder Judiciário, o que abarca essas duas possibilidades de análise.

Nessa linha, com lastro na distinção formulada pela Crítica Hermenêutica do Direito, entende-se que ativismo judicial e judicialização da política pertencem a um gênero maior que é a ideia de protagonismo judicial, e que em diversos graus pode provocar a violação às opções legislativas e o conseqüente movimento de busca por controle e contenção das decisões judiciais⁶²

A falta de clareza a respeito do termo ativismo judicial, no entanto, cria o que Lenio Streck denomina algaravia conceitual⁶³, no qual se estabelece um estado de poluição semântica em que se tem por um lado o obscurecimento total sobre o fenômeno e por outro uma incongruência no seu uso, sendo utilizado para explicar posturas judiciais diametralmente opostas⁶⁴. Tal estado de confusão conceitual a respeito do tema desaguou, no caso brasileiro, em um ambiente doutrinário no qual se presencia a degradação do projeto constitucional estabelecido pelo constituinte de 1988, além da perigosa defesa de “bons ativismos judiciais” como uma aposta na resolução dos problemas de eficácia que acometem a realidade imediata⁶⁵.

⁶¹ TATE, C. N.; VALLINDER, T. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. *In*: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (org.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995a. p. 1–10. Disponível em: <https://doi.org/10.5860/CHOICE.33-3542>

⁶² STRECK, 2013b, p. 47.

⁶³ STRECK, 2017c, p. 83.

⁶⁴ ABBoud, G.; MENDES, G. F. Ativismo Judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1008, p. 1–9, 2019. p. 2.

⁶⁵ STRECK, L. L.; BARRETTO, V. de P.; OLIVEIRA, R. T. de. 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**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75–83, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2009.12.07p.76>.

Nesse sentido, é preciso elaborar os contornos para uma distinção entre o fenômeno do ativismo judicial e a judicialização da política. Essa diferença passa pela comparação entre o contexto de surgimento do ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos: enquanto as discussões sobre o ativismo judicial se iniciam nos EUA com o caso *Marbury versus Madison* (1803) e o surgimento do *judicial review*, no caso brasileiro esse debate começa com a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trazia uma ampliação do rol de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, voltava as suas atenções para as omissões inconstitucionais e ampliava significativamente o rol de legitimados aptos a ingressar em sede de controle concentrado de constitucionalidade⁶⁶.

O ativismo judicial no Brasil surge então de um imaginário jurídico de que um Poder Judiciário ativista seria não só vantajoso, mas também necessário para que se lograsse a concretização dos direitos fundamentais, gestado a partir do constitucionalismo democrático e difundido pela doutrina brasileira da efetividade⁶⁷.

Além disso, o ativismo judicial se revela como um problema hermenêutico. Esse aspecto é enfrentado por Clarissa Tassinari⁶⁸, que segue uma proposta de diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política na medida em que o ativismo judicial é considerado um fenômeno intrínseco ao sistema jurídico e tem nele o seu surgimento. Nesse sentido, o ativismo judicial é uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício das suas atribuições.

A denominação dessa conduta judicial enquanto ativista nasce num movimento de oposição à doutrina do *judicial restraint*, que se inspira numa característica referencial do legislador democrático: ser eleito pelo povo. Nesse particular, os juízes constitucionais careceriam de legitimidade democrática, não devendo invadir as competências do Poder Legislativo, de modo que uma lei não deveria ser declarada inconstitucional salvo quando fosse evidentemente contrária à Constituição. Essa perspectiva aponta para uma abdicação de responsabilidade

⁶⁶ TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 33–37.

judicial baseada no ceticismo quanto às noções individuais de justiça dos juízes⁶⁹, favorecendo assim uma interpretação conservadora⁷⁰ amparada numa pretensão de objetividade no ato decisório, por entender que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense⁷¹.

A observação da história do controle de constitucionalidade estadunidense permite que se identifique uma origem da definição de ativismo judicial focada na relação entre a Suprema Corte e a Constituição. *Activism* (ativismo) e *restraint* (contenção) seriam parâmetros destinados a aferir se o controle judicial de constitucionalidade é exercido mediante a aplicação das determinações da Constituição, sem a infusão das próprias crenças ou preferências políticas do juiz⁷². Esse ponto denota mais um elemento que torna problemática a recepção do ativismo judicial no Brasil: o fato de não levar em conta que o nascimento da doutrina do ativismo judicial está ligado, acima de tudo, a uma discussão de legitimidade.

O termo *judicial activism* foi primeiramente utilizado por Arthur Schlesinger Jr., historiador que inseriu o ativismo judicial no léxico jurídico e político por meio de uma matéria publicada na revista *Fortune* intitulada “The Supreme Court: 1947”, na qual ele detectou uma maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade, maleabilidade esta que objetivava um papel afirmativo na promoção do bem-estar social. Nessa ocasião, Schlesinger denominou como “ativistas judiciais” (*judicial activists*) os juízes Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge enquanto os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram descritos como “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*), por entenderem que o Judiciário não deveria extrapolar limitações definidas pelo sistema jurídico dos Estados Unidos⁷³.

⁶⁹ D. KMIEC, K. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441–1478, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3481421>p. 1447.

⁷⁰ GUASTINI, R. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madri: Editorial Trotta, 2008. p. 63.

⁷¹ TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 037–057, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s1808-24322012000100002>p. 39.

⁷² WOLFE, C. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1997. p. 1.

⁷³ KMIEC, K. D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, p. 1441–1478, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3481421>

William Marshall⁷⁴ trabalha com sete indicadores para a aferição do ativismo judicial recolhidos na literatura sobre o tema. São eles: 1) o ativismo contramajoritário, que ocorre quando as cortes contrariam as decisões de instituições democraticamente eleitas; 2) o ativismo “não-originalista”, quando as cortes se afastam da fidelidade ao texto ou às intenções originárias do legislador; 3) o ativismo dos precedentes, diante da desvinculação da corte aos precedentes judiciais; 4) o ativismo jurisdicional, que ocorre quando há falha da corte em aderir aos limites do seu próprio poder de jurisdição; 5) a criatividade judicial: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; 6) o ativismo remedial, que consiste no uso do poder jurisdicional para impor obrigações positivas nos outros ramos do governo ou a sua supervisão como uma parte do remédio judicialmente imposto; 7) ativismo partidário: o uso do poder jurisdicional para lograr objetivos planejados partidariamente. Tais indicadores, contudo, nem sempre são uniformes⁷⁵, uma vez que uma decisão que seja não ativista em um sentido pode ser ativista em outro, motivo pelo qual uma lista categórica desses indícios não pode ser utilizada para formular uma definição única do ativismo judicial.

No Brasil, a experiência norte-americana fomentou a noção de que o ativismo judicial é bom para a democracia, uma vez que direcionado à concretização de direitos. Ocorre que esse entendimento abarca duas concepções de ativismo: o ativismo como um aumento da interferência do Poder Judiciário (que se trata, na verdade, de judicialização da política) e o ativismo como atividade jurisdicional progressista. Esses pontos de vista, no entanto, acabam desconsiderando o fato de que Brasil e Estados Unidos possuem tradições jurídicas distintas⁷⁶.

Isso porque os métodos e técnicas decisórias empregadas nas jurisdições constitucionais de ambos os países são distintos, o que leva a modos diferentes de tratar questões de cunho político. Anderson Teixeira elenca quatro espécies de condutas ativistas que provocam lesão ao equilíbrio da ordem constitucional e da estabilidade interinstitucional, são elas: a atuação como legislador positivo, a ofensa ao princípio da separação dos poderes, a desconsideração dos

⁷⁴ MARSHALL, W. P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chapel Hill, v. 73, n. 02, p. 101–140, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.330266p.104>.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ TASSINARI, 2013, p. 114.

precedentes jurisprudenciais e a ocorrência de decisões judiciais viciadas por decisionismo político.

A reunião desses elementos funda o complexo fenômeno que é o ativismo judicial, o que permite a constatação da falta de problematização adequada que acometeu o ativismo judicial no caso brasileiro e que desaguou na confusão conceitual no âmbito doutrinário. Nesse sentido:

[...] sob a influência da doutrina estadunidense, a questão envolvendo o ativismo da magistratura ganhou papel de destaque no cenário jurídico brasileiro. O problema é que, diferente do que aconteceu nos Estados Unidos, aqui, a atuação do Judiciário mediante uma postura ativista não passou por uma (indispensável) problematização (isto é, por um rigoroso debate acadêmico), no sentido de que, dos contributos trazidos pelos juristas norte-americanos, apenas se aproveitou a intensificação da atividade jurisdicional, potencializada a ponto de ser defendido um necessário ativismo judicial para concretizar direitos. Em síntese, acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor, das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade⁷⁷.

Nessa oportunidade, não se pode esquecer que judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos distintos. O primeiro é contingencial, fruto de um contexto caracterizado pela necessária implementação de direitos, por um déficit na atuação dos demais Poderes. O segundo, por sua vez, está relacionado a um problema hermenêutico, isto é, à pergunta sobre como se decide. O ativismo judicial consiste numa postura do Judiciário, extrapolando os limites constitucionais de sua atuação⁷⁸.

Essa expansão do poder judicial deriva da confiança nos meios judiciais para lidar com questões relativas a políticas públicas, que é sentida em âmbito global⁷⁹, constituindo um fenômeno significativo tanto nos Estados Unidos (país que carrega a herança bicentenária da doutrina do *judicial review*) mas também em democracias jovens que estabeleceram recentemente os seus mecanismo de

⁷⁷ TASSINARI, 2013, p. 26.

⁷⁸ STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721–732, 2016b. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.v17i3.12206>

⁷⁹ TATE, C. N.; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995b. ISSN 0009-4978. Disponível em: <https://doi.org/10.5860/CHOICE.33-3542>

controle de constitucionalidade. O que se pode perceber em comum é a transferência para as Cortes de controvérsias políticas e democráticas⁸⁰.

A judicialização da política, por sua vez, precisa ser analisada de modo a incluir um panorama dos impactos da Constituição de 1988 para a crescente judicialização dos anseios sociais pela concretização de direitos fundamentais.

Werneck Vianna⁸¹ lembra que o Estado de Bem-Estar Social (tema que será melhor trabalhado no terceiro capítulo) combina o dirigismo econômico característico do keynesianismo⁸² com uma transformação operada no sistema jurídico, que passa a transpor as barreiras entre o público e o privado. A admissão do elemento de justiça pelo direito e a proteção jurídica dos indivíduos economicamente desfavorecidos acarretou em uma “judicialização do mercado de trabalho”, no sentido em que a justiça social, de demanda inerente à sociedade civil, passa a ser um tema da agenda do direito. Tal aspecto denota que a convivência harmoniosa de interesses divergentes, antes restritos aos auspícios dos movimentos sociais, passa a se pautar pela regulação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, a judicialização da política se manifesta em uma condição contingencial, fruto de transformações na sociedade e no direito que exigem uma resposta do Poder Judiciário. Tal aspecto é de fundamental importância para a distinção da judicialização (da política e das relações sociais) do ativismo judicial. A judicialização da política na experiência brasileira não é resultado de um protagonismo institucional por parte do Poder Judiciário, derivando de necessidades oriundas da sociedade civil que encontrou no direito um caminho para a representação de seus interesses.

Por tudo isso, a judicialização da política é um fenômeno não apenas jurídico, mas eminentemente político e social que foi provocado, no caso brasileiro, pela redemocratização, pela concepção de um constitucionalismo dirigente, por

⁸⁰ HIRSCHL, R. The judicialization of politics. *In*: GOODIN, R. E. (org.). **The Oxford handbook of political science**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 153–162. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199604456.013.0013p.2>.

⁸¹ VIANNA, L. W. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 16.

⁸² A respeito do Estado de Bem-Estar Social e sua relação com a teoria keynesiana, ver: NUNES, Antonio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá...** reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Ainda, MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Além destes, GARCÍA-PELAYO. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

um modelo de Estado Social, e pelo aumento da litigiosidade. A extensão desse fenômeno, ao contrário do ativismo judicial, não está atrelada ao desejo ou vontade do órgão julgante e sim a fatores alheios à jurisdição, que passam pelo reconhecimento de direitos em meio à ineficiência estatal que desagua no aumento da litigiosidade⁸³.

2.2. As três perguntas fundamentais e o problema da discricionariedade judicial

Compreendido o contexto de surgimento do ativismo judicial no Brasil – o que é necessário para entendermos como as três perguntas fundamentais contribuem para o enfrentamento do problema –, torna-se imprescindível aprofundarmos aquilo que a Crítica Hermenêutica do Direito considera a raiz das posturas judiciais ativistas: seu elo com a discricionariedade.

Nesse sentido, esse tópico pretende demonstrar que o ativismo judicial tem como pano de fundo hermenêutico o problema da discricionariedade. Afinal, enfrentar essa questão é fundamental para a construção de uma base normativa para que as três perguntas fundamentais permitam a melhor aferição do ativismo judicial e, assim, o seu enfrentamento.

Essa verificação do ativismo judicial por meio das três perguntas fundamentais é possível porque elas permitem que se identifique, a partir de uma análise normativa mobilizada por perguntas fundamentais, se determinada intervenção judicial é ativista ou não. Entretanto, não é apenas isso, existe aí uma questão que merece ser tratada em profundidade: não basta identificar, é necessário rejeitar/se contrapor a esse tipo de comportamento judicial.

Nesse contexto, se pretende demonstrar que ativismo judicial e discricionariedade judicial são duas faces da mesma moeda. Para efeito de rigor metodológico, essas reflexões precisam partir de um paradigma. Tendo em vista o fato de que este trabalho utiliza a Crítica Hermenêutica do Direito como teoria de base, é inevitável que se parta do que Stein denomina paradigma hermenêutico⁸⁴, incorporando a viragem linguística-ontológica à análise crítica do direito.

⁸³ TASSINARI, 2013, p. 32.

⁸⁴ STEIN, E. **A caminho do paradigma hermenêutico: ensaios e conferências**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2017.

Uma vez que o objeto da presente pesquisa não se delimita aos meandros filosóficos que permeiam a complexidade dessas questões, não se pretende aqui reconstruir um caminho que já foi trilhado inclusive por Lenio Streck. O balanço que se pretende obter é a exata medida em que essa base epistemológica contribui para a discussão do problema de pesquisa: a solidificação da ideia de que ativismo judicial e discricionariedade são pontos indissociáveis e problemáticos na medida em que revelam o exercício arbitrário da função judicial.

Trata-se, portanto, da aplicação da Crítica Hermenêutica do Direito ao tema do ativismo judicial, no qual incidem primordialmente as três perguntas fundamentais voltadas a aprofundar a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política. A partir dessa leitura é que se torna possível separar a escolha política de uma decisão judicial, na medida em que o *locus* onde reside o excesso da atuação judicial, inclusive no que tange ao STF enquanto corte constitucional, é a discricionariedade⁸⁵.

Essa discricionariedade é aqui entendida enquanto superação da razão pela vontade, e por isso mesmo é a principal característica do positivismo jurídico. No âmbito judicial, o termo “discricionariedade” refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento⁸⁶. Tal característica se manifesta no momento em que, diante do problema da decisão, abre-se um espaço não tomado pela razão, espaço este preenchido pela vontade discricionária do intérprete. Discricionariedade e vontade são, portanto, conceitos interligados⁸⁷.

É importante ressaltar que a ideia de discricionariedade judicial está centrada no âmbito da interpretação do direito e por isso não se confunde com o conceito de discricionariedade administrativa, já que a ideia de discricionariedade administrativa não está atrelada ao problema da decisão de um caso concreto⁸⁸. Essa distinção, no entanto, não elimina o fato de que são ideias que andam juntas, uma vez que de nada adianta o estabelecimento de um controle de legitimidade do exercício da discricionariedade administrativa se esta for transferida para a esfera judicial⁸⁹ numa autorização para o agir livre e desvinculado da ordem jurídica⁹⁰.

⁸⁵ TASSINARI, 2016, p. 199.

⁸⁶ STRECK, 2020b, p. 77.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 75.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 77.

⁸⁹ ABOUD, G. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 312.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 124.

A crítica à discricionariedade judicial é assim um ponto central para que se possa enfrentar o problema do ativismo judicial sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito e se funda em dois aspectos principais: primeiramente diante da fragilidade filosófica que sustenta a discricionariedade judicial e num segundo momento pelas incompatibilidades práticas da sua defesa em ambientes democráticos⁹¹.

A demonstração do vínculo indissociável entre a discricionariedade judicial e o exercício arbitrário da função judicial que desagua no ativismo passa então no primeiro momento pela análise das bases filosóficas nas quais se assenta a discricionariedade judicial, bem como das suas falhas no tocante à compreensão do fenômeno jurídico atual. Para isso é necessário retomar os fundamentos que permitem afirmar a origem da questão da discricionariedade no positivismo jurídico, entendido enquanto postura científica solidificada no século XIX abrigando um conjunto de abordagens afins.

Não obstante a constatação de que o positivismo é um fenômeno complexo que não pode ser unificado ou uniformizado⁹², é possível identificar um elemento formador em seu nascimento que concerne a uma interpretação da realidade baseada naquilo que se possa definir por meio de um experimento, ou seja, que se pode contar, medir ou pesar⁹³.

Lenio Streck⁹⁴, por sua vez, identifica três teses centrais que fundam o positivismo jurídico. A primeira delas diz respeito às fontes sociais do direito, no sentido de que a sua existência (vigência e validade) depende das práticas dos membros da sociedade. A segunda é a tese da separação entre direito e moral, que desvincula validade e legitimidade, de forma que a validade é aferida em uma análise lógico-semântica enquanto a legitimidade é tida como uma questão de teoria política que esbarra no pluralismo de ideias típico de uma convivência democrática.

A terceira tese, especialmente cara aos objetivos do presente tópico, diz respeito à discricionariedade que aparece como um poder delegado aos juízes no momento em que se deparam com “casos difíceis” que não seriam solucionáveis pelas

⁹¹ STRECK, L. L. A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 221–245, 2016a. p. 222.

⁹² STRECK, 2020b, p. 263.

⁹³ STRECK, L. L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010a. Disponível em: <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.14210/nej.v15n1.p158-173p.3>.

⁹⁴ STRECK, 2017c, p. 100–101.

normas jurídicas existentes. A discricionariedade positivista aparece então como elemento indissociável de um sujeito solipsista refém do esquema sujeito-objeto⁹⁵.

Wayne Morrison⁹⁶ identifica dois elementos definidores do positivismo jurídico: o primeiro deles reside na ideia de que o direito é posto enquanto uma criação humana, seja essa criação dada por um processo legislativo ou pela vontade do governante; o segundo elemento é constatado pela adoção da metodologia das ciências naturais ou físicas em nome da objetividade, buscando a eliminação da subjetividade que pudesse envolver o pensamento do cientista.

Num primeiro momento, essa mensurabilidade positivista se concentrou nas leis enquanto produto da criação do parlamento, o que faz com que esse primeiro estágio do positivismo jurídico voltasse as suas atenções para os códigos, de modo que a interpretação era vista como uma análise de cunho sintático para a qual o rigor da aferição da conexão lógica dos signos seria suficiente⁹⁷. Esse positivismo exegético, é, na esteira de Lenio Streck, uma forma primitiva de positivismo que separava direito e moral e confundia texto e norma atrelando o direito à lei, tudo isso graças à separação entre direito e fato ainda presente no imaginário dos juristas⁹⁸.

Num segundo momento, em razão do receio de que a autonomia da ciência do Direito viesse a se deteriorar em benefício de outras ciências como a psicologia ou a sociologia, Kelsen reivindica na sua Teoria Pura do Direito uma ciência jurídica que tem seu objeto puramente ideal, à semelhança da lógica e da matemática⁹⁹. Sua proposta aparece como um aperfeiçoamento do rigor lógico proposto pelo positivismo, chamada de positivismo normativista¹⁰⁰.

O positivismo jurídico em sua roupagem normativista tem como estrutura fundamental o conceito semântico de norma, segundo o qual as proposições jurídicas são enunciados ou juízos hipotéticos que determinam, sob certos pressupostos fixados pelo ordenamento jurídico, o intermédio de consequências definidas por esse ordenamento. Nessa linha, as normas são mandamentos (comandos, imperativos)

⁹⁵ STRECK, 2017c, p. 100–101.

⁹⁶ MORRISON, W. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 5.

⁹⁷ STRECK, 2010a, p. 3–4.

⁹⁸ STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a. p. 50.

⁹⁹ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 48.

¹⁰⁰ STRECK, 2010a, p. 4.

que prescrevem, permitem ou conferem competência e não meras instruções ou ensinamentos¹⁰¹.

Tal distinção entre normas e proposições jurídicas se mostra relevante para o entendimento de que também se diferenciam as funções do conhecimento jurídico (conhecer e descrever o Direito) e da autoridade jurídica (que tem como função produzir o Direito, para que ele venha a ser depois conhecido pela ciência jurídica). A ciência jurídica, assim, não é prescritiva, mas apenas descritiva. Dessa forma, as proposições são enunciados pelos quais a ciência jurídica descreve as suas relações: são juízos hipotéticos (afirmações subordinadas a outras afirmações) que descrevem as consequências jurídicas que devem intervir sob determinadas condições ou pressupostos. Já as normas não são juízos: elas são mandamentos, comandos, imperativos emanados das autoridades jurídicas e que prescrevem condutas. Kelsen distingue, ainda, o estabelecimento de normas jurídicas gerais (por parte do legislador) e normas jurídicas individuais (por parte do juiz)¹⁰².

Essa estrutura demonstra a cisão entre direito e ciência do direito, existente na teoria kelseniana. Kelsen separa a ciência do Direito da moral, elemento este que é crucial e impacta na visão kelseniana de interpretação, uma vez que esta é fruto da diferença entre ato de vontade (no qual se inserem a moral e a política) e ato de conhecimento (que envolve neutralidade). A pureza, portanto, está no olhar e não no objeto olhado¹⁰³.

A norma para Kelsen é produzida por um processo interpretativo que consiste num ato de vontade enquanto o ato de conhecimento (descrito de forma objetiva e neutral) produz proposições. Embora a aplicação do direito não tenha sido o foco da teoria kelseniana (que se ocupava primariamente de edificar uma ciência do direito autônoma), a interpretação jurídica aparece no capítulo VIII da sua Teoria Pura do Direito, em que o autor afirma a aplicação do direito combinada a um ato de vontade no qual o aplicador escolhe entre as possibilidades reveladas pela moldura da norma¹⁰⁴.

¹⁰¹ KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003b. p. 80–84.

¹⁰² *Ibid.*, p. 81.

¹⁰³ STRECK, L. L. Ainda e sempre a discussão acerca do positivismo kelseniano. *In*: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (org.). **Constituição, sistemas Sociais e hermenêutica**. v. 13ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a. p. 109–121. p. 109.

¹⁰⁴ KELSEN, 2003b, p. 394.

A discricionariedade que permeia a aplicação do direito para Kelsen fica evidente uma vez que para ele a produção do ato jurídico dentro da “moldura” da norma jurídica é realizada segundo a livre apreciação do órgão competente¹⁰⁵. Nesse sentido, a ideia de moldura da norma é o ponto no qual reside a discricionariedade kelseniana que perdura no imaginário jurídico representando uma face da discricionariedade interpretativa¹⁰⁶. Esse problema só pode ser identificado uma vez reconhecida a criação de um duplo patamar em Kelsen a partir da separação entre direito e ciência jurídica, a partir do qual é possível perceber o lugar da pureza é reservado à ciência do Direito, restando ao plano da aplicação do direito a inserção de um viés pragmático na medida em que a decisão se dá por um ato de vontade¹⁰⁷. Nesse sentido acentua Lenio Streck¹⁰⁸:

Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX. Trata-se de chamar a atenção desse positivismo normativista, não de um exegetismo que já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Indubitavelmente, Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do Direito: a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. E nisso reside a “maldição” de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma “interpretação” “pura da lei”. A sua pureza nunca esteve na lei e, sim, na ciência descritiva do Direito.

Pelas razões acima apontadas se destaca a diferença de pensamento entre o positivismo jurídico exegético e o normativista no tocante ao problema da decisão: enquanto o positivismo exegético elimina o caráter problemático que existe no momento interpretativo por meio de uma configuração conceitual, o positivismo normativista abre espaço para uma concepção volitiva de decisão que acarreta uma carga de discricionariedade decisória. Nos dois casos, a Teoria do Direito estava com as suas atenções voltadas ao elemento epistemológico, colocando de lado o enfrentamento das questões que envolvem a decisão jurídica¹⁰⁹.

Após a Segunda Guerra Mundial, a crise que acomete as mais diversas áreas do conhecimento acomete gravemente a Teoria do Direito. A impressão geral era a

¹⁰⁵ KELSEN, 2003b, p. 393.

¹⁰⁶ STRECK, 2017a, p. 110.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 111.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ OLIVEIRA, R. T. de. **Decisão e história**: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial. 2013. - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3223p>. 255.

de que o partido nazista teria operado sob a proteção do aparato legal, e, além disso, o positivismo jurídico de cunho exegético teria permitido que a legalidade se atrelasse a um ceticismo axiológico que abarcasse qualquer tipo de conteúdo¹¹⁰. Isso porque o direito existente estava diretamente ligado a uma questão factual cuja resposta dependia da observação e não de um processo de interpretação e avaliação moral¹¹¹.

Essa visão, apesar de difundida, pode, contudo, ser considerada ingênua por ignorar que o nacional-socialismo se opunha à ordem vigente, na medida em que esta representava um resquício burguês da República de Weimar. Nesse sentido o projeto nazista envolvia a necessidade de burlar, esvaziar e instrumentalizar o direito, de modo que a barbárie imposta se concretizou à revelia da lei¹¹².

Se os juristas do século XIX viam na lógica um instrumento para a interpretação de uma norma jurídica, no século XX há a substituição da razão pela vontade¹¹³ que reconfigura a relação entre norma e sentença, ou seja, redesenha o problema da decisão judicial. Esta passa então a não mais depender das leis da lógica e sim da vontade do julgador numa passagem que, em termos de Teoria do Direito, significa a transição do formalismo ao antiformalismo. Nesse contexto, ganha relevância a ideia de que o juiz decide segundo o seu convencimento, o que significa que o juiz passa a ser autorizado a assumir as vestes de um legislador, reviravolta esta representada pelo *judge made law* que desagua no realismo jurídico¹¹⁴.

Essas teorias e propostas metodológicas que associam a jurisdição à vontade e discricionariedade judicial se dão num projeto de enfrentamento do problema da indeterminação do direito, mas nada mais fazem do que superar o positivismo exegético em seu estágio primitivo, isso porque não há nenhum elemento inovador na afirmação de que não podemos nos submeter ao juiz “boca da lei”.

Uma vez compreendida essa zona de penumbra (Hart) enquanto uma delegação para que o juiz a “preencha” na sua atividade interpretativa, é inevitável a conclusão de que o intérprete não está autorizado a escolher o sentido que melhor lhe convier. Isso porque esse tipo de decisionismo significaria um poder discricionário refém do

¹¹⁰ ABOUD, G.; MENDES, G. F. A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1022, p. 103–124, 2020. p. 3.

¹¹¹ MORRISON, 2012, p. 7.

¹¹² ABOUD; MENDES, 2020, p. 3.

¹¹³ LOSANO, M. G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o século XX**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 143.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 143–144.

modelo positivista capitaneado inclusive por Kelsen¹¹⁵. Resta evidente que uma teoria que se proponha a superar o positivismo jurídico precisa necessariamente enfrentar o problema da discricionariedade, sob pena de ficar refém de uma reprimenda dos moldes positivistas.

A incorporação institucional dos princípios ao direito pelo fenômeno da constitucionalização também funciona como um fator impeditivo a esse espaço aberto para a discricionariedade interpretativa, na medida em que a coerência com a Constituição passa a funcionar como parâmetro para o controle das interpretações que são permitidas a partir de um mesmo texto. Nesse sentido, a ideia de um poder criativo fundamentado na indeterminação semântica das normas e na superação da subsunção se converte num poder de disposição ilegítimo, uma vez que invade a competência da política¹¹⁶. Esse ponto é fundamental pois explicita a íntima relação entre ativismo judicial e discricionariedade interpretativa, ligados pela ideia de um poder criativo concedido ao juiz diante do problema da indeterminação semântica.

Do ponto de vista filosófico, a hermenêutica filosófica (Gadamer) inicia um processo de rompimento da cisão entre sujeito e objeto, o que coloca em cheque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento¹¹⁷. O projeto gadameriano, que se desenvolve a partir da filosofia heideggeriana, explora o entendimento humano como um fenômeno filosófico, histórico e cultural, apresentando a dimensão hermenêutica de todas as atividades humanas¹¹⁸. Gadamer desafia a filosofia moderna da era pós-Descartes que tinha no método o caminho para a verdade, munida de um procedimento racional que equipara o pensamento humano à ciência natural por meio de uma verdade objetiva¹¹⁹.

Por conceber a hermenêutica como um fenômeno filosófico que permeia todas as atividades humanas é que Gadamer rompe com a ideia de método. Isso porque se estamos inevitavelmente inseridos em uma tradição, de modo que a interpretação é condicionada pela pré-compreensão, não existe um grau zero de sentido onde o intérprete se situaria ao empreender a utilização do método. Nós estamos

¹¹⁵ STRECK, 2017c, p. 70.

¹¹⁶ FERRAJOLI, L. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *In:* , 2009, Curitiba. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2009. p. 95–113. p. 111.

¹¹⁷ STRECK, 2010a, p. 5.

¹¹⁸ LAWN, C. **Compreender Gadamer**. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 8.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 11.

irremediavelmente inseridos na linguagem e na cultura, de modo que o alcance da certeza por intermédio de um método racional é uma ideia equivocada¹²⁰.

Para Gadamer, a compreensão de um texto envolve sempre uma projeção de sentido do seu todo, ou seja, uma antecipação de sentido por intermédio de sua pré-compreensão. É por conta disso que o intérprete deve estar disposto a escutar o texto, deixando que lhe diga algo¹²¹. Sob a perspectiva da hermenêutica filosófica, sujeitos e objetos são indivisíveis, o que provoca a morte do método já que a linguagem é considerada uma forma de expressão da vida humana, e não um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto.

Por tudo isso, Lenio Streck¹²² adverte que a hermenêutica possui um caráter antirrelativista que interdita o decisionismo e a discricionariedade interpretativa e, por consequência, possibilita a análise crítica do ativismo judicial. A partir da hermenêutica filosófica, a ciência jurídica aprimora o que entende por interpretação, para além de um método seguro e predefinido. Da mesma forma, a aplicação do direito se torna mais que a subsunção de um enunciado legislativo ao caso concreto¹²³.

Isso significa dizer que a superação do paradigma positivista só é possível o abandono da tese da discricionariedade mediante a qual existem múltiplas ou variadas respostas disponíveis para a escolha do intérprete¹²⁴. Essa perspectiva se deve ao papel que exerce a linguagem para os positivismos, uma vez que não incorporam o giro linguístico-ontológico, remanescendo a ideia da linguagem como terceira coisa que se coloca entre o sujeito e o objeto. O giro linguístico-ontológico que proporciona a compreensão da linguagem como condição de possibilidade de acesso ao mundo numa experiência subjetiva compartilhada¹²⁵.

Pela Crítica Hermenêutica do Direito, a aceitação da discricionariedade fragiliza o papel da tradição e da história institucional que permite a compreensão dos sentidos no direito¹²⁶. Por esse motivo, a discricionariedade judicial, no plano da linguagem, é sinônimo de arbitrariedade¹²⁷, diante da qual fracassa o argumento

¹²⁰ LAWN, C. **Compreender Gadamer**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 12.

¹²¹ GADAMER, 1999.

¹²² STRECK, 2013b, p. 231.

¹²³ ABOUD, 2014, p. 324.

¹²⁴ STRECK, 2010a, p. 8.

¹²⁵ STRECK, 2020b, p. 100.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 83.

¹²⁷ STRECK, 2017c, p. 71.

de distinção entre discricionariedade e arbitrariedade que aceita a primeira e rechaça a segunda. Tal proposta é inviabilizada ainda diante de um projeto que prioriza a construção de respostas constitucionalmente adequadas no direito a partir de um controle hermenêutico da interpretação, incompatível com o espaço criado pela discricionariedade no qual nada é proibido ao intérprete¹²⁸.

Eis o problema do voluntarismo: a vontade aparece como motor de uma escolha já antecipadamente conhecida para a qual o intérprete encontra um aspecto normativo que a fundamente. Isso ocorre, inclusive, quando a decisão se coloca a serviço do interesse e não da verdade¹²⁹. Nesse sentido, o problema da discricionariedade está ligado a uma falta de controle conteudístico que fomenta esse “espaço de anomia” no qual o intérprete põe o direito¹³⁰. Por esse motivo, também, o ativismo judicial encontra na discricionariedade o seu cerne.

Questiona-se, portanto, o grau de liberdade dado ao intérprete juiz diante de um ordenamento jurídico democraticamente produzido e que tem na Constituição o seu parâmetro de funcionamento. A partir da Crítica Hermenêutica do Direito entende-se que essa liberdade fere limites impostos pela autonomia do direito na medida em que submete o cidadão a uma atribuição de sentido decorrente de discursos exógenos¹³¹. A admissão da discricionariedade desagua, então, num problema de legitimidade causado pela abertura criada no sistema jurídico para referendar arbitrariedades cometidas pelo Poder Judiciário¹³².

Diante do exposto, é possível obter como balanço a afirmação de que a discricionariedade no direito brasileiro significou tanto um modo de superação do positivismo jurídico em sua modalidade formal-exegética (não logrando superar os movimentos que vieram depois disso) e, por outro lado, uma aposta no protagonismo judicial¹³³. Uma vez abordados os principais aspectos que denotam a fragilidade filosófica que assola a defesa da discricionariedade, é possível passar ao segundo ponto no qual se assentam as críticas desse elemento pela Crítica Hermenêutica do Direito, que diz respeito aos problemas democráticos que decorrem da defesa da discricionariedade judicial.

¹²⁸ STRECK, 2017c, p. 78.

¹²⁹ LARENZ, 2012, p. 80.

¹³⁰ STRECK, 2017c, p. 78.

¹³¹ *Ibid.*, p. 71.

¹³² *Ibid.*, p. 73.

¹³³ STRECK, 2020b, p. 80.

É preciso recordar que a perspectiva de um direito aplicado pela vontade do julgador foi há muito solidificada e reforçada pela dogmática jurídica no Brasil, e isso se deve em grande parte ao avanço do neoconstitucionalismo na doutrina jurídica brasileira. Miguel Carbonell¹³⁴ discute o neoconstitucionalismo enquanto fenômeno do Estado Constitucional contemporâneo que deve ser tratado em três níveis de análise: do ponto de vista das alterações de texto constitucional, da prática jurisprudencial e do ponto de vista teórico.

Em um primeiro nível de análise, o neoconstitucionalismo se propõe a explicar um conjunto de textos constitucionais surgidos após a Segunda Guerra Mundial que não mais se restringiam a estabelecer as competências e separar os poderes públicos, mas que continham normas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de finalidades e objetivos. Esses textos constitucionais se caracterizam por conter amplos catálogos de direitos fundamentais, a exemplo do que ocorreu na Constituição brasileira de 1988¹³⁵.

Essas transformações foram acompanhadas ainda de uma mudança relevante na prática jurisprudencial, especialmente em tribunais e cortes constitucionais. A partir das alterações constitucionais surgiram novos parâmetros interpretativos que tornaram a função judicial mais complexa, o que também impactou nas fundamentações judiciais¹³⁶. Em nível de análise teórico, o neoconstitucionalismo volta as suas atenções para o objetivo de compreender as novas Constituições e as novas práticas jurisprudenciais, mas também para ajudar a criá-las, servindo de base para decisões em sede de jurisdição constitucional¹³⁷.

Não são poucos os autores que se colocaram a premente questão: há realmente algo novo no neoconstitucionalismo¹³⁸? Para Carbonell¹³⁹, a inovação se apresenta em um conjunto de fatores que congregam as mudanças nos textos constitucionais, no campo teórico e na prática jurisprudencial, do qual resultaria um quadro de observação do Estado de Constitucional de direito em funcionamento.

¹³⁴ CARBONELL, M. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. *In*: CARBONELL, M. (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madri: Trotta, 2007. p. 9.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*, p. 10.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹³⁸ CARBONELL, M. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. *In*: MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M. (org.). **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 207.

¹³⁹ CARBONELL, 2007, p. 12.

Diante desse quadro, se torna imprescindível, discutir os contornos que a doutrina neoconstitucionalista ganha no Brasil para que se possa evidenciar de que forma esta doutrina acabou estimulando não só a aceitação, mas, para além disso, a defesa de um espaço inevitável de discricionariedade judicial.

Susanna Pozzolo considera como traços notórios do neoconstitucionalismo a adoção de um modelo normativo de Constituição, a defesa de um direito composto por princípios, a adoção da técnica interpretativa da ponderação e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito¹⁴⁰.

Em princípio, o novo constitucionalismo no Brasil vem substituir uma cultura jurídica na qual as constituições não eram tratadas como normas e sim como meras fachadas ou cartas de intenções. Desse momento da doutrina jurídica no Brasil resulta o fomento a discussões sobre temas como a ponderação e o princípio da proporcionalidade, voltados à eficácia dos direitos fundamentais. Nessa fase, a doutrina brasileira procura enfatizar o caráter normativo dos princípios e estudar a sua aplicação. Esses posicionamentos refletem uma mudança que alcança a atividade jurisdicional, o que passa pela valorização dos princípios, o uso da ponderação, e o destaque que ganha o Poder Judiciário na agenda do neoconstitucionalismo.

Instalou-se na doutrina jurídica brasileira um imaginário de supervalorização das decisões com carga principiológica, tudo isso pela crença de que abrir mão das regras substituindo-as pelos princípios significaria uma superação do positivismo. O “novo constitucionalismo” no Brasil, contudo, acaba refém do uso da ponderação para a solução dos conflitos envolvendo direitos fundamentais diante de uma má compreensão do positivismo jurídico, doutrina à qual demonstra aversão, mas à qual acaba retornando.

Em verdade, o neoconstitucionalismo (especialmente o neoconstitucionalismo no Brasil) refuta não o positivismo normativista, e sim o positivismo exegético no tocante à equiparação entre direito e lei que é característica marcante deste período. Diante disso, ocorre a repriminção do positivismo jurídico normativista, comprovada, especialmente, pela filiação ao conceito semântico de norma e pela admissão da discricionariedade interpretativa.

¹⁴⁰ POZZOLO, S.; DUARTE, É. O. R. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 79.

Sob o manto de um discurso protetivo de direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo acaba representando um rechaço ao positivismo jurídico que efetivamente só se sustenta em contraposição à sua matriz exegética ou formalista, isso porque as teorias neoconstitucionalistas não se propõem a construir uma teoria da decisão judicial que enfrente o problema da discricionariedade interpretativa.

Nesse ponto exsurge um aspecto que é fundamental visto que remanesce na dogmática jurídica: o neoconstitucionalismo cria um espantinho do juiz “boca fria da lei”, colocando a sua superação como projeto prioritário. Nesse sentido, apesar do comprometimento com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais, o intuito pós-positivista dessas teorias fracassa diante de conceitos ampliadores da discricionariedade judicial que permitem a ascensão de uma interpretação judicial desprovida de limites¹⁴¹.

Esse traço discricionário do neoconstitucionalismo foi percebido por Lenio Streck, ao constatar que o neoconstitucionalismo representa apenas a superação teórica do positivismo exegético, pois nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas reproduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e, da jurisprudência dos valores¹⁴².

Para além disso, o autor há muito afirma que para que uma teoria seja efetivamente considerada pós-positivista é indispensável que ela enfrente o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo, ou seja: a superação do positivismo jurídico implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial¹⁴³. Com o fim de evitar mal-entendidos, Streck abandona a expressão “neoconstitucionalismo” e passa a fazer uso da expressão “constitucionalismo contemporâneo” para designar a construção de um direito democraticamente produzido a partir do segundo pós-guerra, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição¹⁴⁴.

¹⁴¹ ABOUD, G. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a. p. 273.

¹⁴² STRECK, L. L. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: FERRAJOLI, L. (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. p. 62.

¹⁴³ STRECK, L. L. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. *In*: NEOCONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO: AS FACES DA TEORIA DO DIREITO EM TEMPOS DE INTERPRETAÇÃO MORAL DA CONSTITUIÇÃO. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010b. p. 199–244. p. 223.

¹⁴⁴ STRECK, 2020b, p. 57.

A questão que se coloca, portanto, é que uma parcela neoconstitucionalista da Teoria do Direito atual se aproxima do seu principal alvo (o positivismo jurídico) na medida em que institucionaliza a aposta na discricionariedade do julgador. Tendo como teoria de base a Crítica Hermenêutica do Direito, a proposta de limites à atuação do Poder Judiciário se coloca no sentido da preservação da autonomia do direito, o que demanda um olhar aprofundado a respeito do problema da decisão.

Esse debate importa para a discussão do problema de pesquisa do presente trabalho na medida em que até hoje remanesce a defesa do ativismo judicial justificada pelo intuito de implementar e concretizar direitos fundamentais, tendo como pano de fundo a admissão de um espaço de discricionariedade judicial derivado da indeterminação do direito¹⁴⁵. O enfrentamento desse problema deve passar pela construção de um controle hermenêutico da interpretação no qual se inserem as três perguntas fundamentais.

As três perguntas fundamentais exercem, portanto, um papel primordial para um tratamento aprofundado do tema do ativismo judicial sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, permitindo um aprofundamento da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política. Assim, é possível observar que essas perguntas permitem identificar quando estamos diante do elemento discricionário em seu sentido jurídico: esse sentido jurídico de discricionariedade, por sua vez, engloba sua leitura no âmbito de um paradigma filosófico e de uma Teoria do Direito que influenciam a aplicação do direito.

2.3. As três perguntas fundamentais enquanto lastro para uma teoria da decisão judicial na CHD

Este tópico pretende abordar as três perguntas fundamentais para a Crítica Hermenêutica do Direito e o seu papel para a construção de uma teoria da decisão judicial que viabilize um controle hermenêutico do exercício da função judicial. Essa teoria da decisão se ocupa dos problemas de legitimidade democrática relativos ao sujeito solipsista da modernidade que passam a demandar um controle de sentido na interpretação jurídica diante do crescente protagonismo dos juízes e tribunais¹⁴⁶.

¹⁴⁵ STRECK, 2017c, p. 70.

¹⁴⁶ *Ibid.*

A degeneração democrática provocada pela ausência de limites às decisões judiciais bem como a necessidade de preservação da legalidade democraticamente produzida passa a demandar a estruturação de padrões decisórios na forma de uma teoria da decisão que projete limites às decisões judiciais¹⁴⁷. Isso porque a utilização de parâmetros discricionários e, por isso, não-jurídicos, visto que pautados na subjetividade do julgador, cria uma espécie de barreira ao avanço democrático ocorrido no âmbito do texto constitucional (no caso brasileiro, esse avanço é representado pelas inovações textuais trazidas pela Constituição de 1988).

A trajetória para a construção dessa teoria da decisão tem seu impulso inicial na obra *Hermenêutica Jurídica e(m) crise* cuja primeira edição é de 1999, na qual Lenio Streck identifica uma crise de dupla face que acomete não somente a dogmática jurídica mas o próprio direito em países de modernidade tardia (países que não lograram concretizar as promessas da modernidade).

A primeira face dessa crise tem natureza epistemológica e deriva de um pensamento jurídico refratário às conquistas produzidas pela viragem linguística e pelo giro ontológico operado pela filosofia hermenêutica e pela hermenêutica filosófica¹⁴⁸. Por esse motivo, os juristas continuam atrelados à remanescente relação estanque entre sujeito e objeto¹⁴⁹, presente na metafísica clássica e na filosofia da consciência, alheios à percepção de que a partir do paradigma hermenêutico só se pode acessar os objetos por meio da linguagem. Isso porque a compreensão se dá a partir de uma estrutura comum, compartilhada de um modo apriorístico, chamada pré-compreensão.

O esquema sujeito-objeto aparece então em diversas formas, compondo o quadro de teses que defendem o poder judicial discricionário, presente nas ideias de livre convencimento judicial, livre apreciação da prova e busca da verdade real. Essas teses convergem para um ponto comum: um viés metodológico que se sustenta no privilégio cognitivo do juiz ancorado na filosofia da consciência¹⁵⁰. A segunda fase da crise se dá por uma crise de paradigmas, na medida em que o Estado Democrático de Direito impõe um caráter transformador ao direito, diante do qual se passa a

¹⁴⁷ ABBOUD, 2021a, p. 362.

¹⁴⁸ STRECK, 2013a, p. 72–73.

¹⁴⁹ TRINDADE, A. K.; DE OLIVEIRA, R. T. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311–326, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.93.09p.323>.

¹⁵⁰ STRECK, 2020b, p. 95–96.

questionar o papel da dogmática jurídica em face da carência pela efetivação de direitos sociais, de caráter prestacional¹⁵¹.

Na obra *Verdade e Consenso*, o problema da decisão judicial passa a ser central para Crítica Hermenêutica do Direito, que volta as suas preocupações teóricas para a construção de uma teoria da decisão que onere o intérprete a construir seu argumento, exigindo uma justificação constitucionalmente adequada¹⁵². Ao adotar a hermenêutica filosófica gadameriana, Lenio Streck percebe a compreensão como a elaboração de projetos corretos e adequados às coisas, a partir de Gadamer, estando superada a cisão entre interpretação e aplicação¹⁵³.

A partir de Heidegger e Gadamer, a problema do sentido – e consequentemente do sentido do direito – passa a ser anterior ao problema do conhecimento. Explica-se: se para esses dois filósofos a compreensão é algo que não dominamos, passam a ser questionados os modos procedimentais de edificação dessa compreensão (que após o giro-linguístico-ontológico é existencial). É nesse contexto que Lenio Streck afirma que não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar, pois a interpretação é a explicitação do compreendido¹⁵⁴.

No que concerne à Constituição, esta só acontece enquanto concretização, de modo que a doutrina e a academia jurídica têm papel fundamental na realização de um controle epistemológico que respeite os limites de sentido do texto constitucional¹⁵⁵ e também cumprem a função de evitar posturas que estimulem a qualquer custo a discricionariedade e, por consequência, o ativismo judicial.

Nesse contexto, alguns objetivos estão diretamente atrelados a uma Teoria do Direito preocupada com a democracia e com a concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, bem como com padrões hermenêuticos questionadores dos pressupostos positivistas: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer as condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional [...]; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões seja um dever fundamental

¹⁵¹ STRECK, 2013a, p. 47.

¹⁵² TRINDADE; DE OLIVEIRA, 2017, p. 323.

¹⁵³ STRECK, 2017c, p. 654.

¹⁵⁴ STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 95.

¹⁵⁵ STRECK, 2017c, p. 653.

dos juízes e tribunais; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada¹⁵⁶.

Não obstante a complexidade dos assuntos envolvidos numa teoria da decisão judicial, dois pontos dialogam mais profundamente com esta tese por integrarem os limites à atuação do Poder Judiciário a partir da Crítica Hermenêutica do Direito. O primeiro deles diz respeito ao direito fundamental à obtenção de respostas corretas (adequadas à Constituição) e o segundo à análise crítica da questão da discricionariedade. Esses aspectos estão presentes tanto no posfácio da obra “Verdade e Consenso”¹⁵⁷, em que Lenio Streck aprofunda a sua teoria da decisão, bem como na obra “O que é isto – decido conforme a minha consciência?”¹⁵⁸, que analisa com afinco o problema da discricionariedade.

A ideia de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição nasce num contexto de crítica aos pressupostos do positivismo jurídico em que nos chamados casos difíceis restava ao intérprete decidir como um ato de vontade, ou seja, para o positivismo jurídico a decisão judicial nos casos difíceis era “solucionada” pela discricionariedade do intérprete. Como dito anteriormente, uma teoria que se proponha a questionar o paradigma positivista deve, necessariamente, enfrentar a questão interpretativa (e também o problema da discricionariedade)¹⁵⁹.

É importante ressaltar que para Lenio Streck uma resposta constitucionalmente adequada e hermeneuticamente correta em relação à Constituição vai além do raciocínio causal-explicativo. Superada a cisão do ato interpretativo (em conhecimento, interpretação e aplicação), a Constituição assume uma dimensão de concretização com base no círculo hermenêutico, de modo que “o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo”¹⁶⁰.

Com isso se quer dizer que a ideia de uma criteriologia decisória, na qual se inserem os elementos que compõem uma resposta constitucionalmente adequada e especialmente as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, é pautada pelo projeto de identificar os limites impostos por um direito autônomo. Isso

¹⁵⁶ STRECK, 2017c, p. 653.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 483–692.

¹⁵⁸ STRECK, 2015, p. 94–126.

¹⁵⁹ STRECK, 2020b, p. 339.

¹⁶⁰ STRECK, 2017c, p. 688.

porque a ideia de procedimentalizar a compreensão do intérprete não se coaduna com o paradigma hermenêutico no qual se assenta a teoria de base da tese.

Uma decisão com sentido hermeneuticamente adequado à Constituição, nesse passo, é tomada a partir de uma perspectiva de integridade, que reconheça a importância da coerência e da autoridade da tradição. Isso, contudo, não quer dizer que o reconhecimento de um direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada signifique a crença em respostas definitivas ou “congelamento de sentidos”, uma vez que a temporalidade é característica do paradigma hermenêutico¹⁶¹.

Essa perspectiva do direito como integridade demanda ao juiz que submeta a sua interpretação a uma teoria coerente que justifique uma rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade¹⁶². A partir dessa afirmação é possível perceber a íntima conexão entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a teoria de Ronald Dworkin presente em conceito como integridade, coerência, romance em cadeia e resposta correta, que vão compor seu conceito interpretativo de direito.

Em Dworkin, o direito é uma prática social de característica argumentativa, envolvendo todos os atores da prática jurídica de modo a incluir o sentido que os agentes empregam aos argumentos na prática social, enquanto interpretação interna ou interior a essa prática. Uma teoria filosófica de uma prática argumentativa compartilhará muitos aspectos centrais de uma prática concreta, sendo possível afirmar que o significado do direito depende das práticas argumentativas que o constituem e que estão presentes no dia a dia dos juristas¹⁶³.

Com isso se quer dizer que o Direito para Dworkin depende das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem e formam o seu significado enquanto prática social¹⁶⁴. A partir de Dworkin, portanto, o direito é colocado enquanto um conceito interpretativo, motivo pelo qual este autor é utilizado pela matriz teórica da Crítica Hermenêutica do Direito. A sua concepção de direito também é responsável por distanciar Dworkin de teorias reféns do esquema sujeito-objeto, colocando o autor no paradigma hermenêutico.

A noção de integridade dworkiniana recomenda que os juízes identifiquem os direitos e os deveres jurídicos até onde for possível, sempre partindo da

¹⁶¹ STRECK, 2020b, p. 392.

¹⁶² DWORKIN, R. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. p. 294.

¹⁶³ JÚNIOR, R. P. M. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 210.

¹⁶⁴ *Ibid.*

pressuposição de que eles expressam uma concepção coerente de justiça e equidade e que foram criados por um único autor. O direito como integridade, nesse sentido, é ao mesmo tempo o produto e a fonte de inspiração da prática jurídica, que deriva dos princípios de justiça e equidade e devido processo legal¹⁶⁵.

Esses aportes são fundamentais para que Lenio Streck possa construir uma resposta adequada à Constituição que passa pelo respeito à autonomia do direito produzido democraticamente, evitando a discricionariedade por meio de uma fundamentação detalhada que respeite a coerência e a integridade do direito no sentido dworkiniano¹⁶⁶.

A partir do reconhecimento do direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada), a teoria da decisão de Lenio Streck pretende ainda avançar no sentido do respeito à coerência e à integridade do direito, mas também na interdição de decisões judiciais *ad hoc* por uma “fundamentação da fundamentação”, traduzida pela aplicação rigorosa do art. 93, IX da Constituição de 1988¹⁶⁷.

Tomando como base esses pressupostos é que Streck afirma o caráter duplo do art. 93, IX da Constituição de 1988¹⁶⁸ (que determina a fundamentação de todas as decisões emanadas pelos órgãos do Poder Judiciário), na forma de um dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais e também de um direito fundamental à obtenção de respostas adequadas à Constituição (hermeneuticamente fundamentadas).

Sendo assim, ao mesmo tempo em que existe um dever fundamental de justificação e motivação das decisões judiciais, este dever é propulsor de um direito fundamental à obtenção de respostas constitucionalmente adequadas. Em síntese, essa adequação constitucional é baseada no respeito à autonomia do direito e o conseqüente rechaço à discricionariedade judicial, por meio de uma fundamentação detalhada que respeite a coerência e a integridade do direito.

A partir da crítica à discricionariedade judicial, Lenio Streck propõe uma diferenciação entre decisão e escolha, concluindo que a escolha é um ato parcial em que o sujeito, diante de várias possibilidades, escolhe uma solução que lhe parece

¹⁶⁵ DWORKIN, 2007b, p. 271–273.

¹⁶⁶ STRECK, 2017c, p. 654.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 687.

¹⁶⁸ Determina o texto constitucional: “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 16 maio 2022.

mais adequada enquanto a decisão envolve um comprometimento com algo que se antecipa¹⁶⁹. A escolha, portanto, é um ato de opção que é sempre parcial, de forma que decidir não é sinônimo de escolher.

No caso da decisão jurídica, existe um ato mediante o qual o juiz precisa solucionar um caso concreto diante de várias possibilidades, o que não significa afirmar que ele escolha a opção mais adequada. Isso porque a decisão jurídica envolve o comprometimento com o todo do direito construído pela comunidade política, ou seja, o comprometimento com algo que se antecipa e que se apresenta como a interpretação mais adequada¹⁷⁰.

Este ponto está diretamente relacionado à questão da discricionariedade que provoca um déficit democrático por creditar a correção da decisão judicial dos casos difíceis a um rigor procedimental (Alexy) ou a um ato de vontade do intérprete (Kelsen). A partir de Heidegger, de Gadamer, de Dworkin e também de Streck pôde-se perceber que uma resposta correta (no sentido de ser adequada constitucionalmente) não está atrelada a um procedimento, e sim a uma fundamentação coerente do ponto de vista hermenêutico.

As três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito aparecem exatamente em dois aspectos que tocam a ideia de resposta correta como constitucionalmente adequada: a interdição da discricionariedade e a coerência na fundamentação. Nessa linha, essas três indagações representam uma proposta de identificação de arbitrariedades que, como visto no decorrer deste trabalho, desaguam no extrapolamento dos limites do direito por posturas ativistas.

Dessa forma, ao se deparar com demandas judiciais que reivindicam uma postura judicial voltada à concretização de direitos, deverá o juiz pautar-se por três perguntas fundamentais: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, isto é, concedido às demais pessoas e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia¹⁷¹.

¹⁶⁹ STRECK, 2015, p. 113.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ STRECK, 2020b, p. 393.

São essas três perguntas¹⁷² que vão se aliar aos princípios fundantes da decisão jurídica no sentido de verificação de posturas ativistas ou, em sentido inverso, identificar uma demanda contingencial em que se dá concretude a um direito posto constitucionalmente, o que configura a judicialização da política. Uma vez que qualquer uma dessas três indagações seja respondida negativamente, verifica-se a presença do ativismo judicial.

Em suma, essas três indagações fundamentais funcionam para a Crítica Hermenêutica do Direito como um parâmetro que direciona a discussão do ativismo judicial e conseqüentemente da judicialização da política, funcionando como elemento que coloca o que precisa ser debatido para a construção de limites à atuação do Poder Judiciário, além de propor um lugar de equilíbrio na tensão entre normatividade de direitos fundamentais e apostas demasiadas no Judiciário enquanto solução para demandas não realizadas na modernidade.

¹⁷² STRECK, 2020b, p. 394.

3. EXIGIBILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: UMA PERGUNTA DE TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

A primeira pergunta colocada pela Crítica Hermenêutica do Direito para detectar o ativismo judicial indaga se existe no caso em tela um direito fundamental exigível¹⁷³. Na medida em que a proposta do presente trabalho problematiza o potencial normativo dessa pergunta fundamental, torna-se indispensável debater o que significa a exigibilidade de direitos fundamentais nos termos de uma normatividade constitucional.

Isso porque a própria ideia de exigibilidade funda o primeiro patamar da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, que é o da normatividade. A presença de um direito fundamental exigível é o que motiva a atuação do Poder Judiciário para concretizá-lo sob demanda contingencial e necessária. Por outro lado, a inexistência de um lastro normativo que justifique a exigibilidade do direito pleiteado desagua inevitavelmente no ativismo judicial, de modo que se esta primeira pergunta for respondida negativamente, resta verificada a indesejável aplicação do direito por um ato de vontade do intérprete.

Por esse motivo, é imprescindível que se investigue do que se compõe e como deve ser lida essa exigibilidade, que se apresenta em três níveis: pela positivação desses direitos, num segundo momento pela atribuição de força normativa aos direitos fundamentais, e num terceiro momento aliada à ideia de Estado de Direito, na medida em que é projetado um Estado guiado pela legalidade constitucional. O presente tópico pretende então aprofundar os elementos que possibilitam afirmar a exigibilidade dos direitos fundamentais, oferecendo um lastro teórico que permita não só uma resposta adequada à primeira pergunta fundamental, mas que também evidencie a sua fundamentação principiológica.

O aprofundamento desse debate inclui a discussão dos limites e possibilidades do cumprimento da normatividade constitucional, já que é nesta normatividade que se assenta a atuação judicial voltada a uma resposta constitucionalmente adequada. Para além disso, trata-se ainda da preservação do primeiro princípio destacado pela Crítica Hermenêutica do Direito como um padrão fundante para a decisão jurídica, qual seja a preservação da autonomia do direito.

¹⁷³ STRECK, 2020b, p. 394.

A ideia de um direito autônomo compreende ainda uma dimensão histórica pois remete a compromissos firmados na comunidade política que projetam um vínculo com as decisões futuras a serem tomadas a respeito da concretização de direitos¹⁷⁴. Nesse sentido, se colocam os seguintes questionamentos: qual o significado de uma normatividade constitucional? Como essa normatividade se apresenta no nível hermenêutico? Que lugar esta normatividade ocupa no Estado de Direito? São questões que impõem pensar o sentido jurídico de uma constituição que pretende a limitação de poderes, ou seja, são perguntas que envolvem uma Teoria da Constituição, elemento central para o presente tópico.

Para enfrentar esses questionamentos, a discussão será pontuada em três momentos: o primeiro momento diz respeito à questão normativa que envolve a exigibilidade dos direitos fundamentais, que passa pela discussão de um sentido de Constituição que vá além de um dualismo metodológico para que se defina o que realmente se quer dizer quando se fala em concretização de direitos fundamentais bem como se coloque as bases de uma força normativa dos direitos sociais a prestações em face do Estado.

Num segundo momento, passa-se ao desafio que a exigibilidade de direitos fundamentais, a defesa de uma resposta correta no sentido de constitucionalmente adequada e a força normativa desses direitos enfrentam num nível hermenêutico. Nesse sentido, é o enfrentamento dos desafios apresentados por escolhas trágicas para que se reafirme a exigibilidade de direitos fundamentais.

Por fim, num terceiro momento, o problema da exigibilidade de direitos fundamentais é enfrentado a partir do lugar no qual desagua os conflitos referentes à sua crise de efetividade: a jurisdição constitucional. O terceiro momento desse tópico objetiva, então, discutir os pressupostos democráticos de atuação da jurisdição constitucional, de modo a melhor definir os contornos do significado do seu papel contramajoritário para que melhor se tracem as fronteiras de uma distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política, objetivo esse que congrega o papel das três perguntas fundamentais para a Crítica Hermenêutica do Direito.

¹⁷⁴ STRECK, 2017c, p. 633.

3.1. Direitos fundamentais e exigibilidade: uma questão normativa

Investigar a exigibilidade dos direitos fundamentais impõe uma reflexão sobre os limites e possibilidades da sua normatividade, o que significa pensar o sentido de uma Constituição. Ainda que se leve em consideração que a pergunta a respeito da exigibilidade dos direitos fundamentais é colocada num patamar normativo e que, portanto, tem cunho primordialmente jurídico, essa normatividade é dotada de peculiaridades.

Cumprindo indagar como essas peculiaridades se manifestam no Brasil e como elas repercutem para a análise do sentido de uma força normativa da Constituição no direito brasileiro. Nessa linha, o presente tópico se propõe a construir a afirmação de que a Constituição é norma, mas que nem sempre foi assim e, para além disso, esse fundo histórico repercute em características próprias que marcam o sentido de uma Constituição para o direito brasileiro. Por esse motivo, esse momento do trabalho discute questões afetas a uma Teoria da Constituição com base na Crítica Hermenêutica do Direito.

A própria formação de uma Teoria da Constituição autônoma é impregnada pela passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, no qual os temas relativos à legalidade, legitimidade e efetividade passam a impactar diretamente no conceito de constitucionalidade¹⁷⁵. A discussão sobre os objetivos e métodos na Teoria do Direito e do Estado (que por consequência significa discutir uma Teoria da Constituição) se coloca como uma questão paradigmática, uma vez que ultrapassa os limites de um debate estritamente teórico para significar implicações políticas que revelam a compreensão da realidade social, do papel do Estado e ainda um posicionamento no debate político¹⁷⁶.

Pensar a concretização da constituição (que de dá por sua exigibilidade) significa discutir como a constituição deve ser tratada, levando em consideração que a constituição é um processo linguístico. Nesse sentido, o caráter inescapável da linguagem perpassa a totalidade da concretização constitucional¹⁷⁷.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, M. A. C. de. **Contribuições para uma teoria crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 10.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 10–11.

¹⁷⁷ MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 122.

A busca de um sentido de constituição é, portanto, o cerne da dinâmica entre Direito e Política e do equilíbrio de forças entre essas esferas, apesar de não haver um conceito único ou definitivo sobre o seu significado. Lassalle aposta na potência da política para explicar o que define uma Constituição, vendo-a como um conjunto de relações de poder dominantes em uma sociedade¹⁷⁸. Para o autor, são os fatores reais de poder que compõem a Constituição real de um país, de modo que as questões constitucionais seriam fundamentalmente questões políticas que se manifestam num “pedaço de papel” que o autor denomina constituição jurídica¹⁷⁹.

Jellinek¹⁸⁰ trabalha com a noção de tipo ideal como a expressão perfeita, ideal de um gênero e que só de modo imperfeito pode ser realizada. Explica-se: o que Jellinek faz é consolidar uma outra face de um dualismo metodológico que já aparecia em Lassalle, e que se constitui na ideia de contraposição entre a realidade social e a normatividade constitucional¹⁸¹.

Tal contraposição denota o dualismo metodológico em Jellinek, colocando a análise histórico-social como um elemento externo à análise jurídica. Esse aspecto evidencia o impasse que melhor expressa o dualismo metodológico: o debate diante do questionamento sobre o Estado constituir uma realidade política ou um sistema de normas, ou seja, se o Estado se insere na ordem do ser ou do dever ser¹⁸². Com base no que alerta Lenio Streck¹⁸³, tanto a perspectiva de Jellinek quanto a de Lassalle, atreladas ao dualismo metodológico, fracassam ao permanecerem reféns do positivismo jurídico na medida em que reforçam a tradicional oposição entre ser e dever ser.

Em Kelsen, essa distinção entre ser e dever ser (*sein - sollen*) se apresenta no plano da vigência, uma vez que a eficácia aparece com condição de validade das normas jurídicas, sendo essa eficácia medida pela aplicação da norma por órgãos jurídicos (especialmente os tribunais) bem como pela circunstância em que a norma é respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica, ou seja, pela adoção da conduta que pela qual se evita uma futura sanção¹⁸⁴

¹⁷⁸ LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 10.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 29–30.

¹⁸⁰ JELLINEK, G. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 79.

¹⁸¹ STRECK, 2020b, p. 85.

¹⁸² OLIVEIRA, M. A. C. De, 2017, p. 14.

¹⁸³ STRECK, 2020b, p. 85.

¹⁸⁴ KELSEN, 2003b, p. 12.

Essas propostas teóricas, contudo, não conseguem enfrentar o problema da efetividade da Constituição sem se deixar vincular ao pano de fundo do positivismo jurídico. Isso porque remanesce a tentativa de explicação empírico-sociológica para um problema jurídico-normativo, contexto no qual Lenio Streck identifica a necessidade de uma “mediação hermenêutica”¹⁸⁵.

O dualismo metodológico responsável por uma perspectiva estanque que coloca uma cisão entre ser e dever ser começa a ser transposto com a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, na qual a norma jurídica não é mais percebida como algo completamente apartado da realidade. Nesse sentido, o autor aponta a insuficiência de uma compreensão materialmente vazia da norma que acaba sendo estendida aos fundamentos metódicos do tratamento do direito, isto é: Müller defende uma perspectiva normativa que já se encontra preenchida pela realidade¹⁸⁶. Para o autor, é equivocada a premissa de separação entre a norma e os fatos, ou entre direito e realidade, segundo a qual direito e realidade aparecem justapostos sem se relacionarem, se encontrando somente no âmbito da aplicação (subsunção do suporte fático)¹⁸⁷.

Em Müller o texto normativo aparece materialmente conectado ao âmbito e ao programa normativo, de modo que cada norma surge para a solução de um caso concreto único e irrepetível. Nesse sentido o autor ultrapassa a recorrente constatação da vagueza das normas jurídicas ao defender que a norma é carente de interpretação não porque ela não é unívoca e evidente, mas sobretudo porque ela precisa ser aplicada a um caso. Mesmo que ao primeiro olhar a norma pareça clara e unívoca, a norma será aplicada a um caso prático que pode destituir-lhe essa aparente clareza¹⁸⁸.

Isso se deve às diferenças materiais entre as matérias garantidas, ao seu grau de objetividade, à possibilidade de seu detalhamento jurídico que refletem na diferença de âmbito entre as normas, especialmente àquelas relativas a direitos fundamentais¹⁸⁹. A partir desse projeto teórico a norma jurídica é então encarada enquanto conceito complexo, composto por programa da norma e âmbito normativo.

¹⁸⁵ STRECK, 2020b, p. 87.

¹⁸⁶ MÜLLER, F. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 16.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹⁸⁸ MÜLLER, 2005, p. 62–63.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 63.

O programa normativo é formado pelos os elementos linguísticos do processo concretizador, por seu teor literal. Isto é, para Friedrich Müller¹⁹⁰, o teor literal serve à formulação do programa da norma. O âmbito normativo, por sua vez, é constituído pelos elementos não linguísticos, consistindo no recorte da realidade social em sua estrutura básica que o programa da norma criou para si como seu âmbito de regulamentação.

Tais conceitos contribuem para a discussão do problema de pesquisa do presente trabalho na medida em que interferem diretamente no que se entende por concretização de direitos, ou mais especificamente por concretização de direitos fundamentais. Considerado “pai do pós-positivismo”¹⁹¹ e expoente da máxima segunda a qual a norma é sempre o sentido atribuído ao texto jurídico, Müller ultrapassa a cisão entre texto e norma para superar o positivismo mostrando que o texto não subsiste sem a sua concretude que se dá na atribuição de sentido. A concretização, portanto, surge como processo que gera a norma jurídica e não como sinônimo de tornar mais concreta uma norma jurídica genérica que já estaria contida em seu teor literal¹⁹².

Essas premissas possibilitam novos termos paradigmáticos para a compreensão da norma jurídica, que se dá a partir de um modelo materialmente definido no qual a normatividade não é uma propriedade substancial dos textos legais, mas um processo efetivo e temporalmente estendido, isto é, dinâmico. Nesse processo, a norma jurídica influencia na realidade que lhe deve ser atribuída (normatividade concreta) ao mesmo tempo em que é influenciada por essa mesma realidade (normatividade materialmente determinada)¹⁹³

Esse novo paradigma é fundamental para que se possa pensar o problema de efetividade tão recorrente na doutrina constitucional brasileira. A partir do rompimento com o dualismo metodológico, é possível considerar que as carências que assolam a realidade brasileira em virtude do não cumprimento das promessas de um Estado Democrático de Direito não são descoladas de um fundo hermenêutico, pelo contrário, o problema da concretização é em si um problema normativo.

¹⁹⁰ MÜLLER, 2005, p. 38.

¹⁹¹ STRECK, 2020b, p. 419.

¹⁹² MÜLLER, 2005, p. 129.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 130.

A normatividade é construída no caso concreto como resultado de uma atividade prática que permite que os elementos linguísticos do direito (o seu teor literal) se revista de sentido pela conjugação com os elementos de fato. Ocorre que essa normatividade não é produzida por esse mesmo texto, isso porque norma e realidade já não estão mais colocados como elementos justapostos e sem nenhuma relação. A partir de Müller, texto e caso são elementos constitutivos que atuam como dados de entrada na concretização da norma¹⁹⁴.

A atividade concretizante, assim, passa a significar a construção da norma jurídica no caso a ser decidido, o que torna os elementos do trabalho textual crescentemente mais concretos a cada fase, de modo que o âmbito da norma “co-constitui a norma jurídica”¹⁹⁵. Essa questão é a chave para a ruptura com o paradigma positivista: a concretização passa de uma questão de aplicação para o patamar de produção da norma. Para Friedrich Müller concretizar significa produzir, diante da provocação de um conflito social, a norma enquanto solução jurídica defensável para o caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito¹⁹⁶. Exatamente por envolver uma questão de legitimação democrática, a pergunta pela concretização da constituição se reveste de maior urgência do que em outras áreas do direito.

Ao contrário do que se apresenta em Lassalle, Jellinek e até mesmo em Kelsen, a transposição do dualismo metodológico possibilita afirmar a constituição para além de uma lei constitucional, sendo o texto constitucional percebido como dado de entrada em conjunto de prescrições a serem concretizadas e dotadas supremacia hierárquica¹⁹⁷. Existe uma influência da realidade na norma concomitante à influência da norma nessa mesma realidade. Essa influência não permite antever todas as suas possibilidades que só se evidenciam no âmbito do caso. É a partir desses aportes teóricos que a Crítica Hermenêutica do Direito se adere à noção de diferença ontológica, para a qual texto e norma não são a mesma coisa embora haja uma diferença (ontológica) entre eles na medida em que o primeiro é tanto o ponto de partida como o limite interpretativo da norma¹⁹⁸.

A radicalização do dualismo metodológico acaba sustentando posições como a de que a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal no Brasil se

¹⁹⁴ STRECK, 2020b, p. 420.

¹⁹⁵ MÜLLER, 2005, p. 129.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 131.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 151.

¹⁹⁸ STRECK, 2020b, p. 89.

incrementa com a obediência aos controversos “sentimentos da sociedade” ou à “voz das ruas”¹⁹⁹, o que Lenio Streck define como um “Judiciário autofágico”²⁰⁰. Isso porque, no fundo, o dualismo metodológico se assenta em um ato de vontade intrínseco à ideia de vontade popular, que acaba valendo mais que a Constituição. Após mais de 30 anos da vigência da Constituição Federal de 1988, esse dualismo metodológico arraigado no imaginário jurídico brasileiro (que acaba se evidenciando inclusive nas doutrinas neoconstitucionalistas conforme trabalhado no tópico anterior), torna o Judiciário um elemento dispensável. Resta a urgência de aprofundar o significado do Estado de Direito, tanto em sede de ensino jurídico como em teoria política, já que o cenário atual coloca em risco as próprias garantias constitucionais²⁰¹.

Para enfrentar essa questão, o presente tópico apresenta três faces da exigibilidade em nível constitucional, elemento que funda a primeira pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito e que tem como pano de fundo o próprio significado de Estado de Direito e de legalidade constitucional. Para fins de organização do debate, essa exigibilidade é aqui trabalhada em três níveis, quais sejam: a positivação de direitos em nível constitucional, a atribuição de força normativa a esses direitos e a edificação de um Estado de Direito pautado em uma legalidade constitucional (que será melhor abordado no terceiro tópico desse capítulo). Essas três perspectivas são necessárias e também se complementam, uma vez que a normatividade constitucional não é aqui encarada enquanto uma qualidade estática (dada) de textos normativos. Trata-se de um processo baseado no comprometimento com o Estado de Direito e com a democracia, processo esse que parte do texto normativo, encontrando nele seus limites²⁰².

A primeira perspectiva a partir da qual se torna possível trabalhar a exigibilidade dos direitos fundamentais percebe a tendo como ponto de partida o seu texto, aderindo à ideia de que uma das faces do seu significado está atrelada a uma codificação que a coloca na posição de supremacia no plano intra-estatal, a partir de um texto posto em vigor e não invalidado²⁰³.

¹⁹⁹ Barroso afirma que stf deve corresponder aos sentimentos da sociedade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade?imprimir=1>

²⁰⁰ STRECK, 2020b, p. 89–90.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² MÜLLER, 2005, p. 125.

²⁰³ *Ibid.*

A codificação constitucional passa, portanto, pela positivação de direitos em nível constitucional, a partir da qual se pode falar em direitos fundamentais. Esse processo permitiu que a atividade do jurista assumisse um caráter técnico e cognitivo, mais do que político, o que provocou a substituição de um direito político pela tecnicização da profissão jurídica que desagua na noção de direito constitucional alavancada no século XIX²⁰⁴.

A partir disso, exsurge o questionamento: o que se quer dizer quando se fala em direitos fundamentais? No plano da Teoria do Direito, a definição mais difundida de direitos fundamentais é a que identifica esses direitos com aqueles que são titularizados universalmente a todos enquanto pessoas, ou enquanto cidadãos com capacidade de agir e que são, portanto, inalienáveis e indisponíveis. No plano do direito positivo, os direitos fundamentais têm o seu reconhecimento alavancado pela inserção, no plano do ordenamento internacional, de direitos universais e indisponíveis na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos tratados internacionais e nas demais convenções internacionais sobre os direitos humano, que servem como impulso ao reconhecimento desses direitos no plano do direito interno²⁰⁵.

No presente trabalho se entende enquanto fundamentais os direitos que nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados²⁰⁶. O que diferencia, portanto, um direito fundamental de um não fundamental é aqui colocado a partir de uma definição formal, segundo a qual são fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro os direitos assim definidos na Constituição de 1988.

Essa opção na seara terminológica se dá pela necessidade de um critério unificador para os fins desse estudo, justificada pela consonância com a própria utilização adotada na Constituição de 1988, que na epígrafe do Título II se refere a “Direitos e Garantias Fundamentais”, inspirada especialmente na terminologia adotada Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição portuguesa de 1976²⁰⁷.

Esse critério não invalida a abertura para o reconhecimento de direitos fundamentais não explícitos, possibilidade esta que é assegurada pelo art. 5º, § 2º da

²⁰⁴ BERCOVICI, G. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 174.

²⁰⁵ FERRAJOLI, L. **Democracia y garantismo**. Madri: Editorial Trotta, 2008. p. 43.

²⁰⁶ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 35.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 28.

Constituição de 1988 na medida em que determina que os direitos previstos constitucionalmente “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais a que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nesse sentido, para fins de unidade terminológica do trabalho, serão considerados fundamentais os direitos assim definidos constitucionalmente e para os direitos ínsitos ao ser humano definidos por tratados internacionais será reservada a expressão direitos humanos, acompanhando assim a própria terminologia utilizada no texto constitucional.

Levando em consideração que a recepção dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo se deu de forma gradativa, é possível apontar um momento crucial que se dá na *Magna Charta Libertatum*, firmada pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses em 1215. Isso porque, apesar de ter funcionado como uma garantia voltada aos nobres ingleses e de ter excluído uma grande parcela da população, a *Magna Charta* se tornou uma referência para direitos e liberdades civis clássicos como o *habeas corpus*, o devido processo legal e o direito à propriedade. O caráter fundamental dos direitos reconhecidos na época medieval fracassa, contudo, uma vez que não reconheciam direitos gerais e sim regalias à nobreza e Igreja²⁰⁸.

As constituições liberais proporcionam a inserção de um novo desenho político institucional, no qual as escolhas geracionais a respeito dos direitos substantivos passam a estar assentadas em um documento escrito que é o texto constitucional. Nesse sentido, as constituições escritas são um legado do Estado Moderno e das inovações consolidadas na segunda metade do século XVIII com a Revolução Francesa e a independência americana, que proporciona a concepção de um documento escrito destinado a assegurar as suas conquistas²⁰⁹.

Esse ponto é de extrema relevância para que se afirme a dimensão histórica do constitucionalismo, o que inclui compromissos firmados na comunidade política que se projetam inclusive para decisões futuras. Nesse sentido, a codificação em nível constitucional, ou seja, a inserção de um catálogo de direitos fundamentais nos textos constitucionais, representou uma oposição ao comprometimento do Poder Judiciário com os interesses das camadas mais abastadas da sociedade. Após a Revolução

²⁰⁸ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 41.

²⁰⁹ MENDES, G. F.; COELHO, I. M. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1049.

Francesa, o movimento codificador projeta uma legislação que expressasse a vontade popular representada por mandatários eleitos. A legislação aparecia, assim, como a expressão da vontade popular, enquanto as decisões do Poder Judiciário eram vistas como um direito produzido judicialmente que refletia os interesses dos membros da oligarquia que compunha os Tribunais²¹⁰.

Essa reconstrução do constitucionalismo serve ao propósito de evidenciar que existe uma carga histórica atrelada ao sentido de constituição que impacta diretamente na sua normatividade. Isso porque a ideia de que a constituição possui força normativa, hoje amplamente aceita, é muito mais uma construção de um constitucionalismo recente do que uma máxima que sempre existiu. Grande parte da tradição constitucional ibero-americana em matéria de direitos fundamentais e mais especificamente no que tange os direitos sociais é carregada de uma dogmática jurídica que cede a argumentos de fundo político²¹¹.

Mesmo que a grande maioria das constituições da América Latina tenha revisitado o seu texto para ampliar o seu catálogo de direitos fundamentais, especialmente os sociais, por algum tempo foi repetida a ideia de que os direitos sociais constituem normas apenas programáticas, que não outorgam direitos subjetivos e que, portanto, têm a sua exigibilidade comprometida. Essa perspectiva foi responsável por traçar uma diferenciação no valor normativo entre os chamados direitos civis ou liberdades individuais (aqueles relativos à autonomia) e os direitos sociais, ao quais se relegou um caráter meramente simbólico ou político, mas de pouca exigibilidade jurídica²¹².

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, contexto em que se popularizou a discussão a respeito da eficácia do texto constitucional. O Direito Constitucional brasileiro, a partir daí, é colocado diante do desafio de atribuir normatividade às normas reconhecidas como programáticas²¹³.

²¹⁰ CAENEGEM, R. C. Van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 106–108.

²¹¹ COURTIS, C.; ABRAMOVICH, V. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. *In*: COURTIS, C.; EDITORES, R. Á. S. (org.). **La protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 3–4.

²¹² *Ibid.*, p. 4.

²¹³ ABOUD, G.; NERY JUNIOR, N. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 134.

Jorge Miranda²¹⁴ aponta como programáticas as normas dirigidas a certos fins e transformações não só da ordem jurídica, mas também das estruturas sociais e da realidade constitucional, abrangendo uma concretização indissociável desta realidade. São, portanto, normas que impõem tarefas ao Poder Público de modo a prescrever ação futura, sendo dotadas de força jurídica e condicionando também a atividade dos demais Poderes.

As normas programáticas, para José Afonso da Silva²¹⁵, enquadram-se como um subtipo das normas de eficácia limitada que integram a classificação capitaneada por esse autor e muito difundida na doutrina brasileira, diferenciando as normas constitucionais quanto à sua aplicabilidade entre normas constitucionais de eficácia plena (as que possuem desde pronto os elementos necessário para disciplinar as relações jurídicas), normas de eficácia contida (as que estão aptas mas podem ser restringidas pelo legislador) e as normas de eficácia limitada, que seriam aquelas que apenas produzem os seus efeitos se sofrerem regulamentação, deixada a cargo do ente dotado de competência legislativa para o qual surge o dever constitucional de legislar.

As normas não exequíveis por si mesmas, por essa perspectiva, se diferenciam das normas programáticas uma vez que as primeiras demandam intervenção legislativa para se efetivarem, ao passo que as normas programáticas podem depender de lei, mas também – e principalmente – dependem de providências administrativas e materiais, estando condicionadas não somente a fatores jurídicos e políticos, mas também a fatores econômicos e sociais²¹⁶.

Esse quadro teórico é transformado pela ideia de força normativa da Constituição, que tem como expoente Konrad Hesse, responsável por difundir a noção de que o texto constitucional vale em sua completude, de modo que se mostra inviável a diferenciação entre textos constitucionais possuidores e não possuidores de normatividade. A ideia de força normativa coloca abaixo a concepção de Constituição como mera carta política ou protocolo de intenções²¹⁷.

²¹⁴ MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 311.

²¹⁵ SILVA, J. A. Da, 2004, p. 84.

²¹⁶ MIRANDA, 2015, p. 316.

²¹⁷ HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 25.

Hesse²¹⁸ desenvolve um projeto teórico voltado a demonstrar que as Constituições integram o campo da ciência normativa que transpõe o isolamento entre norma e realidade. Para isso, o autor reconhece que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, de modo que a “Constituição real” (formada pelos fatores reais de poder) e a “Constituição jurídica” (o documento jurídico que consolida a Constituição) se relacionam de forma coordenada, se condicionando mutuamente sem depender uma da outra. Com isso Hesse afirma um significado próprio da Constituição jurídica, dotada de uma pretensão de eficácia que faz com que essa Constituição adquira força normativa de forma proporcional à sua realização²¹⁹.

No mesmo sentido, García de Enterría define como inevitável o entendimento de que a Constituição é norma, uma vez que o entendimento que contraria essa normatividade a equipara a uma estrutura política, o que ocasiona confusão entre direito constitucional e ciência política, ou seja, entre uma metodologia jurídica e uma metodologia sociológica. A Constituição deixa, assim, o lugar do plano das ideias para ocupar a posição de um documento jurídico com conteúdo específico e efeitos determinados, tantos sobre os cidadãos como sobre os juízes na medida em que impõe parâmetros interpretativos²²⁰.

Hesse ressalta a importância da dimensão histórica para o sentido de uma Constituição, ao afirmar que ela só se desenvolve de forma vinculada a uma situação histórica concreta e suas condicionantes. Isso faz com que se ultrapasse os limites da Constituição enquanto mera construção teórica para que se defenda a sua força vital no tempo e nas circunstâncias e no caráter nacional que a fundamenta.

A norma constitucional, assim, objetiva constituir o futuro com base na natureza singular do presente, o que significa que a eficácia da Constituição se assenta em seu vínculo com o seu tempo que permite o seu desenvolvimento enquanto ordenação objetiva²²¹. Para Hesse, a Constituição é condicionada pela realidade histórica, mas é por seu elemento normativo que ela conforma a realidade política e social²²². O que se percebe é que, mesmo que Hesse permaneça refém do dualismo metodológico ao repristinar uma perspectiva de separação entre “Constituição jurídica” e “Constituição

²¹⁸ HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13–14.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 16.

²²⁰ ENTERRIA, E. G. de. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madri: Editorial Civitas, 1994. p. 30–31.

²²¹ HESSE, 1991, p. 17–18.

²²² *Ibid.*, p. 24.

real”, a ideia de força normativa da Constituição representa um avanço por consolidar a afirmação, presente desde Kelsen²²³, de que a Constituição é norma, mas especialmente por reconhecer a sua aptidão de impor tarefas e também por alçar a Teoria da Constituição e o direito constitucional a um lugar de protagonismo.

Tudo isso repercute para os desafios que emergem ao se projetar um sentido de Constituição para a realidade brasileira, com uma série de questões que circundam a sua carência por efetividade. De pronto, retorna-se ao que foi debatido no início desse tópico para reafirmar que o problema da efetividade (ou o problema da concretização) não pode ser encarado como uma questão de empirismo sociológico que desconsidere o seu inevitável fundo hermenêutico. A partir de Friedrich Müller, como visto, o problema da concretização é um problema normativo.

O problema da exigibilidade dos direitos fundamentais no contexto brasileiro está, portanto, impregnado de uma carga histórica que diz respeito às próprias peculiaridades que revestem o constitucionalismo no Brasil. Paulo Bonavides²²⁴ identifica três fases que compõem a evolução constitucional do Brasil, com base em aspectos políticos e jurídicos que tiveram influxo relevante na caracterização formal das instituições.

A primeira fase é vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX e se estende da independência em 1822 até o advento da República em 1889 e ficou marcada pelo acréscimo do Poder Moderador à tradicional tripartição de poderes, poder este que centralizava prerrogativas de poder pessoal das quais o Imperador era titular o que provocou a carência de autonomia provincial e a ausência de poderes descentralizados que desintegrou politicamente o regime monárquico²²⁵.

Nesse contexto, preponderava na Constituição um conteúdo eminentemente formal, dotado de eficácia plena quanto à estruturação dos poderes. Quanto aos direitos fundamentais, não havia a ideia de uma ordem objetiva que irradiasse pelo ordenamento jurídico e instituições estatais, obstaculizada pelo descompasso entre as proclamações liberais de contenção do poder do Estado e o propósito de manutenção da ordem e união nacional²²⁶.

²²³ KELSEN, 2003b, p. 246–255.

²²⁴ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 361.

²²⁵ *Ibid.*, p. 364.

²²⁶ FILHO, J. M. L.; LIMA, M. M. B. AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL NO IMPÉRIO THE. *In:* , 2010, Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010. p. 6268–6279. p. 6276.

A segunda etapa do constitucionalismo brasileiro representa uma ruptura que deslocou o Brasil constitucional da Europa para os Estados Unidos, do modo que a preponderante influência francesa deu lugar aos influxos da Constituição norte-americana no campo jurídico e à defesa de um Estado Liberal no campo político, que na terceira fase, inaugurada com a Constituição de 1934, cede espaço a um modelo de Estado Social de inspiração alemã²²⁷.

Retornando à questão central, que diz respeito ao sentido de exigibilidade dos direitos fundamentais no constitucionalismo brasileiro, Lenio Streck é assertivo em afirmar que no contexto brasileiro noções como as de Constituição dirigente (à qual se retornará em tópico posterior), força normativa da Constituição e Constituição compromissória não podem ser relegadas a um plano secundário. Isso porque persiste o déficit de efetivação das promessas contempladas pelo texto constitucional de 1988, motivo pelo qual, especialmente aqui, “o constitucionalismo não morreu”²²⁸.

Dessa forma, se impõe a discussão acerca do Constitucionalismo Contemporâneo no Brasil, marcado por dispositivos constitucionais não efetivados que alcança um grau de descumprimento que ultrapassa o plano da atividade legislativa, ou seja, vai além de uma mera questão de parâmetro constitucional confrontado com a legislação infraconstitucional. Esse quadro que pode ser chamado de falta de efetividade deriva da não construção das condições de possibilidade para a constitucionalização do debate acerca do direito no Brasil, obstaculizado por posturas solipsistas. Enfrenta-se uma crise de paradigmas, provocada pelo contraste entre uma Constituição que aponta um novo direito de perfil transformador enquanto persistem juristas inseridos no senso comum teórico²²⁹ integrando a prática dos Tribunais, as salas de aula e a doutrina, “operando” o direito como uma mera racionalidade instrumental²³⁰.

²²⁷ BONAVIDES, 2004, p. 366.

²²⁸ STRECK, 2020f, p. 95.

²²⁹ Termo utilizado por Luís Alberto Warat para designar um conhecimento constituído por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico. O senso comum teórico, para Warat, é uma significação extraconceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme. A expressão “senso comum teórico” é utilizada por Warat para evidenciar as máscaras do “óbvio”, mostrando/denunciando, no âmbito da Teoria do Direito, que as “obviedades, certezas e verdades” transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas. Nesse sentido, ver: WARAT, L. A. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48–57, 1982. Disponível em: <https://doi.org/https://doi.org/10.5007/%25x>

²³⁰ STRECK, 2020f, p. 95.

Essas questões levam a pensar o lugar de uma Teoria da Constituição no Brasil, que inclua o problema da exigibilidade dos direitos fundamentais diante de um conteúdo vasto proporcionado pelo texto constitucional em contraste com os obstáculos à sua concretização. As peculiaridades que permeiam o problema do cumprimento da Constituição no Brasil demandam um elevado grau de comprometimento constitucional que precisa ser conciliado com a escassez de recursos (problema que será melhor tratado no tópico 5).

Por ora, é relevante pontuar que permanece a necessidade de afirmar os pressupostos clássicos do constitucionalismo relativos à limitação do poder pela Constituição, na esteira de Fioravanti²³¹ que coloca o constitucionalismo como um conjunto de doutrinas que a partir da metade do século XVII se dedicaram a recuperar os aspectos de limite e garantia no horizonte de uma constituição para o Estado Moderno.

Por outro lado, também se mostra urgente a necessidade de situar a Teoria da Constituição, como quer Bercovici²³², ao lado das situações concretas históricas de cada país, de modo a integrar em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídico para que se ofereça melhores respostas à demanda por exigibilidade/efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. Nessa esteira, o direito constitucional se reveste de elementos para que possa adquirir dimensões concretas e históricas, para além de uma normatividade independente e autônoma (cuja relevância foi a reafirmada ao longo desse tópico), mas que também possua história e temporalidade próprias. Isso porque essas diversas realidades históricas e temporais que vão conformar não uma, mas várias Teorias da Constituição adequadas à sua realidade concreta.

Diante dessas questões, Jeremy Waldron²³³ apresenta uma coerente preocupação com a banalização do constitucionalismo, recordando que as Constituições não tratam apenas de restringir e limitar o poder, mas que também exercem o papel de conferir poder de participação popular numa democracia, autorizando a participação cidadão na produção legislativa e no direcionamento da

²³¹ FIORAVANTI, M. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madri: Editorial Trotta, 2011. p. 85.

²³² BERCOVICI, G. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 61, p. 5–24, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0102-64452004000100002p.22>.

²³³ WALDRON, J. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/9781444310399.ch15p.43>.

agenda governamental. Nesse sentido, Waldron propõe uma análise cética a respeito do que se entende como constitucionalismo, alertando para o fato de que a utilização retórica do termo acarreta o risco de esvaziamento de seu conteúdo, de modo que se perde a reflexão e especialmente a atualização do que se entende por constitucionalismo. Nesse sentido, estabelece as bases para rediscutir a relação entre constitucionalismo e democracia, o que impacta diretamente na sua visão a respeito da manutenção do modelo de *judicial review*²³⁴.

Para os fins desse tópico, importa o seguinte balanço: a exigibilidade dos direitos fundamentais que integra a primeira pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito é fundada na normatividade constitucional. Para inserir essa questão na realidade brasileira, é preciso levar em conta que existe um problema derivado do descumprimento dos direitos fundamentais extensivamente definidos no texto constitucional principalmente após a Constituição de 1988, o que coloca o direito constitucional brasileiro numa esfera de tensão entre a normatividade constitucional o agir público.

Como bem coloca Waldron, essa tensão não deve esvaziar ou banalizar próprio significado de constitucionalismo, de modo que é preciso acrescentar o direcionamento do agir público e próprio elemento democrático à clássica visão do constitucionalismo enquanto limitação do poder estatal. Esses pontos contribuem para demonstrar que esses desafios só reforçam a necessidade de vincular a Teoria da Constituição a um sentido de constituição que é historicamente construído, e por isso vincula não só o agir estatal, mas que também se projeta para decisões futuras.

Isso insere a Constituição na realidade política, para além de uma categoria exclusivamente jurídica/normativa mesmo que se mantenha como o alicerce de um direito autônomo. Esse equilíbrio só pode ser proporcionado pelo rompimento do dualismo metodológico que permite uma Teoria da Constituição compatível com o paradigma hermenêutico. Tudo isso permite afirmar que a exigibilidade de direitos fundamentais é um problema normativo de fundo hermenêutico que, por isso, inclui o mundo prático. É nesse sentido que se coloca a primeira pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito.

²³⁴ WALDRON, J. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/9781444310399.ch15>, p. 23–44.

3.2. Direitos fundamentais a prestações: definindo o universo pesquisado

Muito embora não seja o intuito desse trabalho estabelecer uma barreira às possibilidades de utilização das três perguntas fundamentais para movimentar a discussão sobre o ativismo judicial, é necessário que se coloque uma delimitação dos desdobramentos que fazem parte da discussão na tese. Conforme apontado na introdução, ao passo que se reconhece a possibilidade da sua utilização em outros âmbitos, o presente trabalho pretende investigar o potencial normativo das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito a partir de dois recortes: a) direitos sociais a prestações; b) opostos em face do Estado.

Trata-se de uma escolha na delimitação dessa pesquisa que determina a sua estrutura e os pontos levantados no debate, reconhecendo a impossibilidade de abranger de uma só vez toda a potencialidade do uso das três perguntas fundamentais, motivo pelo qual foi necessário optar por abordá-las de um ponto de vista mais conectado ao problema dos limites da atuação do Poder Judiciário quando este decide demandas sobre direitos fundamentais que movimentam o agir estatal.

Conforme abordado no tópico anterior, a partir de uma noção de constitucionalismo e da força normativa da Constituição é possível afirmar a exigibilidade dos direitos fundamentais, ou seja, a possibilidade de exigi-los do Estado de um modo geral ou por via judicial nos casos em que o Estado não tenha espontaneamente cumprido as determinações constitucionais. Ocorre que os contornos dessa exigibilidade merecem uma discussão um pouco mais aprofundada.

Sabe-se que a Constituição é norma e por isso os direitos fundamentais são dotados de força normativa e, por consequência, de exigibilidade. Permanecem, no entanto, os questionamentos sobre essa exigibilidade especialmente quando se colocam em pauta direitos fundamentais que movimentam o agir do Estado. O presente tópico, nesse sentido, objetiva discutir a abrangência dos direitos fundamentais a que se dedica essa pesquisa, estabelecendo elementos conceituais que são importantes para delimitar o âmbito das repercussões que serão posteriormente trabalhadas no decorrer deste e dos próximos capítulos. O estabelecimento dos critérios que delimitam a discussão dessa tese se coloca a partir da seguinte indagação: como e quais são os direitos fundamentais que movimentam o agir do Estado?

Primeiramente cabe situar o tema em seu contexto: a partir da concepção de Estado Social e Democrático de Direito (que será melhor trabalhada no tópico 4.1) incumbe ao Estado, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de disponibilizar meios materiais e implementar condições fáticas que permitam o exercício das liberdades fundamentais. Os direitos fundamentais a prestações objetivam, portanto, a liberdade por intermédio do Estado, o que depende de uma postura ativa dos poderes públicos²³⁵.

Os direitos sociais significam, portanto, a legitimação de políticas públicas que representam para o Estado uma tarefa de inclusão social politicamente mediada²³⁶. Nessa linha Canotilho, por exemplo, defende uma “posição jurídico-prestacional”²³⁷ a partir da qual os direitos a prestações, nos quais se inserem os direitos sociais, assumem a mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa e se manifestam na forma de direitos subjetivos prestaçionais derivados diretamente da Constituição²³⁸, muito embora o autor demonstre uma preocupação com os desafios impostos pela crise do Estado de Bem-Estar Social que afeta as condições básicas para que o Estado desempenhe essas tarefas²³⁹.

Nesse sentido, o significado dos direitos sociais está intimamente ligado a um modelo de Estado. No Brasil, essa questão fica evidente com a inclusão na Constituição Federal de 1988 de um elenco inovador em termos de direitos sociais no título dos direitos e garantias fundamentais em conjunto com normas que versam sobre matéria econômica, social, ambiental e cultural nos títulos da ordem constitucional econômica e social. A partir desse aparato normativo, fortaleceu-se a ideia de que os direitos sociais configuram direitos a prestações, sendo considerados direitos exigíveis na condição de direitos subjetivos, inclusive numa esfera individual²⁴⁰.

²³⁵ SARLET, 2015, p. 191.

²³⁶ CANOTILHO, J. J. G. O direito constitucional como ciência de direção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, É. P. B. (org.). **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 11–31. p. 21.

²³⁷ *Ibid.*, p. 11–12.

²³⁸ *Ibid.*, p. 12.

²³⁹ *Ibid.*, p. 19.

²⁴⁰ WOLFGANG SARLET, I. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações / Fundamental rights to social benefits and crisis: some Remarks. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 459–488, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.v16i2.6876>, p. 462.

Isso quer dizer que a questão da exigibilidade dos direitos sociais como direitos fundamentais, do ponto de vista jurídico, se assenta na ideia de um direito a prestações, ou seja, de posições subjetivas exigíveis em face do Estado e mesmo da sociedade²⁴¹. A constitucionalização dos direitos sociais pela previsão de critérios de matriz constitucional os coloca, portanto, como parâmetro para um controle da legitimidade das medidas que afetam os níveis de prestação social. Essa discussão irradia para a esfera política na medida em que os parâmetros constitucionais condicionam as reformas legislativas²⁴².

Dessa forma, prepondera no debate a respeito da exigibilidade de direitos fundamentais a ideia de que os direitos sociais constituem direitos públicos subjetivos (ou direitos a prestações), o que os torna plenamente judicializáveis. A exigibilidade dos direitos sociais é, portanto, guiada por uma pretensão de efetividade direcionada ao Estado, visto que, na condição de direitos a prestações, os direitos sociais têm por objeto prestações estatais vinculadas à criação, destinação e distribuição de bens materiais, o que gera para esses direitos uma dimensão economicamente relevante que será melhor abordada no quinto capítulo²⁴³.

A noção de que os direitos sociais constituem direitos públicos subjetivos fundamentou, portanto, a possibilidade de que esses direitos fossem postulados judicialmente, o que desaguou num aumento de ações judiciais que situam o Poder Judiciário numa esfera de tensão, a partir da qual o juiz passa a exercer, como visto no capítulo anterior, um papel de destaque na realização desses direitos que se bifurca tanto na perspectiva de uma judicialização da política como, por outro lado, do ativismo judicial enquanto exercício arbitrário da função judicial.

Exatamente pelo risco do ativismo judicial, o Judiciário deve considerar a natureza complexa da normatividade dos direitos fundamentais de modo que a sua exigibilidade não funcione como uma autorização genérica para que o juiz interfira no desempenho da função política inerente aos poderes Legislativo e Executivo. Em outras palavras: o reconhecimento da exigibilidade dos direitos fundamentais a prestações não pode funcionar como um alibi para a instrumentalização do direito à

²⁴¹ WOLFGANG SARLET, I. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações / Fundamental rights to social benefits and crisis: some Remarks. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 459–488, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.v16i2.6876>, p. 467.

²⁴² *Ibid.*, p. 467–468.

²⁴³ *Ibid.*, p. 468.

vontade do intérprete. Para enfrentar essa questão, é preciso responder à seguinte indagação: em que situações os direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais, configuram pretensões jurídico-subjetivas aptas a serem reclamadas por via judicial, inclusive de modo individual?

A resposta precisa, primeiramente passar pelo fato de que os direitos sociais não se resumem à condição de direitos subjetivos, apresentando uma estrutura complexa e multifuncional. Fazendo a ressalva de que se trata de um autor distante dos pressupostos filosóficos da Crítica Hermenêutica do Direito, a elaboração de Robert Alexy²⁴⁴ pode servir para ilustrar a complexidade normativa dos direitos fundamentais.

Para o autor, um direito fundamental em sua completude é formado por um feixe de posições de direitos fundamentais atribuídas a uma disposição de direitos fundamentais. Do ponto de vista do cidadão, um direito fundamental pode abarcar três posições de espécies diferentes: a) uma liberdade jurídica para realizar atos; b) um direito de que o Estado não embarace determinado ato, ou seja, um direito a uma ação negativa do Estado que garante essa liberdade jurídica (direito de defesa); c) o direito a uma ação positiva do Estado que proteja essa liberdade²⁴⁵.

O exemplo de Alexy contribui para explicitar um raciocínio que pode ter sido ofuscado pela difusão de um imaginário jurídico ainda em alguma medida baseado nas gerações de direitos fundamentais: por mais que elas possam ter um significado no sentido histórico, do ponto de vista normativo, os direitos fundamentais não funcionam de forma estanque, podendo intercambiar as suas características²⁴⁶. Isso significa afirmar que, em face da sua estrutura normativa, os direitos fundamentais possuem concomitantemente os traços que seriam peculiares a cada uma das suas dimensões: (i) dirigindo deveres de abstenção ao Poder Público; (ii) impondo ao Estado obrigações de prover prestações fáticas e normativas; (iii) possuindo ao mesmo tempo tanto a titularidade transindividual quanto a titularidade individual²⁴⁷.

Além disso, existem dois prismas a partir dos quais se pode observar as normas de direito fundamental: por uma perspectiva subjetiva que parte do titular do bem

²⁴⁴ ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 250.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ HACHEM, D. W. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404–436, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/RECHTD.2019.113.08p.6>.

²⁴⁷ ALEXY, 2015, p. 250.

jurídico tutelado, a partir da qual se multiplicam as possibilidades de posições jurídicas²⁴⁸; por outro lado, uma perspectiva objetiva revela deveres jurídico do Estado na medida em que os direitos fundamentais impõem obrigações que independem inclusive de uma reivindicação subjetiva²⁴⁹. Nessa perspectiva o poder público é compelido a criar condições de fruição de bens jurídicos em nível estrutural, criando mecanismos adequados para a sua proteção e estruturas organizacionais aptas à adoção de medidas para a sua integral realização, de modo que os direitos fundamentais não sejam pensados unicamente como direitos subjetivos²⁵⁰.

É importante ressaltar que o fato de a Constituição albergar direitos não tem como consequência automática o nascimento de pretensões que podem ser demandadas judicialmente. Se a partir da ideia de força normativa da Constituição, conforme visto no tópico anterior, os direitos fundamentais deixam de ser somente recados para o legislador, por outro lado, qualquer direito precisa ter os seus contornos delineados para que se possa definir o que pode ser demandado como pressuposto para a sua satisfação integral, quer seja a demanda oposta em face de um particular, quer seja ela oposta em face do Estado²⁵¹.

O que se pretende afirmar é que a pura enunciação constitucional de um direito fundamental não oferece uma resposta pronta: não obstante a sua previsão constitucional, em muitos casos não se tem delineado o conteúdo e a extensão do dever geral de promoção desses direitos²⁵². Existe, contudo, um problema quando essa característica é utilizada para o abandono da análise interna do direito, convertendo-se na desconsideração da norma e das opções democráticas do legislador em nome de uma interpretação supostamente mais favorável aos hipossuficientes²⁵³. Isso fica especialmente evidente quando se fala de direitos sociais de caráter prestacional.

²⁴⁸ ALEXY, 2015, p. 250.

²⁴⁹ HACHEM, D. W. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 618–688, 2013. p. 624.

²⁵⁰ HACHEM, 2019, p. 22.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 27.

²⁵² LÍRIO DO VALLE, V. R.; DO ESPÍRITO SANTO DE OLIVEIRA DIAS, P. Indeterminação dos direitos sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 73, p. 207–228, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.21056/aec.v18i73.940p.224>.

²⁵³ RODRIGUES JUNIOR, O. L. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13–52, 2010. Disponível em:

A partir da teoria de base que guia esse trabalho que é a Crítica Hermenêutica do Direito, é perceptível que o cerne da questão está, novamente, na diferença entre texto e norma, abordada no tópico anterior. A partir desse pressuposto teórico, existe uma diferença ontológica na qual o texto é um ponto de partida e um limite interpretativo da norma²⁵⁴. Quando se transpõe o mesmo raciocínio para a questão dos direitos fundamentais, vê-se que esses acontecem em sua concretude por meio de uma referência recíproca, sendo inúteis as tentativas de capturar a norma a partir de um texto²⁵⁵.

Partindo dos pressupostos teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito fundada por Lenio Streck²⁵⁶, o presente trabalho define o seu objeto de pesquisa em torno de direitos sociais de caráter prestacional, ao qual esse tópico pretende oferecer elementos para sua definição. Tomando como referência o texto constitucional, os direitos fundamentais a prestações encontram amparo com a abertura de um capítulo dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Os direitos a prestações não se resumem, contudo, aos direitos sociais, conforme o que foi trabalhado no decorrer desse tópico, os direitos fundamentais podem apresentar múltiplas características.

Como lembra Ingo Sarlet²⁵⁷, embora de um modo geral os direitos a prestações tenham sido associados aos direitos sociais a prestações, relacionados à segunda dimensão dos direitos fundamentais, esses direitos já se faziam presente em alguma medida desde o Estado liberal. Com isso, o autor afirma que os direitos fundamentais a prestações não se identificam, em toda a sua extensão, com os direitos sociais. Relativos a uma postura ativa do Estado, os direitos fundamentais a prestações abrangem uma variedade de posições jurídicas que mudam conforme o seu objeto, seu destinatário e também em razão da sua estrutura normativa, podendo se manifestar na forma de direitos a prestações materiais sociais quando vinculados às funções do Estado Social²⁵⁸.

Compreendido de forma ampla, os direitos a prestações representam uma ação positiva que, para efeito da delimitação adotada nesse trabalho, compreende o

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4056713> e <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4056713.pdf>. 30.

²⁵⁴ STRECK, 2020b, p. 89.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 425–426.

²⁵⁶ STRECK, 2021b.

²⁵⁷ SARLET, 2015, p. 192.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 195.

direito a uma ação do Estado. Nessa perspectiva os direitos a prestações se opõem aos chamados direitos de defesa no qual se incluem os direitos a uma abstenção do Estado, ou seja, a uma ação negativa que exerce o papel de impor limites ao Estado na persecução de seus objetivos ²⁵⁹.

O que torna nítida a caracterização de um direito social de cunho prestacional, nesse sentido, é o conteúdo da prestação que consiste na tarefa de promoção do Estado Social²⁶⁰ mediante a compensação de desigualdades fáticas em nome da justiça social, garantindo o acesso a bens e serviços especialmente à população socialmente vulnerável. Isso significa que a qualificação desses direitos está vinculada mais à sua tutela do que propriamente à sua titularidade individual ou coletiva uma vez que, como vista, essa titularidade se insere num feixe de múltiplas posições o que torna a titularidade dos direitos fundamentais simultaneamente individual e transindividual²⁶¹.

Ainda assim, o critério central para a definição dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional que definem o universo pesquisado nessa tese, parte do pressuposto de que os de que assim o são os direitos previstos de forma expressa na Constituição à qual, primariamente, é reserva a expressão “direitos fundamentais sociais”²⁶². O caráter prestacional desses direitos, por sua vez, reside na ideia de um direito a ações positivas do Estado que lhe impõem a persecução de determinados objetivos que assumem a posição de direitos constitucionais subjetivos por parte dos cidadãos²⁶³.

Tomando como pressuposto as discussões abordadas até aqui, cabe ressaltar a importância dessa definição para localizar os seus desdobramentos que serão aqui analisados quanto às três perguntas fundamentais da CHD, bem como para determinar um critério material de seleção da dos casos relevantes para o trabalho na jurisprudência. Ressalte-se, contudo, que se trata de uma definição de cunho meramente metodológico com o objetivo de centralizar as discussões no espaço desse trabalho, mas que não influencia diretamente na direção do argumento central da tese. A obrigatoriedade das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito é uma questão de princípio que, por isso, antecede a sua aplicação.

²⁵⁹ ALEXY, 2015, p. 442.

²⁶⁰ SARLET, 2015, p. 209.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 225–226.

²⁶² ALEXY, 2015, p. 499.

²⁶³ *Ibid.*, p. 444.

Sendo assim, quando se pergunta, por exemplo, pela presença de um direito fundamental exigível, essa é uma questão fundada no princípio da legalidade no plano constitucional. A definição de um escopo em torno do debate sobre os direitos sociais, no sentido de direitos de caráter prestacional, se dá por dois motivos: primeiramente pelo fato de que, por serem decorrência de um modelo de Estado, esses direitos são centrais para o debate no qual se insere as três perguntas: os limites da atuação Judicial diante da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política.

Além disso, adotando como teoria de base a Crítica Hermenêutica do Direito fundada por Lenio Streck, não se pode deixar de considerar a existência de um projeto teórico em torno das três perguntas fundamentais como uma proposta de limite à atuação do Poder Judiciário em provimentos que determinam um fazer estatal. Como afirma o autor²⁶⁴, as três perguntas fundamentais da CHD se voltam para o debate em torno dos direitos de caráter prestacional ou, em suas palavras, “elas são condição para o enfrentamento crítico-reflexivo do debate sobre a prestação pública em sede de direitos sociais (ou dos limites da atividade jurisdicional em relação aos direitos de caráter prestacional)”.²⁶⁵

²⁶⁴ STRECK, 2021b.

²⁶⁵ *Ibid.*

3.3. Direitos fundamentais e resposta constitucionalmente adequada: o problema das escolhas trágicas

Ainda no tocante aos limites e possibilidades normativas dos direitos fundamentais, debatidos no tópico anterior, permanece o questionamento a respeito da prevalência da força normativa dos direitos fundamentais frente aos obstáculos impostos por um contexto de escassez. Essa questão se mostra especialmente relevante para a realidade brasileira, na qual o Estado não alcançou um patamar de efetividade das promessas da modernidade, ou até mesmo dos avanços definidos no texto constitucional de 1988 que trouxe uma ampliação significativa do rol de direitos fundamentais.

Nesse sentido, impõe-se o desafio de oferecer respostas constitucionalmente adequadas, que colaborem para a concretização desses direitos fundamentais e que conseqüentemente reforcem a sua exigibilidade. Essa resposta constitucionalmente adequada, elemento central para a Crítica Hermenêutica do Direito, também pode ser chamada de resposta correta e surge da ideia de que uma decisão judicial deve conter a justificação/fundamentação que deixe explícita a resposta dada ao problema, o que torna incompatível com o Estado Democrático de Direito os esquemas procedimentais que conduzam a múltiplas respostas que se alimentam da discricionariedade interpretativa²⁶⁶.

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, teoria de base para o presente trabalho, se reconhece o direito a uma decisão judicial na qual não se obtenha meramente a opinião do juiz a respeito do caso²⁶⁷. Para isso, utiliza-se o aporte teórico de Dworkin para demonstrar que é possível mobilizar a identificação das práticas jurídicas com sua leitura sob a melhor luz, atendendo a uma adequação institucional, bem como a uma melhor justificativa substantiva. O juiz, dessa forma, deve ser incluído em um complexo empreendimento em cadeia, formado pelas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas que compõem essa história. O trabalho do juiz é que a sua decisão atual continue essa história no futuro e para isso ele precisa interpretar o que aconteceu antes, levando que existe uma responsabilidade interpretativa inerente à sua atuação²⁶⁸.

²⁶⁶ STRECK, 2017c, p. 361.

²⁶⁷ STRECK, 2020b, p. 386.

²⁶⁸ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 238.

A defesa de respostas corretas em Direito pela Crítica Hermenêutica do Direito cunhada por Lenio Streck não se trata, no entanto, de uma mera adesão ao projeto de Dworkin, uma vez que deve ser demarcada a diferença entre sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*, bem como utilização da hermenêutica filosófica gadameriana como teoria de base, como foi mencionando no capítulo anterior²⁶⁹.

O caminho para a resposta correta é, portanto, trilhado pela imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a Teoria do Direito como integridade de Dworkin, ambas fundamentais para a formação da Crítica Hermenêutica do Direito, que se propõe a evitar decisões *ad hoc*. Essa resposta adequada constitucionalmente tem sua importância relacionada ao papel da jurisdição constitucional de proporcionar a aplicação íntegra do direito²⁷⁰.

Lenio Streck ressalta que a resposta correta encontra guarida em dois pontos fundamentais para a composição da Crítica Hermenêutica do Direito: a ideia de um direito autônomo associado a uma criteriologia que possibilite uma concepção de verdade que se afaste de posturas relativistas. A resposta correta é, portanto, uma tese de responsabilidade epistêmica²⁷¹.

Trata-se de um conjunto de critérios indagativos, nos quais se inserem as seis hipóteses em que o juiz pode deixar de aplicar uma lei (i. quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada; ii. quando estiver em face dos critérios de antinomias; iii. quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição; iv. quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto; v. quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; vi. quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional).

Ainda compõem esse quadro um conjunto de princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição, encarados enquanto padrões que se sustentam na historicidade da compreensão e na principiologia estabelecida no Estado Democrático de Direito, manifestados num âmbito de reflexão prático-concreta²⁷². Esses princípios representam significados compartilhados historicamente e forjados na tradição do

²⁶⁹ STRECK, 2020b, p. 388.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 391.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 393.

²⁷² STRECK, 2013b, p. 329–330.

Estado Democrático de Direito, sendo apresentados em cinco pela Crítica Hermenêutica do Direito: o primeiro princípio diz respeito à preservação da autonomia do direito, o segundo princípio preconiza o controle hermenêutico da interpretação constitucional, o terceiro princípio preza pelo efetivo respeito à integridade e à coerência do direito, o quarto princípio determina o dever fundamental de justificar as decisões e o quinto princípio determina o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada²⁷³.

Além disso, a resposta constitucionalmente adequada (correta) deve atender às três indagações fundamentais que são objeto de investigação do presente trabalho: i. se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, ii. se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e iii. se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia²⁷⁴.

Essa criteriologia, no entanto, não se confunde com um modelo procedimental de garantia absoluta e prévia de aquisição da verdade. Isso porque as três perguntas fundamentais para a Crítica Hermenêutica do Direito, conforme será explicitado ao longo desse trabalho, fundam um arcabouço teórico capaz de aprofundar a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, oferecendo perspectivas para a análise da relação entre Direito e Política na jurisdição constitucional brasileira.

Nesse sentido, elas funcionam muito mais como um parâmetro de análise da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, e não como um teste ou uma verificação metodológica-procedimental, no sentido de assegurar um determinado resultado. As três perguntas fundamentais, portanto, não funcionam de modo apartado a uma teoria que as confira lastro. Isso porque, dentro de um paradigma hermenêutico, o direito se apresenta numa perspectiva integrada a uma história institucional.

Como uma forma de demonstrar essa afirmativa, esse raciocínio aparece no fato de que, numa perspectiva que parte da Crítica Hermenêutica do Direito, as seis hipóteses para um juiz deixar de aplicar uma lei e os cinco princípios que direcionam

²⁷³ STRECK, 2013b, p. 322–348.

²⁷⁴ STRECK, 2020b, p. 394.

uma resposta constitucionalmente adequada não se desacoplam, por exemplo, de uma teoria da decisão. Nesse sentido afirma Lenio Streck²⁷⁵:

É por isso que, no interior de uma Teoria da Decisão Judicial, proponho um conjunto mínimo de princípios conformadores de um agir concretizador da Constituição. Tais princípios (padrões), sustentados na historicidade da compreensão e na sedimentação da principiologia estabelecida pela tradição do Estado Democrático de Direito, só podem manifestar-se quando colocados num âmbito de reflexão que é radicalmente prático-concreta, pois representam um contexto de significações histórico-compartilhadas por uma determinada comunidade política, uma vez que abarcam e apontam para além dos diversos padrões (princípios, subprincípios, pontos de vista) forjados na tradição do Estado Democrático de Direito.

Essa resposta correta, no sentido de constitucionalmente adequada, apresenta desafios em países de modernidade tardia como é caso brasileiro. Nesse caso, a conjuntura de déficit de efetividade da carga prestacional advinda dos direitos fundamentais acarreta um estado de tensão entre a necessidade de concretização de direitos prestacionais fundamentais e os obstáculos em termos de viabilidade financeira para que estes se convertam em políticas públicas. Nesse contexto, emerge o tema das escolhas trágicas, que derivam exatamente desse contexto de escassez de recursos.

Philip Bobbitt e Guido Calabresi trabalharam a ideia de escolha trágica tendo como ponto fundamental para a sua caracterização a presença de escassez, asseverando que algumas formas de escassez tornam escolhas particularmente dolorosas como necessárias, podendo ser essas escolhas trágicas ou não. Do ponto de vista social, são os valores definidos pela sociedade como fundamentais que caracterizam algumas escolhas como trágicas²⁷⁶.

Uma escolha trágica, assim, tem sua forma reconhecida por um inevitável paradoxo que deriva de tensões e ambiguidades não resolvidas, de oposições em um balanço precário e permanente²⁷⁷. Em alguns casos, o caráter trágico da escolha pode ser evitado aumentando a disponibilidade dos bens no mercado, o que depende do tipo de conflito, bem como de um empenho social que confronte a escolha trágica. Se o empenho tiver sucesso, essa escolha trágica é transformada em uma alocação que não implique contradições morais. Isso, contudo, não se aplica a todos os bens, o que

²⁷⁵ STRECK, 2017c, p. 630.

²⁷⁶ CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978. p. 17.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 18–19.

faz com que a sociedade precise definir métodos de alocação que podem determinar o favorecimento de algumas camadas sociais.

A escolhas trágicas evidenciam dois tipos de movimento como possibilidade de seu enfrentamento pela sociedade: em primeiro lugar a sociedade precisa decidir o quantitativo do bem produzido, diante dos limites colocados pela escassez natural, e num segundo momento quem se beneficia o que foi produzido. A primeira decisão é chamada de “determinação de primeira ordem” e a segunda de “determinação de segunda ordem”²⁷⁸.

Esses métodos de alocação podem se colocar como o cerne de um conflito, que se dá entre os aspectos morais que determinam o bem-estar da população e os valores determinados pela sociedade para a distribuição de bens em face dos limites postos pela escassez²⁷⁹. Nessa conjuntura se manifestam as escolhas trágicas, numa tentativa geral de preservação de fundamentos morais e sociais. Existem casos em que é possível fazer essa conciliação, hipótese na qual a escolha trágica é substituída por uma alocação que não gera contradições morais.

Em outros casos, a situação é de uma escolha que determina a alocação de recursos escassos a determinados destinatários, mas que ao mesmo tempo gera um conflito com valores socialmente relevantes. Nesses casos, está-se diante de uma escolha trágica²⁸⁰. Esses pontos são importante para demarcar um elemento que é fundamental para a definição dessas escolhas: as consequências da escolha (política) tomada. Trata-se de um espaço de consequencialismo, evidente no enfoque dado às consequências distributivas das escolhas políticas dadas numa conjuntura de escassez do bem pleiteado²⁸¹.

O objetivo de discutir a questão das escolhas trágicas em face de uma resposta correta (adequada constitucionalmente) impõe, portanto, o debate a respeito do que significa o consequencialismo no direito. Isso porque a ideia de exigibilidade de direitos fundamentais está associada diretamente à prevalência da sua força normativa que, a partir da discussão sobre as escolhas trágicas, se coloca numa esfera de tensão entre a adoção de uma tese consequencialista e uma tese hermenêutica.

²⁷⁸ CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978. p. 19.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 18–20.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*, p. 85.

A adoção de uma tese consequencialista no direito se faz presente tanto na análise econômica do direito²⁸² como em outros projetos teóricos que apostam numa argumentação consequencialista como resposta às questões que envolvem a decisão judicial²⁸³. A questão em comum que se coloca é se os juízes devem considerar as consequências em suas decisões. Essas consequências se colocam em duas perspectivas: as consequências legais/normativas (a repercussão da decisão judicial no plano normativo) e as consequências reais, essas últimas subdivididas em consequências para as partes diretamente afetadas pela decisão (consequências reais em nível micro) e consequências para a sociedade como um todo (consequências reais em nível macro)²⁸⁴.

Para Georges Abboud²⁸⁵, o consequencialismo se entrelaça a uma forma de ativismo que o autor denomina “ativismo puramente consequencialista”, modalidade de ativismo judicial marcada pelo discurso eficientista na argumentação jurídica, o que coloca a realização de determinadas consequências práticas no centro da atividade decisória, com pouco ou nenhum embasamento empírico, tendo em vista especialmente a dificuldade de quantificar as repercussões relevantes²⁸⁶.

Um ponto que precisa ser colocado é que existe uma diferença entre afirmar que o direito não lida com as consequências das decisões judiciais e alçar essas consequências ao patamar de fundamento único dessas decisões. Essa oposição revela a tensão existente entre a adoção de uma tese consequencialista e uma tese hermenêutica, o que repercute diretamente para a exigibilidade dos direitos fundamentais de cunho prestacional, uma vez que esses direitos enfrentam desafios no plano da ação estatal e do empenho de recursos necessários à sua melhor efetividade.

²⁸² Trata-se da concepção que analisa o direito sob pressupostos econômicos, colocando a regra jurídica em termos instrumentais ao depositar a legitimidade do direito no protagonismo judicial. A Crítica Hermenêutica do Direito identifica na Análise Econômica do Direito de Richard Posner uma matriz de viés pragmatista, que sofreu duros enfrentamentos por Ronald Dworkin em seu debate com Posner. Nesse sentido, ver: PRAGMATISMO. In: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 343.

²⁸³ Nesse sentido, ver: MACCORMICK, N. **Rhetoric and the rule of law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 101-120.

²⁸⁴ MATHIS, K. Consequentialism in Law. In: EFFICIENCY, SUSTAINABILITY AND JUSTICE FOR FUTURE GENERATIONS. Dordrecht: Law and Philosophy Library, 2012. v. 98, p. 3–29. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-94-007-1869-2_1 p. 5.

²⁸⁵ ABOUD, G. Consequencialismo Jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1009, p. 123–135, 2019. p. 1.

²⁸⁶ MATHIS, 2012, p. 21.

Nessa linha, vale ressaltar que uma análise consequencialista precisa ser devidamente compreendida: se por um lado ela pode funcionar como uma ferramenta para a jurisdição constitucional trabalhar a complexidade contemporânea nos casos em que se confronta com a judicialização de direitos sociais e políticas públicas, por outro lado, a consequência por si só não pode converter o lícito no ilícito²⁸⁷.

A questão premente é, portanto, até que ponto as decisões judiciais podem ser justificadas por suas consequências. A resposta a essa indagação pode se dar em dois extremos: aquele em que o único elemento que justifica a decisão judicial são as suas consequências numa relação custo-benefício e no outro extremo aquela posição que qualifica a correção da decisão judicial apesar de qualquer consequência que esta possa provocar²⁸⁸.

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, é possível situar essa discussão em um caminho intermediário. Isso porque, como ressalta Georges Abboud²⁸⁹, a adoção de um consequencialismo extremado pressupõe a existência de um critério único e último que serve de régua para o cálculo da relação custo-benefício das consequências advindas das decisões judiciais. O autor alerta ainda que a argumentação consequencialista oferece um ponto de vista não jurídico, mas econômico, social ou político, o que desagua em uma modalidade de ativismo judicial.

A atuação recorrente na jurisprudência brasileira vai muito além de um “consequencialismo necessário”, se aproximando mais de um ativismo puramente consequencialista²⁹⁰. Na jurisprudência brasileira, a utilização do consequencialismo se reveste de um caráter retórico que serve à substituição do direito vigente pela subjetividade do intérprete, o que pode ser demonstrado pela remissão a um fator de medição de custo-benefício que aparece sob o nome de “clamor popular”, pela instrumentalização do direito vigente e pelo pouco ou nenhum arcabouço de dados empírico que confira lastro às consequências antevistas²⁹¹.

Lenio Streck aponta esse fenômeno ao comentar o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Penal 470 (“Mensalão”), caso que movimentou o quadro político brasileiro, evidenciando uma atuação consequencialista da Corte na medida

²⁸⁷ ABBOUD, 2021a, p. 496.

²⁸⁸ MACCORMICK, N. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199571246.001.0001p.101>.

²⁸⁹ ABBOUD, 2019, p. 4.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 2.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 4.

em que, julgando por política, controvérsias a respeito de garantias sobre ônus da prova e foro por prerrogativa de função foram enfrentadas sob o manto de argumentos externos ao direito como obstáculo à sua efetivação²⁹². Nesse sentido, as alegações de proteção a uma pseudo vontade da maioria ou ao clamor popular²⁹³

Esse tipo de argumentação, no fundo, tem como base o dualismo metodológico referido no tópico anterior, na medida em que se sustenta na contraposição entre realidade fática e realidade normativa. Como alerta Streck, “é o dualismo que fundamenta a sobreposição da voz das ruas sobre a Constituição²⁹⁴.”

O fundamento no clamor popular ou na “voz das ruas” revela uma modalidade de ativismo judicial que se baseia em fatores metajurídicos como a moral, a economia, e a política, o que provoca um déficit de legitimidade das decisões judiciais. Isso porque a legitimidade dessas decisões, a partir do dever estabelecido no art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, está assentada em uma fundamentação constitucionalmente adequada²⁹⁵.

Ronald Dworkin traz uma contribuição fundamental para a construção desse caminho intermediário para a definição de um mínimo consequencialista, não no sentido de uma Análise Econômica do Direito, mas sim de uma ideia de responsabilidade política do juiz pela sua atuação diante dos princípios que constituem a comunidade democrática²⁹⁶. Tal responsabilidade política consiste em decidir de modo a reconhecer direitos, e não a criá-los a partir de argumentos subjetivos ou políticos. Isso porque a articulação de argumentos de princípio com argumentos de política para a criação de direitos se dá no plano das decisões legislativas²⁹⁷.

Esse caminho é traçado por Dworkin a partir de uma oposição clássica que se coloca na teoria moral entre duas perspectivas: a consequencialista e a deontologista. O autor parte do exemplo do dever de dizer a verdade. Esse dever seria mantido quando, mentindo, uma situação pior poderia ser evitada? O que produz um pior estado de coisas? Um consequencialista argumentaria que nunca somos moralmente

²⁹² STRECK, L. L. **30 anos da CF em 30 julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018a. p. 175–194.

²⁹³ *Ibid.*, p. 178.

²⁹⁴ STRECK, L. L. Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018e. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao?imprimir=1>

²⁹⁵ ABOUD, 2019, p. 5.

²⁹⁶ STRECK, 2018a, p. 178.

²⁹⁷ *Ibid.*

obrigados a agir de uma maneira que produza consequências piores. Um deontologista, por sua vez, argumentaria que às vezes somos obrigados²⁹⁸.

Em “*Rights as trumps*” (direitos como trunfos), Dworkin discute os direitos como trunfos sobre decisões políticas que estabelecem metas direcionadas à comunidade como um todo. Para isso, debate a partir do direito de publicar pornografia. Num viés consequencialista, poderia se supor que a comunidade se sairá melhor se seus membros forem, em média, mais felizes e tiverem suas preferências melhor satisfeitas²⁹⁹. Um questionamento que inevitavelmente se coloca é: se alguém tem o direito de publicar pornografia, isso significa que as autoridades não podem violar esse direito, mesmo que acreditem (corretamente) que a comunidade como um todo estaria melhor se o fizessem³⁰⁰.

Em *Justiça de Toga*³⁰¹, Dworkin admite um caráter consequencialista num sentido amplo, afinal a teoria dworkiniana se volta primariamente a uma estrutura de comunidade jurídica igualitária. Num sentido mais específico, o argumento jurídico é voltada a assegurar um estado de coisas superior, de acordo com os princípios embutidos na prática jurídica. O objetivo geral da sua teoria, contudo, é voltado ao igualitarismo³⁰².

Nesse sentido, Dworkin³⁰³ se opõe às análises que levam em conta questões de custo/consequências/escassez, que se colocam como pano de fundo do problema das escolhas trágicas. Pergunta-se: se as pessoas não têm direito aos julgamentos mais exatos possíveis, seja qual for o custo, então a que nível de exatidão elas têm direito? Nesse sentido Dworkin reforça o ponto central para o presente tópico, que diz respeito a construir a afirmação de que a tese da resposta correta é sustentáculo para a exigibilidade dos direitos fundamentais, isso porque a adoção de um critério puramente consequencialista pode significar o esvaziamento do caráter deontológico desses direitos.

Esse caminho intermediário, que reconhece que o direito leva em conta as consequências das decisões judiciais mas que estas não constituem o fundamento único para essas decisões, é fundamental para que se construa um caminho teórico

²⁹⁸ DWORKIN, R. **Justice in robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 61.

²⁹⁹ DWORKIN, R. *Rights as trumps*. In: WALDRON, J. (org.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984. v. 1, p. 153–167. p. 153.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ DWORKIN, 2006, p. 61.

³⁰² *Ibid.*, p. 62.

³⁰³ DWORKIN, 2001, p. 106.

no qual se reconheça o necessário emprego de recursos para a concretização de direitos, mas que não desague em um ativismo judicial de fundo consequencialista, no qual se instrumentaliza o direito por meio de uma análise de consequências que sequer possui lastro em dados empíricos.

Dworkin propõe um caminho do meio, entre duas exigências extremas: a de que o indivíduo tem direito aos processos mais exatos possíveis e a de que ele não tem direito a absolutamente nada no que diz respeito a processos³⁰⁴. Essa proposta de proporção entre os interesses do indivíduo e os interesses da comunidade num sentido geral, no sentido da busca de um “equilíbrio correto”, é confrontada por Dworkin na medida em que ele afirma que esses interesses já estão equilibrados, o que torna desnecessária a ideia de um “equilíbrio adicional”³⁰⁵.

Na esteira de Lenio Streck, não cabe ao jurista realizar esse tipo de escolha (por isso, a distinção entre decisão e escolha trabalhada no capítulo anterior). Isso porque já existe um sistema jurídico de regras e princípios que antecede a decisão e que coloca as suas condições. Por isso não é relevante discutir se o juiz do caso é consequencialista ou se ele age com base em princípios morais, pois os pressupostos democráticos de análise do direito não podem depender disso³⁰⁶.

Streck alerta ainda para a impossibilidade de transplantar a filosofia moral (na qual se insere o dilema das escolhas trágicas) para o direito sem a devida mediação hermenêutica. Isso porque, no âmbito de sua atuação institucional o juiz não é um agente moral que age com base em convicções pessoais, mas sim um ator que tem responsabilidade política em conceder uma resposta que decorre de uma decisão (não uma escolha) fundamentada no direito³⁰⁷.

Além disso, especificamente no que toca este capítulo, também é premente a afirmação de que, por se fundarem em princípios, as três perguntas fundamentais reforçam a autonomia do direito. Por tudo isso, é possível se obter o balanço de que a adoção de uma perspectiva consequencialista que não passe por uma mediação hermenêutica, ou seja, que vá além do necessário nos moldes da proposta

³⁰⁴ DWORKIN, 2001, p. 106.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 106–107.

³⁰⁶ STRECK, L. L. Matar o gordinho ou não? O que escolha moral tem a ver com direito? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito?imprimir=1>

³⁰⁷ *Ibid.*

dworkiniana, resulta inevitavelmente no ativismo judicial consequencialista, denunciado por Lenio Streck e Georges Abboud.

Esse ativismo puramente consequencialista colabora para o esvaziamento da exigibilidade dos direitos fundamentais, na medida em que a decisão judicial deixa de ter como base os elementos que servem à exigibilidade desses direitos (a sua definição constitucional impulsionada pela força normativa da Constituição) para atender a critérios não jurídicos, que podem funcionar como predadores ao direito autônomo e por isso não devem constituir o fundamento único das decisões judiciais.

Nesse sentido, Abboud afirma que a análise das consequências deve servir à manutenção de uma cadeia de significados na jurisprudência bem como à legitimidade das decisões judiciais, na medida em que não contrariem o direito consubstanciado em regras e princípios, ou seja, respeitem a integridade do direito no sentido dworkiniano³⁰⁸.

Todos os pontos levantados servem a uma afirmação crucial para o debate a que se propõe o problema de pesquisa do presente trabalho, que diz respeito ao potencial normativo das três perguntas fundamentais para a Crítica Hermenêutica do Direito. A partir dos argumentos levantados nesse tópico se pretende afirmar que as três perguntas fundamentais para a Crítica Hermenêutica do Direito, por se fundarem em princípios, estabelecem um caminho que necessariamente precisa ser percorrido quando se discute a atuação estatal para a concretização de direitos de cunho prestacional.

³⁰⁸ ABOUD, 2019, p. 2.

3.4. Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: democracia e contramajoritarismo

De acordo com os pressupostos trabalhados no tópico 3.1, a exigibilidade dos direitos fundamentais é um problema normativo que revela a necessidade urgente de analisar a Teoria da Constituição segundo os pressupostos de um paradigma hermenêutico. Quando essa discussão é colocada no âmbito do direito brasileiro, outras questões vêm à tona, tais como uma baixa compreensão do sentido da Constituição e do seu papel num Estado Democrático de Direito³⁰⁹.

A Constituição, como afirma Lenio Streck, precisa ser compreendida enquanto remédio contra maiorias, no sentido de um estatuto jurídico do político que determina que “a política pague pedágio às Constituições”³¹⁰. Sendo assim, a baixa compreensão dessa constitucionalidade acarreta uma baixa aplicação que provoca prejuízos à concretização de direitos fundamentais por necessitarem da atuação do Estado para a sua efetivação. Isso significa afirmar que uma interpretação adequada é condição de possibilidade para a força normativa da Constituição, a partir de uma batalha travada em três frentes: uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma jurídica, e uma nova teoria da decisão³¹¹.

Este tópico pretende discutir de que forma uma crise de efetividade da Constituição fez com que a jurisdição constitucional no Brasil se tornasse o lugar no qual desagua o problema da exigibilidade de direitos fundamentais, de modo que a construção de caminhos para a definição dos limites para a atuação dessa jurisdição passa por discutir os pressupostos democráticos para o exercício da função judicial, bem como o significado do seu papel contramajoritário. Todos esses pontos convergem a um objetivo comum que atravessa o presente capítulo: construir pressupostos hermenêuticos para o sentido de Constituição no Brasil, a partir de um lastro teórico que possibilite definir o significado da exigibilidade de direitos fundamentais no direito brasileiro, assim como os desafios que se apresentam à força normativa desses direitos.

³⁰⁹ STRECK, L. L. É a Constituição, estúpido! Ou: que não se use a CF contra ela mesma! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2021a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-09/senso-incomum-constituicao-estupido-ou-nao-use-cf-ela-mesma?imprimir=1>

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ STRECK, 2017c, p. 375.

Esses desafios que se apresentam à força normativa da Constituição ganham ainda maior relevo quando analisados sob a realidade brasileira, que é acometida por uma crise de efetividade que pode ser pontuada a partir das seguintes questões: o confronto da Constituição com a sociedade para a qual ela é dirigida; a ausência de justiça social - resgate das promessas da modernidade - cujo comando consta no texto constitucional; a constatação de que os direitos fundamentais sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela razão de que a imensa maioria da população não os tem; a ineficácia da Constituição como o retrato de uma realidade social, desnudando as mazelas da sociedade e, por fim, a Constituição como algo nascido do processo constituinte, que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebocando a política, mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição³¹².

A força normativa da Constituição e a exigibilidade dos direitos fundamentais passa, portanto, pelo seu papel na defesa do Estado e da sociedade em face de turbulências episódicas, paixões e desejos momentâneos, elemento que confere significado a uma Constituição, feita em momentos de sobriedade política³¹³. O acontecer desse papel contramajoritário se situa na jurisdição constitucional, de modo que é a partir desse papel que se torna possível pensar a função da jurisdição constitucional no constitucionalismo contemporâneo, assim como as formas pelas quais a atuação do Judiciário pode contribuir para o enfrentamento dos problemas relativos à exigibilidade dos direitos fundamentais, especialmente no contexto brasileiro.

Para isso, é necessário estabelecer significado de democracia que permita a compreensão do papel contramajoritário que caracteriza a atuação do Poder Judiciário, e que o coloca em confronto com os próprios limites da sua atuação. Isso porque, como lembra Georges Abboud³¹⁴, o direito democraticamente produzido é indissociavelmente ligado à democracia que o sustenta, de modo que a proteção do direito autônomo significa um resguardo à democracia. Além disso, a complexidade contemporânea impõe desafios tanto no plano da regulação quanto no plano da decisão, o que faz com que a jurisdição constitucional precise desenvolver formas de tratamento dessa complexidade e incerteza a ela inerentes.

³¹² STRECK, 2017c., p. 374.

³¹³ STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 76.

³¹⁴ ABOUD, 2021a, p. 505.

Roberto Gargarella³¹⁵ contribui para esse objetivo relacionando o estudo dos modelos democráticos com a concretização de direitos, especialmente os direitos sociais por demandarem uma atuação positiva do poder público. Essa proposta do autor surge diante da constatação de que o modelo de democracia deliberativa que ele defende não foi propriamente incorporado à prática jurisdicional. Isso se demonstra pelo fato de que não é raro que juízes que argumentam com base em diferentes modelos democráticos, como os modelos pluralista e populista, cheguem ao mesmo resultado: a negativa da concretização de direitos que imponham prestações estatais positivas. Nessa linha assume grande relevância o estudo dos modelos democráticos e das suas consequências quanto às posturas jurisdicionais. O autor concentra então o seu debate nos modelos de democracia pluralista, participativa e deliberativa³¹⁶.

Para Gargarella, o perfil democrático pluralista tem como característica marcante a valorização da vontade do povo, vontade essa que encontra lugar na Constituição, tida como sede principal e exclusiva da vontade popular. A intervenção jurisdicional nesse modelo acaba então por se condicionar à decisão popular de incorporar direitos à Constituição, o que será fator determinante para a consequência de colocá-los em prática³¹⁷. Isso não implica, contudo, supor uma superioridade do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, e sim que a vontade popular é superior à especificação das funções governamentais.

O objetivo do sistema constitucional para o modelo democrático pluralista é reduzir, e não estender ou promover, a influência de grupos de interesse na tomada de decisões. A Constituição, nessa perspectiva, busca prevenir as opressões de uns cidadãos sobre outros, uma vez que vivemos em um mundo caracterizado pela presença de grupos de interesse³¹⁸. Nessa linha é possível afirmar que a democracia pluralista concebe a cidadania como um conjunto de pessoas motivadas principalmente por impulsos egoístas, o que as impede de tomar decisões racionais de acordo com os interesses da totalidade, o que leva à defesa de um modelo

³¹⁵ ROBERTO GARGARELLA. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, México, v. 13, n. 28, p. 9–32, 2006.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 11.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ *Ibid.*, p. 12.

tecnocrático de tomada de decisões. Há, portanto, um baixo nível de participação cívico-política e a priorização da estabilidade política³¹⁹.

O modelo democrático participativo, por sua vez, concentra-se na vontade democrática do povo. O *locus* da vontade do povo, para esta concepção, reside fora da constituição, no “aqui e agora”. Por tal motivo, esse modelo democrático está atrelado à ideia de que os juízes não deveriam se envolver em assuntos políticos³²⁰.

Na democracia participativa assume grande relevância a proteção do valor da participação política, o que requer necessariamente precondições (sociais e econômicas) e uma comunidade autogovernada, baseada em cidadãos ativos e virtuosos. Na sua forma ideal, esta sociedade autogovernada é composta por cidadãos que se identificam com sua comunidade e que têm fortes laços solidários com seus pares.

Esse autogoverno participativo está fortemente condicionado, portanto, a uma sociedade igualitária e composta por indivíduos situados em posições sociais similares. Isso acaba refletindo posturas jurisdicionais que delegam às instâncias do poder político, e não do poder judicial, a garantia do bem-estar geral. Em suma, o modelo participativo está assentado na participação pública na política e num processo genuinamente coletivo de tomada de decisões que pressupõem a existência e operatividade de certos direitos básicos³²¹.

Não obstante os elementos conceituais abordados nesse tópico a respeito dos modelos democráticos pluralista e participativo, o modelo de democracia protagonizado por Gargarella é o modelo de democracia deliberativa que, segundo o autor, se caracteriza pela ideia de que a democracia requer a aprovação de decisões públicas tomadas em um amplo processo de discussão coletiva³²².

Esse processo deliberativo supõe a intervenção de todos aqueles que se vejam potencialmente afetados pelas decisões em jogo – no que Gargarella adere ao “princípio D” de Jürgen Habermas³²³ - tendo como condição primária e necessária uma

³¹⁹ ROBERTO GARGARELLA. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, México, v. 13, n. 28, p. 13.

³²⁰ *Ibid.*, p. 14.

³²¹ *Ibid.*, p. 17.

³²² *Ibid.*, p. 19.

³²³ “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 142.

base consensual ampla, formada com a participação de todos os setores da sociedade.

Em sua perspectiva democrática (deliberativa), Gargarella defende um sistema deliberativo bem organizado e que requer a existência de mecanismos institucionais que possibilitem a intervenção judicial em sede de concretização de direitos. Como consequência, a teoria democrática deliberativa posiciona-se institucionalmente e propõe um ambiente em que os juízes têm grandes probabilidades de favorecer o bom funcionamento do processo deliberativo³²⁴.

Gargarella estabelece então o juízo crítico a respeito dos caminhos que levam às decisões judiciais que partem de uma teoria democrática, assumindo que os juízes que se recusam a aplicar direitos sociais deveriam explicar por que utilizam as teorias interpretativas que utilizam, em detrimento de outras teorias que poderiam sustentar resultados diferentes daqueles apontados em suas decisões³²⁵.

Os apontamentos a respeito dos modelos democráticos e as contribuições de Gargarella revelam-se especialmente importantes para o presente trabalho por relacionarem esses modelos de democracia com as possibilidades para a atuação judicial na concretização de direitos, que aparecem como um aprofundamento dos mecanismos institucionais que propiciam o sistema deliberativo. Desta forma, é importante estabelecer que não se trata da defesa de que o judiciário ocupe o lugar do legislador nem que decida qual a política pública específica que deve ser aprovada. Trata-se da busca por soluções alternativas dialogadas inclusive com o próprio legislativo, deixando ao último a decisão final³²⁶.

A ideia de um papel contramajoritário parte, nesse sentido, das insuficiências da ideia de democracia enquanto governo da maioria (uma pessoa, um voto), de modo que a democracia direta passa a demandar mecanismos de restrições para conter paixões momentâneas. Em proposta que converge com a de Gargarella no ponto em que esse propõe uma tomada de decisão em que há troca de argumentos públicos e colaboração entre os Poderes, Jon Elster traz uma noção de constitucionalismo que por si só precisa incluir limites às decisões majoritárias. O elemento que funciona como esse mecanismo protetor de direitos nas constituições modernas é o princípio

³²⁴ ROBERTO GARGARELLA, 2006, p. 21.

³²⁵ *Ibid.*, p. 17.

³²⁶ *Ibid.*, p. 22.

da legalidade, que preconiza que o presente não legisle para o passado, de forma que a partir do Estado de Direito a Constituição (e a legislação) se projete para o futuro³²⁷.

O princípio da legalidade é definido constitucionalmente no art. 5º, II da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e também se reporta ao seu art. 1º em que aparece a caracterização do projeto constitucional de definir o Brasil como república federativa constituída enquanto Estado Democrático de Direito. A ideia de um Estado de Direito aparece primordialmente vinculado ao império da lei produzida pela vontade popular. Com isso, contudo, não se quer afirmar a preponderância de qualquer lei: e preciso que exista um lastro constitucional, determinado materialmente por direitos fundamentais³²⁸.

Exatamente esse princípio da legalidade que sustenta a indagação presente na primeira pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito a respeito da existência de um direito fundamental exigível. Nesse ponto se encontra o elo proposto nesse capítulo do trabalho: a ideia de exigibilidade presente na primeira pergunta fundamental se funda em um sentido de Constituição construído a partir do Estado de Direito, que supõe não somente a força normativa da Constituição mas também o direito por parte do cidadão a respostas adequadas bem como a construção de uma atuação democrática por parte das cortes constitucionais.

Para compreender o papel dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional na construção dessa atuação judicial democrática, é fundamental que se entenda o que Ferrajoli conceitua como democracia em dupla dimensão: a dimensão formal e a dimensão substancial. Ferrajoli define como dimensão formal ou procedimental a definição de democracia segundo a qual esta seria um método de formação de decisões coletivas ou um conjunto das regras que atribuem ao povo - que nesse contexto é entendido como a maioria - o poder de assumir decisões, diretamente ou por meio de representantes. A democracia em sua dimensão formal ou procedimental se baseia nas formas e procedimentos idôneos para garantir a vontade popular: tem como fundamento o quem (povo e seus representantes) e o como (a regra da maioria) das suas decisões, independentemente do seu conteúdo.

³²⁷ ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. **Constitucionalismo y democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. ISSN 1405-0218.p. 33–34.

³²⁸ ENTERRIA, E. G. de. Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, v. 10, p. 11–61, 1984. p. 2.

Nesse sentido, a hipótese de um sistema no qual se decidisse por maioria a supressão de uma minoria poderia ser, à luz desse critério, democrática³²⁹.

Ferrajoli, contudo, não descarta a compreensão formal da democracia, pelo contrário: para ele, a dimensão formal expressa uma característica necessária, tratando-se de uma condição de possibilidade na ausência da qual não se pode falar em democracia. A dimensão formal apenas não é suficiente para identificar todas as condições na presença das quais um sistema político é qualificado como democrático. Isso porque, para Ferrajoli, a dimensão exclusivamente formal é acometida por dois impasses: o primeiro é gerado pela incapacidade de tal concepção dar conta das atuais democracias constitucionais, enquanto o segundo se refere à própria sobrevivência da democracia política³³⁰.

Para o autor a ausência de limites de caráter substancial (limites de conteúdo), às decisões legítimas pode comprometer a sobrevivência de uma democracia, pois sempre será possível que, em princípio, os métodos democráticos suprimam os próprios métodos democráticos. Para comprovar os impasses da democracia em sua versão exclusivamente formal ou procedimental, o autor cita como exemplo as experiências do nazismo e do fascismo no século passado, que conquistaram o poder em formas democráticas para então entregá-lo democraticamente a um chefe que suprimiu a democracia. Sendo assim, o caráter formal e procedimental da decisão por maioria não é suficiente nem no plano empírico (com referência às atuais democracias constitucionais), nem no plano técnico. Ferrajoli afirma, então, que um regime democrático requer, ao menos, que à maioria seja negado o poder de suprimir o poder da própria maioria³³¹.

Essas contradições lógicas são apontadas para afirmar que são necessários traços substanciais para toda definição teórica de democracia. A democracia constitucional é, nesse sentido, um paradigma complexo que adiciona à dimensão formal uma dimensão substancial da democracia, referente aos conteúdos ou à substância das decisões: aquilo que a qualquer maioria está, por um lado, proibido e, por outro, lhe é obrigatório decidir³³². Dessa forma, o garantismo de Ferrajoli incorpora os direitos fundamentais consistentes em expectativas negativas, cuja violação gera

³²⁹ FERRAJOLI, 2008, p. 76.

³³⁰ *Ibid.*, p. 77.

³³¹ *Ibid.*, p. 78.

³³² *Ibid.*

antinomias, bem como os direitos fundamentais consistentes em expectativas positivas (como é o caso dos direitos sociais) que impõem vínculos ou obrigações e cuja inobservância gera comportamentos omissivos por parte do poder público³³³.

Os direitos fundamentais se comportam assim como normas substanciais sobre a produção de outras normas, na medida em que disciplinam não a forma, mas o significado das normas produzidas, condicionando a validade e a coerência do ordenamento jurídico com as expectativas definidas constitucionalmente e proporcionadas pelos próprios direitos fundamentais³³⁴.

Para Ferrajoli essência do que tem se chamado democracia constitucional reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, tendo como consequência uma concepção de democracia como sistema delicado e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e de substância a seu exercício, da garantia dos direitos fundamentais e de técnicas de controle e de reparação contra suas violações. Nessa perspectiva, o fundamento de uma democracia constitucional diz respeito ao pacto de convivência baseado na igualdade de direitos, no contexto de um modelo de Estado que abraça a função de promoção de um mínimo de direitos fundamentais, garantido constitucionalmente e que tem como contrapartida a imposição de obrigações para o poder público inclusive no plano legislativo³³⁵.

Sendo assim, no sentido de uma democracia constitucional assume relevância o caráter rígido do constitucionalismo, ou a garantia dessa rigidez. Esse aspecto tem como consequência a sujeição de todos os poderes ao direito, inclusive o poder legislativo, no plano do direito interno e também do direito internacional. A rigidez das Constituições significa o reconhecimento de que estas são normas supraordenadas à legislação ordinária, pela previsão, por um lado, de procedimentos especiais para a sua reforma, e, por outro, da instituição do controle rígido do de constitucionalidade das leis por parte dos tribunais constitucionais³³⁶

Isso significa dizer que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem a função de garantir a dimensão substancial da democracia (consistente numa esfera protetiva de direitos fundamentais), que se soma a uma

³³³ FERRAJOLI, 2008, p. 79–80.

³³⁴ *Ibid.*, p. 80.

³³⁵ *Ibid.*, p. 27.

³³⁶ *Ibid.*, p. 29.

sujeição das esferas estatais à normatividade constitucional numa democracia constitucional em um *locus* que é a jurisdição constitucional. É essa cadeia de raciocínio que delimita a legitimidade da atuação dessa jurisdição, bem como a necessidade de um papel contramajoritário para que ela exerça a completude das suas funções.

A ideia dessa rigidez constitucional se opõe à cultura anterior, em que as cartas constitucionais eram consideradas apenas documentos políticos, tendo força de leis ordinárias. O parlamento era visto como onipotente, em consequência da política cujo instrumento era o direito. Como resultado de uma concepção formal da democracia, identificada unicamente como o poder do povo e com os procedimentos e mecanismos representativos dirigidos a assegurar o poder da maioria.

Tudo isso muda radicalmente com a afirmação, ou com o reconhecimento, da Constituição como norma dotada de supremacia, à qual todas as outras normas estão rigidamente subordinadas. Graças à garantia da rigidez constitucional, a legalidade muda de natureza: não é só condicionante e disciplinante, mas ela mesma é condicionada e disciplinada por vínculos jurídicos não só formais, mas também substanciais.

Essa legalidade já não é mais unicamente produto do legislador, mas também um limite e vínculo para a atividade legiferante. Nesse sentido, a ideia de exigibilidade que compõe a primeira pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito abrange não só o “quem” e “como” das decisões, mas também o “que” não deve ser decidido (no caso dos direitos de liberdade), ou deve ser decidido (a respeito da satisfação dos direitos sociais)³³⁷.

O elo proposto entre democracia e constitucionalismo, contudo, pode levar a um aparente paradoxo³³⁸. Uma vez que se entenda a democracia enquanto conjunto de regras que fazem parte de um autogoverno político popular no qual o povo de um país decide por si mesmo os conteúdos das leis que organizam e regulam as suas liberdades e por constitucionalismo como um mecanismo sofisticado de contenção da tomada de decisão política popular por uma lei dotada de supremacia que é a Constituição, projetada para controlar quais outras leis podem ser feitas, por quem e

³³⁷ FERRAJOLI, 2008,, p. 30.

³³⁸ MICHELMAN, F. I. **Brennan and democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2005. ISSN 00029319. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3113806>p. 6.

por quais procedimentos, pergunta-se: como conciliar um modelo de governo que une elementos majoritários e contramajoritários?

Para responder a essa questão, é necessário definir uma parcela de problemas que compõem questões do âmbito da decisão política, que podem ser resolvidos via produção legislativa ou representação política pelo voto³³⁹. Por outro lado, Ferrajoli defende um “direito acima do direito”³⁴⁰ que consiste num sistema de normas metalegais destinadas aos poderes públicos e, sobretudo, ao legislador, no qual a Constituição exerce o papel de convenção democrática acerca do que é indecidível para qualquer maioria, estabelecendo pontos que não podem ser decididos, enquanto outros precisam necessariamente ser enfrentados. Há assim uma transformação na natureza da jurisdição e na relação entre o juiz e a lei, que já não consiste na sujeição à legislação qual seja o seu significado, mas sobretudo na sujeição à constituição, que impõe ao juiz a crítica das leis inválidas por meio do exercício do controle de constitucionalidade, em sua essência, contramajoritário.

Como consequência, a relação entre a política e o direito é transformada, dado que já não é o direito que se subordina à política como instrumento, e sim a política se converte em instrumento de atuação do direito, submetida aos limites impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, tais como os gerados pelos direitos de liberdade, que não podem ser violados, e vínculos positivos, tais como os gerados pelos direitos sociais que devem ser satisfeitos³⁴¹.

A partir da definição de Ferrajoli de democracia formal ou procedimental, democracia substancial e democracia constitucional, percebe-se o papel central que os direitos fundamentais exercem em sua teoria. De fato, os direitos fundamentais são o elemento que dá conteúdo à democracia como um sistema de controles e vínculos, bem como aquilo cuja tutela é função primordial da atividade jurisdicional.

Jon Elster ressalta ainda a conexão entre contramajoritarismo e interpretação, afirmando que “se a maioria pudesse interpretar os estatutos que limitam a sua autoridade, seria irresistível a tentação de forças a interpretação à sua conveniência³⁴². A função contramajoritária se soma ao papel constitucional de proteção de direitos fundamentais no sentido de constituir um obstáculo a mudanças políticas submetidas

³³⁹ CHELMAN, F. I. **Brennan and democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2005. ISSN 00029319. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3113806>., p. 6–7.

³⁴⁰ FERRAJOLI, 2008, p. 30.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 32.

³⁴² ELSTER; SLAGSTAD, 1999, p. 34.

ao interesse da maioria. Tal função se manifesta de diversas maneiras: na declaração de inconstitucionalidade de mudanças na Constituição, ou na imposição de requisitos e dificuldades à alteração do seu texto³⁴³.

Diante das fragilidades que acometem a nossa democracia, a afirmação de direitos fundamentais por uma atuação contramajoritária do Judiciário se torna ainda mais relevante. Nesse sentido, o exercício do controle de constitucionalidade atua na consolidação da democracia pela Constituição, que não só prevê em seu texto as possibilidades desse controle como detalha as vias pelas quais ele é exercido, cabendo à legislação infraconstitucional o regulamento das suas minúcias.

Por essa aderência existente entre o exercício da jurisdição constitucional e os limites definidos constitucionalmente é que o espaço do Poder Judiciário não deveria ser um espaço em que o ativismo é algo naturalizado. Isso porque o elemento inércia, mesmo em questão que são politicamente tormentosas, é inerente à sua atuação, o que difere o espaço judicial das esferas do Executivo e do Legislativo, por exemplo. Essa inércia significa que cabe ao juiz responder algo que lhe foi perguntado, de modo que a sua resposta guarde congruência com os termos do pedido. Dessa forma, não é o juiz que escolhe analisar essa e não outra situação, nem é ele quem determina quais os fatos que serão levados à sua análise. Por todos esses motivos, o julgamento – inclusive em sede de jurisdição constitucional – não pode ser compreendido como um ato de vontade³⁴⁴.

Por tudo isso, a realização do controle de constitucionalidade de um ato normativo não pode, por si só, ser tido como um caracterizador do ativismo judicial³⁴⁵. Com isso se quer dizer que, no Brasil, a atuação contramajoritária do Judiciário, especialmente em sede de controle de constitucionalidade, foi construída com base constitucional, além do apoio de marcos legislativos.

Uma pesquisa estatística que trabalhou com a associação entre os números referentes às declarações de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal e o panorama da judicialização da política no Brasil foi realizada por Thamy Pogrebinski³⁴⁶ em sua obra “Judicialização ou representação? Política, direito e

³⁴³ ELSTER; SLAGSTAD, 1999, p. 34.

³⁴⁴ VERÍSSIMO, M. P. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. *In*: WANG, D. W. L. W. (org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 53–73. p. 54–55.

³⁴⁵ ABOUD; MENDES, 2019, p. 3.

³⁴⁶ POGREBINSCHI, T. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

democracia no Brasil”, na qual a autora questiona a atuação contramajoritária do STF por conta dos resultados estatísticos inexpressivos em relação ao número de decisões declarando a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional.

Na obra, a autora objetiva demonstrar que nem o Congresso Nacional exercita de forma débil sua vocação majoritária, nem o Supremo Tribunal Federal cumpre de forma tão robusta a sua competência contramajoritária, ao contrário do que afirma a doutrina jurídica a respeito da judicialização da política no Brasil. Para a autora, o Supremo Tribunal Federal é muito mais deferente ao Congresso, enquanto o próprio Congresso Nacional oferece resposta às investidas do Judiciário dando a última palavra e confirmando que a genuína expressão da soberania popular definitivamente lhe pertence³⁴⁷.

Não obstante o reconhecimento dos méritos da autora em analisar empiricamente o problema do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil, conforme alerta Lenio Streck³⁴⁸, o fato de o Poder Judiciário atuar declarando ou não declarando a inconstitucionalidade de um ato normativo não necessariamente tem relação de causalidade com a ocorrência do ativismo judicial ou da judicialização da política. Isso porque tanto o Supremo Tribunal Federal como as outras esferas do Poder Judiciário podem apresentar altos índices de declaração de inconstitucionalidade e, ainda assim, não ocorrer numa postura ativista. Isso porque, a partir de um critério hermenêutico, é necessária uma análise conteudística: se essas leis de fato forem inconstitucionais, é salutar para a democracia que sejam assim declaradas.

É exatamente na construção desse aparato conteudístico que se evidencia a contribuição de um lastro teórico com base principiológica, formado pelas três perguntas fundamentais para a Crítica Hermenêutica do Direito. Ao mesmo tempo em que essas perguntas organizam o debate em torno do tema do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil, elas também propiciam uma construção principiológica que permite analisar esses fenômenos dentro da perspectiva de um direito autônomo no qual os princípios possuem normatividade e formam o

³⁴⁷ POGREBINSCHI, T. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 183.

³⁴⁸ STRECK, L. L. O que é isto, o ativismo judicial, em números? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>

fundamento conteudístico para a construção de uma resposta constitucionalmente adequada.

A proposta do presente capítulo foi demonstrar que a primeira pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito que indaga sobre a existência de direito fundamental exigível é uma pergunta sobre normatividade constitucional e se sustenta no princípio da legalidade que é fundador do Estado de Direito a partir da ideia de uma legalidade constitucional. Essa construção evidencia a afirmação de que essa pergunta é atravessada por um princípio (o princípio da legalidade) e, portanto, deve necessariamente pautar a criteriologia de uma resposta constitucionalmente adequada que distancie a decisão judicial de uma postura ativista.

Conforme visto no primeiro tópico desse capítulo, a concretização de direitos a pelos aportes de Friedrich Müller³⁴⁹ passa a significar a solução jurídica que surge da provocação de um conflito social, a partir do qual se desenha uma resposta no quadro de um Estado de Direito que, já em Kelsen, significava o sentido específico de Estado, que para Kelsen configura uma unidade personificada em um sistema de normas, pela qual a jurisdição e a administração estão vinculadas à legalidade, isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo e que tem como requisitos a democracia e a segurança jurídica³⁵⁰.

A estrutura desse Estado de Direito pode ser sistematizada nas seguintes perspectivas: a primeira, e que mais interessa à proposta desse trabalho, enquanto estrutura formal do sistema jurídico que funciona como garantia das liberdades fundamentais com a aplicação da legalidade por juízes independentes, e segunda enquanto estrutura material do sistema jurídica que reconhece a liberdade de concorrência em termos de mercado, a terceira enquanto estrutura social do sistema jurídica que agrega a questão social e as políticas de integração da classe trabalhadora e a última enquanto estrutura política do sistema jurídico que define a separação e a distribuição do poder³⁵¹.

Elías Díaz³⁵² define quatro características gerais que correspondem às exigências básicas e indispensáveis a um autêntico Estado de Direito, que podem ser

³⁴⁹ MÜLLER, 2005, p. 131.

³⁵⁰ KELSEN, 2003b, p. 346.

³⁵¹ GOZZI, G. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (org.). **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 401–409. p. 401.

³⁵² DÍAZ, E. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 9. ed. Madrid: Taurus, 2011. p. E-book (não paginado).

resumidas aos seguintes pontos: o império da lei como expressão da vontade geral; a divisão de poderes entre legislativo, executivo e judiciário; a legalidade da Administração enquanto atuação mediante a lei e possibilidade de controle judicial dos seus atos; direitos e liberdades fundamentais garantidos formalmente e com efetiva concretização material.

O autor é responsável por trabalhar uma ideia fundamental: a da submissão do Estado a uma legalidade constitucional no Estado de Direito. Para o autor, a invocação de um “Estado de Direito Constitucional” não pode servir como subterfúgio para esvaziar a ideia de legalidade (Estado de Direito legislativo), nem como instrumento para um Estado de Direito resumido ao Poder Judiciário em detrimento da legitimidade democrática e da legalidade, na qual se inclui a legalidade constitucional.

No que o autor chama de “Estado judicial de Direito”, todos os conflitos e lutas políticas se deslocariam para o interior do poder judicial. Apesar de defender uma função criadora do juiz, Elías Díaz adverte que é imprescindível uma magistratura democrática, que precede e também é consequência de um quadro legislativo democrático. Nesse contexto, a defesa de um Estado de Direito pautado pela legalidade também constitucional³⁵³.

Por essa perspectiva de atuação do Estado, a existência de uma Constituição representa uma condição de possibilidade para a manutenção de um regime democrático³⁵⁴, de modo que o Estado de Direito assume características diferentes em conformidade com o perfil constitucional vigente, podendo assumir contornos de um Estado Liberal, Social ou Democrático de Direito (assunto que será melhor trabalhado no tópico seguinte).

Após a pandemia de COVID-19, a compreensão da legalidade no direito torna-se ainda mais relevante. Como alertam Gilmar Mendes e Georges Abboud³⁵⁵, existe uma tendência ao agravamento dos problemas em momentos de crise, tornando mais aguda a habitual tendência da magistratura brasileira em agir de forma ativista no desempenho de suas funções. Essa postura ativista pode se manifestar inclusive na forma de uma troca do direito institucionalizado numa legalidade pela política, um

³⁵³ DÍAZ, E. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 9. ed. Madrid: Taurus, 2011. p. E-book (não paginado).

³⁵⁴ ABBOUD, 2021a, p. 508.

³⁵⁵ ABBOUD; MENDES, 2020, p. 4.

senso de justiça, ou pelo moralismo, que desaguam no ativismo judicial consequencialista retratado no tópico anterior.

Na visão dos autores³⁵⁶, a falta de aderência à legalidade vigente pode fazer com que a pandemia de COVID-19 se torne um enunciado performático que se presta à realização de uma determinada agenda, provocando um fenômeno de politização da pandemia, no sentido de utilização desse contexto como argumento para instrumentalização do direito pela política. Nessa linha, é urgente que se busquem saídas por vias institucionais dentro das regras do jogo democrático, numa postura de respeito à força da legalidade (força essa que, de acordo com a linha de raciocínio construída nesse capítulo, também deve ser interpretada enquanto força normativa da constituição na medida em que no Estado de Direito essa é uma legalidade também constitucional).

Além disso, na medida em que o fundamento democrático funciona como sustentáculo do direito, em última instância, proteger o direito autônomo significa resguardar a própria democracia. Os desafios impostos pela complexidade contemporânea em termos de regulação e decisão exigem novas formas de enfrentamento dessa complexidade e de suas incertezas, o que coloca a jurisdição constitucional numa posição cada vez mais delicada ao ter que lidar com prognoses e com questões que confrontam a sua função de oferecer a melhor resposta ao caso concreto³⁵⁷.

O aprofundamento do papel contramajoritário da jurisdição constitucional, nesse contexto, deixa de se apresentar enquanto um tema ultrapassado para, pelo contrário, se destacar como uma questão premente, uma vez que a jurisdição constitucional é o lugar onde ecoam as tensões entre a força normativa da Constituição e a crise de efetividade que acomete a normatividade constitucional, em se tratando da realidade brasileira. Nesse ponto confluem os objetivos do contramajoritarismo e a crítica ao problema do ativismo judicial (também proporcionada pelas três perguntas fundamentais que são objeto desse trabalho): ambos trabalham a ideia de um direito democraticamente produzido.

Essas questões se tornam ainda mais evidentes quando se analisa o universo pesquisado nessa tese, que concerne aos direitos sociais a prestações estatais. Na medida em que a exigibilidade desses direitos torna possível a mobilização da via

³⁵⁶ ABOUD; MENDES, 2020, p. 5.

³⁵⁷ ABOUD, 2021a, p. 505.

judicial para a satisfação de demandas advindas de tarefas impostas constitucionalmente ao Estado, torna-se especialmente relevante o debate a respeito dos limites da atuação do Poder Judiciário nessa seara. Nesse sentido a primeira pergunta coloca um ponto de partida e um patamar mínimo que fundamenta uma resposta constitucionalmente adequada para o problema da concessão de direitos sociais por via judicial.

Utilizando como teoria de base a Crítica Hermenêutica do Direito, a primeira pergunta fundamental é atravessada, portanto, por três questões principais: a primeira diz respeito à construção de uma normatividade constitucional que passe pela ruptura com o dualismo metodológico, a segunda diz respeito à construção de uma resposta constitucionalmente adequada que supere o paradigma consequencialista do qual é refém o problema das escolhas trágicas e a terceira diz respeito à relevância do papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional para a consolidação da exigibilidade dos direitos fundamentais. Essas questões foram colocadas pela necessidade de tratar o problema da exigibilidade em respeito à matriz teórica adotada por esse trabalho, no intuito de aproximar questões afetas à Teoria da Constituição de um paradigma hermenêutico (abordado no capítulo anterior).

Por tudo isso, é possível afirmar que a primeira pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito, ao indagar sobre a existência de um direito fundamental exigível, é uma pergunta que se funda no princípio da legalidade que, nos termos expostos no decorrer deste capítulo, deve ser interpretada enquanto uma questão de normatividade constitucional. Nesses termos, a exigibilidade de direitos fundamentais é um problema de Teoria da Constituição, atravessado pelo princípio da legalidade que fundamenta a primeira pergunta fundamental e contribui para a afirmação do potencial normativo das três perguntas fundamentais que pretende ser demonstrado nessa tese.

4. UNIVERSALIZAÇÃO DE DIREITOS E O PRINCÍPIO REPUBLICANO: UMA PERGUNTA DE TEORIA DO ESTADO

A segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito indaga sobre a possibilidade de universalização da demanda levada ao Judiciário, ou seja: o provimento judicial pode ser aplicado a todas as pessoas que se encontrem nessa mesma situação? Nesse sentido, essa pergunta representa uma proposta de distinção entre ativismo judicial e judicialização da política que leva em conta um caráter de universalização minimamente necessário para que uma decisão judicial seja proferida³⁵⁸.

Nesse ponto o problema do ativismo judicial encontra uma nuance de maior gravidade, uma vez que atinge a atuação do Estado enquanto administração pública, em sua (im)possibilidade de conseguir manejar interesses diversos e plurais³⁵⁹. Em determinadas situações, atender a todos pode significar a impossibilidade de execução de uma política pública: é aí que a impossibilidade de universalização equivale ao ativismo judicial, no sentido de uma atuação do Poder Judiciário que inviabiliza a execução de um projeto de Estado que possui os seus contornos definidos pelo Direito.

Por trás da pergunta pela universalização da demanda existe, portanto, uma questão de prescrição normativa ou, mais especificamente, se cabe a alguém a eleição de circunstâncias excepcionais para a concessão de benefícios advindos de prestações do Estado³⁶⁰. Isso porque ignorar que a possibilidade de universalização da demanda deve funcionar como condição de possibilidade para que a mesma seja judicialmente concedida coloca o Poder Judiciário no patamar de concessor de excepcionalidades, o que representa um problema republicano na medida em que interfere nos fundamentos de gestão da coisa pública.

Essa possibilidade de universalização, também chamada de universalizabilidade, é ainda uma questão que possui raiz filosófica que no âmbito do

³⁵⁸ STRECK, L. L. O STF, os concursos e as crenças religiosas: a história de um equívoco. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020e. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/senso-incomum-stf-concursos-crencas-religiosas-historia-equivoco>

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ STRECK, L. L. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p. 7–22, 2012a. p. 10.

discurso filosófico significa um juízo acerca de uma instância individual de certo tipo ser universalizável, se aplicando também para cada instância similar e relevante desse tipo³⁶¹. Esse significado pode se desdobrar em questionamentos para a ética, para a ciência, para a lógica, e no que toca os objetivos do presente trabalho, para o Direito na medida em que repercute na igualdade dos indivíduos perante a lei³⁶².

Cuida-se, nesse capítulo, de expor e analisar as maneiras por meio das quais a ideia de universalizabilidade repercute no âmbito do Direito. Feita a ressalva de que se reconhece que a universalização não é um problema que surge com o Direito, mas tem um cunho filosófico que exerce o papel de pano de fundo da discussão, o que se trata nesse tópico é o problema num sentido jurídico, ou seja, o problema da concessão por via judicial de prestações do Estado às pessoas em igual situação.

Existe, nesse sentido, uma importância hermenêutica que surge da indagação sobre a viabilidade de reconhecimento de situações excepcionais juridicamente pleiteadas. Essa importância se reflete no risco de que tais excepcionalidades enfraqueçam o elo entre Constituição e Estado que fundamenta o Estado Democrático de Direito, provocando uma espécie de desoneração da força normativa da Constituição³⁶³.

Quando o Poder Judiciário age de forma a preterir a questão da universalização das demandas, surge um problema jurídico que circunda o papel dos princípios e a superação ou o esvaziamento da sua normatividade em face do reconhecimento da normatividade de situações excepcionais³⁶⁴. Nessa linha, o presente tópico tem como objetivo trabalhar o vínculo entre a possibilidade de universalização de demandas judicialmente pleiteadas e o fundamento republicano como lastro principiológico do Estado Democrático de Direito, especialmente no Brasil.

As consequências jurídicas do problema da universalizabilidade serão compostas em três perspectivas a serem apresentadas no decorrer desse tópico: a primeira delas trabalha a questão a partir do papel do Estado, problematizando o papel do Estado na concretização de direitos. Num segundo momento a questão da universalizabilidade será abordada sob o ponto de vista republicano, diante do risco

³⁶¹ CINTRA, F. V. **A universalizabilidade lógico-ética na fundamentação do princípio jurídico da igualdade e da vinculatividade dos precedentes judiciais**: contribuição para uma interpretação kantiana da teoria do discurso prático racional geral. Porto Alegre: Editora do autor, 2019. p. 23.

³⁶² *Ibid.*, p. 24.

³⁶³ STRECK, 2012a, p. 10.

³⁶⁴ STRECK, 2017c, p. 568.

de criação de um grupo de privilegiados pela concessão de prestações estatais por via judicial. Por fim, num terceiro momento, a possibilidade de universalização será apresentada numa perspectiva institucional, problematizando papel institucional do Poder Judiciário no que tange às políticas públicas necessárias para a efetivação de direitos fundamentais.

A relevância da tríplice abordagem se dá pela necessidade de aprofundamento dessas questões para que se estabeleça a obrigatoriedade de enfrentamento da pergunta pela universalização, em outras palavras, para que se consolide o potencial normativo da segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito que compõe o argumento central a ser demonstrado ao longo da tese.

4.1. A universalização como uma questão para o Estado: o papel do Estado na concretização de direitos

O presente tópico ocupa-se de problematizar o papel do Estado a partir da sua atuação diante da necessidade de efetivar direitos. Para tanto, utiliza-se uma abordagem sincronizada com a Teoria do Estado, levando em consideração o ponto de vista de países que não lograram implementar o rol de direitos fundamentais atrelado às promessas da modernidade.

Inicia-se essa abordagem com as possibilidades de uma Teoria do Estado e as peculiaridades desse termo, que engloba tantos universos distintos. Na sequência passa-se a uma observação da trajetória do Estado Liberal ao Estado Social. Ou seja, de um modelo estatal absenteísta e individualista - fruto das revoluções liberais e símbolo do triunfo da burguesia - até um modelo estatal social que alega conciliar o progresso social e o crescimento econômico num sistema capitalista.

O Estado Social é, por isto, resultado do desgaste do ideário liberal, que se apresentava tanto do ponto de vista social quanto do ponto de vista econômico. A teoria keynesiana demonstrou como era necessário, naquele contexto, o aumento da capacidade aquisitiva das massas, de modo a movimentar a economia capitalista. O *Welfare State* interventivo e promocional, tomando como pressuposto uma chave de explicação que projeta o saldo histórico como produto de interações econômicas tal como propõe Avelãs Nunes³⁶⁵, foi idealizado para que as classes dominantes

³⁶⁵ NUNES, A. J. A. **As voltas que o mundo dá...** reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

assegurassem a própria manutenção do sistema. Em um modelo econômico assentado no consumo, não era possível que a multidão de excluídos ficasse à par da circulação do capital.

Não obstante essa concepção de Estado se manifestar de formas diversas nas várias regiões em que foi adotado, observa-se como elemento unificador a agregação da função social (questão social) aos objetivos do Estado, que se incumbe de direitos prestacionais. O Estado Social, todavia, é “uma vítima dos seus próprios fracassos”. A sua meta de bem-estar é vaga e ilimitada, o que provoca incongruências na sua estrutura e, especialmente, na sua capacidade fiscal/financeira. A revolução tecnológica, as transformações do conceito de soberania, dentre outros fatores, impõem novas reflexões ao Estado Social na contemporaneidade.

Em outro momento, parte-se à abordagem do Estado Democrático de Direito e do “plus normativo” que lhe é agregado pelo objetivo transformador que permeia este conceito. Nesse contexto, o Poder Judiciário se posiciona na esfera de tensão, uma vez que o Estado Democrático de Direito é o *locus* privilegiado do acontecimento das demandas advindas da ampliação do rol de direitos fundamentais. Dessa forma, o Poder Judiciário, acionado pela Jurisdição Constitucional, ganha papel de destaque.

Por esse motivo, faz-se pertinente o estudo sobre os rumos do Estado Social como Estado Contemporâneo, bem como dos reflexos desse processo na atuação jurisdicional. Quando se menciona sobre Estado Contemporâneo - tendo como referência o modelo de Estado qualificado como Estado Social - é pertinente uma abordagem geral sobre alguns aspectos gerais da Teoria do Estado para sua melhor compreensão.

Adverte Canotilho que o termo “Estado” nunca está só: vem sempre acompanhado de adjetivos, o que pode ser demonstrado pelo uso dos termos “Estado Federal”, “Estado de Direito”, entre tantos. Um Estado desprovido de adjetivos indica, para ele uma incongruência, uma vez o termo “Estado” isoladamente não tem substância, é uma fórmula que precisa ser agregada de impressões³⁶⁶.

Ao discutir quais seriam as possibilidades de uma Teoria do Estado, Bercovici aponta que a noção de Estado não é universal e a-histórica, pelo contrário: serve para designar um modelo europeu, pós Idade Média, que se propaga por outras regiões do mundo. Para o estudo do Estado, necessária a atenção à história dos fatos, das ideias

³⁶⁶ CANOTILHO, J. J. G. O Estado adjetivado e a teoria da Constituição. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 25-40, 2002. p. 27.

e das representações sociais³⁶⁷. Bercovici propõe uma nova perspectiva a respeito da Teoria do Estado para esta que se adeque aos percalços da contemporaneidade, objetivando a compreensão das relações entre Estado, política, direito e economia³⁶⁸.

Van Creveld, por sua vez, lembra que a utilização do termo “Estado” deve levar em conta que, embora formalmente os Estados sejam todos iguais, na realidade prática, as diferenças nas conformações estatais são muitas, e vêm se acentuando. O objeto “Estado” relata uma instituição histórica e dinâmica, não definitiva, possuindo origem e historicidade. O Estado unificado num centro de tomada e implementação de decisões, caracterizado pelo poder soberano incontestável sobre um território, assume contornos que contrastam uma dicotomia absolutista/liberal. Na sua modalidade absolutista, o Estado se identifica com a própria figura do monarca, enquanto o Estado Liberal é marcado principalmente pela limitação de poder, pelas garantias individuais e pelo livre desenvolvimento do mercado³⁶⁹.

O triunfo do Estado Liberal, como fruto das revoluções liberais, significa a vitória da burguesia em seus anseios por ascensão econômica e social, marcando a derrocada do absolutismo. Bolzan e Streck apontam quatro características no Estado Liberal: a primeira consiste na separação entre o Estado e a sociedade civil mediada pelo direito, este visto como um ideal de justiça; a segunda, na garantia das liberdades individuais – os direitos fundamentais aparecem como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado; a terceira, no fato de que a democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela revolução francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado; e, por fim, o fato de o Estado passar a ter um papel reduzido, apresentando-se como Estado mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos³⁷⁰.

Este modelo liberal de Estado, especialmente no que concerne à sua matriz econômica, sofre desgaste em virtude de uma série de circunstâncias que culminam no surgimento do chamado Estado Social. A respeito do itinerário do Estado Liberal em direção ao Estado Social, são fundamentais as lições de Avelãs Nunes quanto aos

³⁶⁷ BERCOVICI, G. As possibilidades de uma teoria do Estado. *In*: LIMA, M. M. B.; ALBUQUERQUE, P. A. de M. (org.). **Democracia, direito e política**: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 325–343.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ MORAIS, J. L. B. de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 76–84.

³⁷⁰ STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 95.

fatores que compõem esta transição. Primeiramente, o fato de que a revolução industrial aumenta a produtividade e a capacidade de criação de riqueza, mas também as desigualdades sociais: as cidades não ofereciam condições para receber tantas pessoas e a indústria não conseguia absorver toda a massa de trabalhadores³⁷¹.

O sistema capitalista, ao articular-se com a indústria, assume um posicionamento alheio ao ideal de uma civilização igualitária, o que torna mais visíveis as suas contradições sociais, bem como a impossibilidade de mecanismos automáticos de regulação do mercado que sirvam de fundamento para um governo democrático da economia³⁷².

A teoria keynesiana aparece então como contraponto ao pensamento dos economistas que lastrearam o viés econômico liberal: aponta o desemprego involuntário e a desigualdade natural de riqueza e rendimento como os dois vícios das economias capitalistas, vícios esses cuja correção seria responsabilidade do Estado. Segundo esta teoria, inspiradora da transição para o Estado Social, as desigualdades econômicas contrariam o desenvolvimento da riqueza e a própria manutenção da economia capitalista, de modo que seria possível conciliar o progresso social e a eficácia econômica³⁷³.

O Estado Social surge, nesse contexto, como uma solução de compromisso, ou seja, uma resposta à necessidade de intervenção do Estado na economia, em nome do princípio da responsabilidade social coletiva. Nesse sentido, é importante lembrar que este Estado Social, na esteira de Avelãs Nunes³⁷⁴, não pretendia promover, assim como não promoveu, uma revolução social. Ele se enquadra, de fato, na lógica do capitalismo. Um exemplo disso é o fenômeno da política de redistribuição do rendimento, por meio do qual o Estado, por meio das prestações de direitos sociais, financia o próprio desenvolvimento das forças produtivas, propiciando mão-de-obra mais qualificada, capaz de produzir mais, dando maior rendimento aos empregadores e propiciando vantagens aos detentores de capital.

Nessa linha, García-Pelayo recorda que o significado histórico do Estado Social remete à tentativa de adaptação do Estado Liberal burguês às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas

³⁷¹ NUNES, 2011, p. 59.

³⁷² *Ibid.*, p. 6.

³⁷³ *Ibid.*, p. 67.

³⁷⁴ *Ibid.*

também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. As medidas criadas para permitir tal adaptação não aparecem como algo totalmente novo, mas como uma mudança qualitativa de tendências surgidas no século XIX para regular aspectos parciais da sociedade, regulação que passa, na atualidade, por um processo de generalização, integração e sistematização³⁷⁵.

O projeto político de Estado tem como objetivo primordial harmonizar o funcionamento do mercado com o equilíbrio e os avanços sociais, por meio de políticas de distribuição e redistribuição de ingressos, nivelção de patrimônios e pleno emprego. Deve-se ressaltar, contudo, que o bom funcionamento da economia de mercado ainda é considerado como pressuposto básico do desenvolvimento social, e que essas políticas de redistribuição somente têm aceitação uma vez que não sejam obstáculo ao sucesso da economia³⁷⁶.

Quanto às especificidades do contexto brasileiro, Celia Kerstenetzky reconhece três ondas de inovação institucional e difusão de direitos sociais no Brasil. A primeira onda corresponde aos anos de bem-estar corporativo, entre 1930 e 1964, nos quais foram implementadas as legislações trabalhistas e previdenciárias, fase que se estende de forma inercial e incremental entre 1946 e 1964. Na sequência, o período de universalismo básico, compreendido entre os anos 1964 e 1984, quando se unificou e estendeu, de modo diferenciado, a cobertura previdenciária para extratos sociais tradicionalmente excluídos e se criou um segmento privado simultaneamente a um público na saúde, este último voltado para os não cobertos pelos segmentos contributivo e privado. E, finalmente, o período pós-1988, com a institucionalização da assistência social, a fixação de um mínimo social, a extensão da cobertura previdenciária não contributiva, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e a política de valorização do salário-mínimo³⁷⁷.

A autora reconhece que a lentidão com que se desenvolveu no Brasil um Estado Social reflete a sua baixa prioridade nos projetos de desenvolvimento econômico em décadas precedentes. Boa parte do período formativo do estado de bem-estar no país foi dominada por governos não democráticos, pouco atentos aos direitos sociais e as políticas inclusivas. Após quase oito décadas de políticas pouco

³⁷⁵ MANUEL GARCÍA-PELAYO. **As transformações do Estado contemporâneo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 6.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 58.

³⁷⁷ KERSTENETZKY, C. L. **O Estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 181.

sensíveis à questão distributiva - as quais deixaram um considerável passivo social -, somente nos primeiros anos do século XXI é que o país finalmente começou a experimentar reduções significativas das desigualdades econômicas³⁷⁸.

Essa questão tem sua repercussão jurídica ampliada com a Assembleia Constituinte de 1987/1988 marca a redemocratização do Brasil e inaugura uma ampliação substancial no rol de direitos fundamentais de diversas dimensões, conferindo a estes direitos aplicabilidade imediata e proteção diante do poder de reforma. A Constituição Brasileira de 1988 contribui, ainda, para o fortalecimento do Ministério Público como instituição, a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a instituição do controle de constitucionalidade por omissão.

Todos esses pontos são relevantes para destacar que o texto constitucional insere a garantia jurídica de uma partilha mais equitativa dos resultados econômicos. Permanece, contudo, um déficit na efetivação dos direitos fundamentais anunciados por um modelo de Estado constitucionalmente definido. Esse déficit explicita a existência de um “plus normativo”, ou seja, de um Estado Democrático de Direito formado a partir da inserção da questão social na forma de um projeto constitucional jurídico-político³⁷⁹.

Como visto, o Estado Social de Direito agrega ao ideário liberal a questão social advinda dos conflitos inerentes ao modelo industrial desenvolvimentista, de forma que nesse modelo de Estado emergem garantias a prestações estatais positivas relativas aos direitos sociais. Por Estado Democrático de Direito se entende, no sentido em que coloca Jose Luis Bolzan de Moraes, um aprofundamento ou transformação de dois elementos: primeiramente do Estado de Direito e, por outro lado, da concepção de Estado Social. O autor define que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que se tem a permanência da questão social atrelada ao conceito de Estado Social ou *Welfare State*, há a sua qualificação pelo caráter transformador que agora se incorpora e que consiste no chamado “*plus normativo*”³⁸⁰.

O Estado Democrático de Direito aparece, por conseguinte, como uma sucessão histórica do Estado de Direito, que nasce como Estado Liberal de Direito e,

³⁷⁸ KERSTENETZKY, C. L. **O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 257.

³⁷⁹ MORAIS, J. L. B. de. **As crises do estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a. p. 30.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 69.

após, como Estado Social de Direito, enfrenta dilemas não resolvidos³⁸¹. Esse qualificativo de Estado tem como marca fundamental a sua finalidade de reestruturação social, o que confere novos contornos à já conhecida questão social. Esse modelo de Estado revela então a necessidade de garantir a existência democrática das instituições, buscando impedir a volta dos regimes totalitários, atrelada à democratização das condições sociais, econômicas e culturais.

A definição do Estado Democrático de Direito passa, ainda, por um projeto solidário de bem-estar, em que a atuação do Estado possui o teor de transformação do *status quo*, como um instrumento de mudanças sociais. Seu principal ator são as coletividades difusas, estando o ordenamento jurídico determinado ao desenho de instrumentos de garantia e implementação do futuro³⁸².

Nesse paradigma, oriundo da síntese entre o Estado de Direito e o Estado Social, em que lhe é agregado um *plus* normativo, o Poder Judiciário passa a ser o centro pulsante da esfera de tensão entre os demais poderes. Existe, portanto, deslocamento de tensões (do Legislativo ao Judiciário) com o Constitucionalismo Contemporâneo. O Direito, por sua vez, é visto como um agente transformador da realidade social por meio da efetiva tutela dos direitos fundamentais e do princípio democrático. Ressalte, todavia, o risco de uma mitificação do Estado de Direito, de forma que este seja um mecanismo de opressão dada pela juridicização integral do cotidiano e pelo seu caráter retórico-argumentativo como opressor da política e do debate público³⁸³.

Isto posto, é relevante o debate a respeito do papel da jurisdição no contexto do Estado Democrático de Direito, em especial nos países que não lograram cumprir as promessas igualitárias do Estado Social. A contemporaneidade evidencia as dificuldades de manutenção do projeto de Estado Social que sofre um embate diante de si mesmo, uma vez que as mudanças trazidas nos textos constitucionais constituem promessas cujo grande desafio estatal reside na sua concretização³⁸⁴.

³⁸¹ MORAIS, J. L. B. de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a. p. 49–50.

³⁸² MORAIS, 1996, p. 72–75.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ MORAIS, J. L. B. de. O Estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. In: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; CALLEGARI, A. L. (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica (Anuário)**: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. p. 145–162. p. 150.

Nesse cenário, desaparece o caráter assistencial/caritativo da prestação de serviços por parte do Estado e estes passam a ser vistos como direitos sociais inerentes à cidadania e à própria noção de dignidade humana. A busca pela concretização dos direitos sociais como demandas levadas ao Poder Judiciário passa a ser uma das características da contemporaneidade. A grande discussão repousa, por consequência, na exaustão das fórmulas que compõem o Estado Social: como aliar um projeto constitucional marcado por um constitucionalismo compromissório e social diante de circunstâncias que não favorecem a sua realização, não apenas no que tange às suas condições materiais, mas, também diante das mudanças nos lugares e atores do agir e do fazer político³⁸⁵.

O Estado Social é acometido por uma crise estrutural em seu caráter interventivo-promocional agregado pela questão social, de modo que a trajetória desse modelo estatal é marcada, como lembra Jose Luis Bolzan de Moraes, por uma dupla face: ao mesmo tempo em que a intervenção pública consiste numa exigência dos movimentos de trabalhadores, a atividade interventiva do Estado é um instrumento de manutenção e desenvolvimento do próprio sistema, assegurando condições para a sua continuidade³⁸⁶.

Nesse sentido, a universalização de direitos fundamentais, cerne da segunda pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito, é um problema para o Estado na medida em que este assume tarefas que são constitucionalmente delimitadas. Conferir o mesmo provimento jurisdicional aos demais cidadãos que estejam na mesma situação é um fator que demanda a atuação do poder público, o que problematiza o papel do Estado na satisfação de direitos. Isso se torna ainda mais evidente em países de modernidade tardia como o Brasil, contexto no qual são maiores as demandas pela efetivação desse projeto de Estado constitucionalmente definido.

Existe, nesse sentido, um papel do Judiciário no resgate dessas promessas não cumpridas: o intérprete/juiz atua, na linha do que observa Garapon³⁸⁷, como um guardião de promessas que foram direcionadas aos indivíduos, mas também à

³⁸⁵ MORAIS, J. L. B. de. O Estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. *In*: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; CALLEGARI, A. L. (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica (Anuário)**: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. p. 145–162., p. 149.

³⁸⁶ MORAIS, 2011a, p. 26–27.

³⁸⁷ GARAPON, A. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 24.

comunidade política. A atuação do Judiciário passa, portanto, por um papel de proteção da memória do vínculo de solidariedade que funda o projeto de um Estado Democrático de Direito.

Essa memória diz respeito a pactos anteriores que nos ligam e que garante a identidade democrática, que não permanece a mesma no transcorrer do tempo, mas que, por outro lado, se mantém como uma promessa resguardada³⁸⁸. Nessa linha, afirma Garapon³⁸⁹:

O juiz - quer se trate do de Nuremberg ou, mais modestamente, dos nossos pequenos juízes dos subúrbios - está aí para lembrar à humanidade, à nação ou ao simples cidadão, as promessas que lhe foram feitas, a começar pela primeira dentre elas, a promessa de vida e de dignidade. Estas promessas são mantidas pelos juízes, mas não o amarram: eles são as suas testemunhas, garantes e guardiães. Elas foram-lhes transmitidas, eles entenderam-nas e eles lembram-nas, porventura, àqueles mesmos que lhas confiaram: como poderíamos censurá-los?

Ocorre que, concomitantemente, o Estado é acometido por crises que se apresentam, na perspectiva de Rosanvallon³⁹⁰ adaptada ao Brasil por Bolzan de Moraes³⁹¹, em três perspectivas: uma crise de caráter fiscal que se reflete num problema de caixa, uma crise de viés ideológico que questiona a legitimidade do próprio Estado como ente responsável pela transformação do quadro social e também uma crise filosófica que põe em xeque o vínculo de solidariedade que fundamenta o Estado Social (e conseqüentemente do Estado Democrático de Direito, na medida em se dá como um aprofundamento do Estado Social).

Esse Estado em crise tem dificuldade em se colocar como um assegurador do bem-estar social, o que faz com que o Direito e seus atores assumam um espaço de exigibilidade de direitos fundamentais³⁹², conforme explicitado no tópico anterior. Nesse sentido, o Direito é a consolidação de promessas e compromissos feitos às gerações vindouras, promessas essas que devem ser mantidas³⁹³. Um desafio se

³⁸⁸ GARAPON, A. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 192.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 288.

³⁹⁰ ROSANVALLON, P. **The new social question: rethinking the Welfare State**. Princeton: Princeton University Press, 2000. ISSN 1098-6596.p. 3.

³⁹¹ COPELLI, G. M.; MORAIS, J. L. B. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 20, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.17808/des.0.1396p.6>.

³⁹² GARAPON, 1996, p. 46.

³⁹³ *Ibid.*, p. 177.

impõe nesse contexto: encontrar um caminho do meio entre a sacralização do agir do juiz e a sua total sujeição e subordinação ao Poder Executivo³⁹⁴.

No Brasil, ainda que se considere a década de 30 um marco histórico de um movimento de Estado Social brasileiro com as delimitações da Constituição de 1934, é o advento da Constituição de 1988 que aperfeiçoa as diretrizes para a prestação de direitos de ordem social pelo Estado, com avanços na garantia e consolidação destes dispositivos. A nova delimitação constitucional dessa ordem social torna possível a passagem de uma lógica individual para um objetivo de satisfação coletiva, o que representa uma transformação no papel do Judiciário, que passa ser um “mediador de disputas”³⁹⁵.

Ao se deparar com a necessidade de oferecer respostas relativas às demandas por direitos sociais, o Judiciário se torna o *locus* central da discussão dessas questões ao se posicionar no centro de uma esfera de tensão que gira em torno dos déficits na execução de políticas públicas que viabilizem esses direitos. Por conta disso, o Judiciário passa a decidir questões políticas revestindo-as de uma linguagem jurídica, o que provoca uma confusão entre a linguagem do Direito e a linguagem da política³⁹⁶.

Muito embora, como alega Bercovici, seja impossível compreender a Constituição com categorias exclusivamente jurídicas fora de uma realidade política, existem questões de normatividade constitucional que integram questões políticas. Nesse sentido, a política serve à manutenção dos fundamentos constitucionais de modo que a Constituição é ao mesmo tempo um resultado e também um determinante da política³⁹⁷.

Em vista desses aspectos, a dinâmica entre Direito e Política no Brasil se reveste de maior complexidade em suas demandas: diante de um modelo de Estado Democrático de Direito no qual o *plus* normativo delimita um projeto de Estado que se volta para o futuro, o papel do Estado no tocante aos direitos fundamentais se coloca diante de dois extremos: entre a limitação do poder pelo Direito e o dever de executar as tarefas que colocam em prática esse projeto de Estado constitucionalmente definido.

³⁹⁴ GARAPON, A. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 181.

³⁹⁵ MATTOS, K. D.; VIEIRA, J. R. Uma ponte entre dois mundos: como o constitucionalismo social conectou o direito e a ciência política no Brasil pós-88. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 27, p. 377–402, 2017. p. 380.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ BERCOVICI, 2004, p. 23–24.

O sentido de Constituição passa então a corresponder, como afirma Clarissa Tassinari, à dupla expectativa da democracia, ou seja, ao anseio por proteção das liberdades contra o arbítrio do Estado (uma perspectiva contramajoritária) e ao mesmo tempo ao direcionamento do agir político, que cria responsabilidades para o ente estatal e determina a execução de ações positivas que atendam às demandas democráticas³⁹⁸.

Isso faz com que, no que tange ao diálogo entre Direito e Política, a nossa Constituição impõe o mínimo (no sentido de limitação do poder político em face da preservação de direitos) e projeta o máximo, o que determina ao Estado que este construa vias de interlocução com a sociedade que canalizem institucionalmente a implementação de demandas sociais³⁹⁹.

Essa questão está profundamente ligada à função que exercem os princípios para o Direito, funcionando como formadores da sua história institucional e ao mesmo tempo se projetando como horizonte, na medida em que inserem o mundo prático no Direito e representam um compromisso que deve ser levado em conta pelos juízes ao decidirem⁴⁰⁰. Isso significa afirmar uma cooriginariedade entre Direito e moral, que tem raiz no todo principiológico da Constituição e que impõe ao juiz o dever de fornecer respostas constitucionalmente adequadas que demonstrem a legitimidade da sua atuação, conforme foi explicitado no tópico 2.3.

No contexto de um Estado Democrático de Direito é possível, portanto afirmar o caráter prospectivo do Direito com base no significado assumido pelos princípios como algo que se antecipa, que faz parte de um todo conjuntural representado pela Constituição e que nos permite articular o aparato construído pela tradição jurídica⁴⁰¹. Isso significa dizer que a Constituição é um evento que introduz um novo modelo sociedade que se projeta para o futuro, num sentido prospectivo, mas que ao mesmo tempo só é possível em virtude de uma história institucional edificada em comunidade.

Esses pressupostos condicionam a execução das tarefas definidas pelo texto constitucional, tarefas essas que compõem o norte da atuação estatal no Estado Democrático de Direito, especialmente em países que sofrem de um déficit de

³⁹⁸ TASSINARI, C. Desafios democráticos no contexto da dinâmica entre poderes: os perigos das tentativas de sobreposições institucionais. *In*: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; TEIXEIRA, A. V. (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Blumenau: Dom Modesto, 2021. p. 55.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ STRECK, 2017c, p. 582.

⁴⁰¹ *Ibid.*

efetividade de direitos de cunho prestacional como é o caso brasileiro. Tais pressupostos de caráter principiológico fundamentam inclusive a legitimidade do Direito em sua concretude, uma vez que é a partir deles que é possível dizer se o Direito que se produz concretamente está legitimado de acordo com uma tradição histórica que constitui uma sociedade democrática⁴⁰².

É exatamente na justificação, ou seja, nos pressupostos principiológicos que condicionam a atuação do Estado que se insere uma ideia de república como um princípio que funciona para garantir a universalização dos provimentos relativos a direitos fundamentais de caráter prestacional, na medida em que o Estado assume o papel de gestor da coisa pública que tem a sua atuação condicionada pelo direito.

A partir daí um problema se impõe diante do risco de que a função judicial direcionada à salvaguarda das promessas desse modelo de Estado tenha como consequência o estabelecimento de privilégios derivados da disparidade entre aqueles indivíduos que tiveram a sua demanda satisfeita a partir de uma intervenção judicial e aqueles que não tiveram. O tópico que segue tem como objetivo discutir esse problema de fundo republicano.

4.2. A universalização como um problema republicano: o ativismo judicial e a criação de um grupo de privilegiados

O presente tópico tem como objetivo discutir o problema republicano que se dá diante da concessão de prestações estatais por via judicial, em vista da criação de um grupo privilegiado pela judicialização dessas demandas. Essa discussão passa pelo estabelecimento de elementos conceituais sobre a ideia de republicanismo que permitam discutir de que modo essa ideia implica um fundamento igualitário que é incompatível com demandas individuais que se sustentam na desigualdade das condições de acesso ao Judiciário.

Nesse contexto se insere a segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito uma vez que a universalização do acesso às prestações estatais a todos que se encontrem na mesma condição funciona como blindagem à criação de um grupo privilegiado por obter judicialmente essas prestações de forma individualizada. Em outras palavras, a universalizabilidade do provimento judicial é

⁴⁰² STRECK, 2017c, p. 583.

condição de possibilidade para o oferecimento de uma resposta constitucionalmente adequada pelo Judiciário, de modo que se evite a ocorrência de decisões judiciais ativistas e, portanto, arbitrárias.

De início, é importante pontuar que existe uma indeterminação quanto ao conceito de republicanismo, uma vez que este conceito é utilizado para designar movimentos políticos que ocorreram em diversos países e que assumiram algumas características semelhantes, mas também apresentam pontos de divergência. No intuito de oferecer uma estrutura comum que caracterize o republicanismo, Walber de Moura Agra elenca as seguintes características: a) negação de qualquer tipo de dominação, seja por meio de relações de escravidão, de relações feudais ou assalariadas; b) defesa e difusão das virtudes cívicas; c) estabelecimento de um Estado de Direito; d) construção de uma democracia participativa; e) incentivo ao autogoverno dos cidadãos; f) implementação de políticas que atenuem a desigualdade social, pela efetivação da isonomia substancial⁴⁰³.

Fernando Scaff⁴⁰⁴ define como republicano o Estado juridicamente estruturado de modo a permitir que o governo atue em prol do bem comum, aplicando à coisa pública uma função social com o objetivo de efetivar direitos fundamentais mediante o respeito à lei. Nesse sentido, emergem quatro conceitos-chave que compõem o significado de República: o bem comum enquanto busca de interesses de toda a sociedade⁴⁰⁵; a coisa pública que engloba todo o patrimônio público, não apenas em bens mas também o espaço público que é entendido como âmbito de ação do Estado⁴⁰⁶; o objetivo de efetivação dos direitos fundamentais e a juridicidade na formulação e aplicação da lei⁴⁰⁷.

O republicanismo possui, portanto, um profundo significado social que remodela as relações sociais, firmando-as sob o parâmetro da *res publica*, que significa a negação à ideia do domínio de um só⁴⁰⁸. Isso quer dizer que existe um modelo de estruturação política da sociedade que procura permitir aos seus cidadãos

⁴⁰³ AGRA, W. de M. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

⁴⁰⁴ SCAFF, F. F. **Orçamento republicano e liberdade Igual**: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 127.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 133.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 140.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 128.

⁴⁰⁸ BAHIA, A. G. M. F. M.; BACHA E SILVA, D. República e Constituição de 1988: ou Constituição sem república? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 15, n. 2, p. e33709, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/1981369433709> p. 31.

o desenvolvimento das suas vidas com o maior nível possível de satisfação de suas necessidades, mediante leis que ordenem o seu funcionamento⁴⁰⁹.

Nesse sentido, os interesses privados passam a existir em razão do funcionamento da esfera pública, mediante a exigência de comunhão com os interesses coletivos para a sua concretização, ou seja, a satisfação dos interesses coletivos é um requisito para que os interesses individuais possam ser atendidos⁴¹⁰. Esse ponto tem profunda relação com o tema debatido nesse tópico, uma vez que conduz à conclusão de que interesses individuais precisam estar aptos a serem universalizados para que possam se inserir em um contexto republicano, que se mostra impeditivo do benefício de sujeitos individualmente beneficiados pela judicialização de suas demandas.

A incompatibilidade desses privilégios com o princípio republicano que fundamenta o Estado Democrático de Direito no Brasil se deve ainda ao antagonismo entre o republicanismo e as formas de diferenciação dos cidadãos que possam configurar colocar a concessão de direitos subjetivos na condição de verdadeiros privilégios individuais. O princípio da isonomia (que será tratado com mais profundidade no próximo capítulo) é, assim, um primado fundamental do republicanismo que veda o estabelecimento de preferências/privilégios pelos entes estatais⁴¹¹. Diante disso, o agir republicano perde espaço quando a ação governamental deixa de visar o bem comum para beneficiar indivíduos ou grupos específicos⁴¹², do que se pode depreender que a ideia de universalização ínsita à segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito está intimamente relacionada ao princípio republicano que funciona como seu fundamento.

Não obstante a relevância do debate conceitual sobre republicanismo, existe também uma dimensão da república que precisa ser buscada na ordem constitucional, uma vez que no caso brasileiro o perfil e as peculiaridades da República são traçados pela Constituição⁴¹³. Nesse sentido, o estudo atual da República brasileira deve buscar uma análise dos limites e contornos constitucionalmente definidos que refletem o significado de República construído na normatividade constitucional do país.

⁴⁰⁹ AGRA, 2005, p. 17–18.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 19.

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 24.

⁴¹² SCAFF, 2018, p. 107.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 120–121.

O ideário republicano, ou seja, a pretensão de fundar um governo republicano, permeou a construção histórica do constitucionalismo brasileiro, estando presente em todos os projetos constitucionais a partir da proclamação da república (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988). Numa perspectiva formal, todos os textos constitucionais brasileiros (1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC 1/69, 1988) mencionam, logo no primeiro artigo, a fundação de um Estado republicano.

Ocorre que um projeto republicano não pode ser alcançado apenas com a sua positivação no texto constitucional. Esse projeto precisa de uma afirmação institucional para que tenha sucesso, o que depende da criação de uma cultura republicana que se reverta em práticas institucionais⁴¹⁴. No caso brasileiro, sabe-se que a proclamação da república foi um processo político permeado por conflitos internos e gestado numa monarquia desgastada por crises sociais, políticas e econômicas que fizeram com que a República não nascesse de um sentimento popular, mas de um artifício militar conservador a partir do qual se forma uma cultura política que em diversos momentos da sua história se afastou do exercício democrático do poder⁴¹⁵.

Em “Os bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi”, José Murilo de Carvalho narra a ocasião em que Aristides Lobo, propagandista da República, manifestou a sua decepção com o modo como foi proclamado o regime republicano ao afirmar que o povo, que deveria ocupar o papel de protagonista dos acontecimentos, assistiu a tudo “bestializado”, sem compreender o que ocorria, julgava ver uma parada militar⁴¹⁶. A partir desse episódio emblemático o autor trata da relação entres três temas: a república enquanto regime político, a cidade do Rio de Janeiro e a cidadania enquanto prática popular, para demonstrar que a república no Brasil, passado uma esperança inicial de expansão democrática, se consolidou em cima da exclusão do envolvimento popular num governo que tinha mínima participação eleitoral e reforçava o poder das oligarquias⁴¹⁷.

Esse quadro denotava um contraste entre a realidade dos acontecimentos e as suas promessas: pelo ideário republicano, a cidade seria um berço da cidadania e funcionaria para favorecer a prática republicana que se caracterizaria pela ampliação

⁴¹⁴ BAHIA; BACHA E SILVA, 2020, p. 4.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁴¹⁶ CARVALHO, J. M. de. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a república que não foi. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 5.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 127.

da cidadania por meio de um regime que sustentava a liberdade e a igualdade⁴¹⁸. Ocorre que esses objetivos não seriam capazes de eliminar o peso de uma tradição escravista e colonial que obstruía o a consolidação de liberdades civis e, acima de tudo, contaminava as relações entre sociedade e governo. Tudo isso compõe uma “República que não era”, uma vez que, para a grande maioria da população, o poder permanecida fora do seu alcance, do seu controle até mesmo da sua compreensão⁴¹⁹.

Esse cenário, somado à desigualdade presente no tecido social e à carência pela efetivação de direitos fundamentais, contribui para o que se pode chamar de déficit de republicanismo no Brasil⁴²⁰ que faz com que a República seja um projeto inacabado no Brasil. Se por um lado se sabe que, na condição de um projeto, a República está sempre por vir, no sentido de uma finalidade a se alcançar, por outro lado, a construção desse projeto é indispensável para um Estado Democrático de Direito⁴²¹.

Trata-se de um projeto republicano que implica um processo de construção de uma sociedade de membros livres e iguais, mas que, como a própria Constituição democrática, precisa se atualizar e se realizar no tempo⁴²². No curso da nossa história, o projeto republicano no Brasil passou por caminhos tortuosos que vão da abolição da escravatura ao fim do Império por uma manobra militar que visava construir uma sociedade de iguais, mas que nada mais vez do que transferir o poder para as oligarquias⁴²³.

Isso se reflete, inclusive, na conformação das Constituições brasileiras. A Constituição de 1988, dita “Constituição republicana”, fez muito pouco em termos de ampliação de direitos civis e políticos em comparação com a Carta Constitucional que a antecedeu em 1824, mantendo praticamente intacto um sistema que restringia a participação política popular dos tempos do Império⁴²⁴.

A partir de então se dá a tomada da coisa pública por grupos civis e militares que se revezavam no poder, mas que denotam uma trajetória permeada pelo

⁴¹⁸ CARVALHO, J. M. de. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a república que não foi. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 5.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 128.

⁴²⁰ COPELLI, G. M. Déficit de republicanismo no Brasil: uma crítica à crítica contemporânea. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 43, p. 119–136, 2020. Disponível em: <https://doi.org/https://doi.org/10.22456/0104-6594.9515095150p.120-121>.

⁴²¹ BAHIA; BACHA E SILVA, 2020, p. 34.

⁴²² *Ibid.*, p. 29.

⁴²³ *Ibid.*, p. 34–35.

⁴²⁴ LIMA, D. P. **Constituição e poder**: limites da política no Estado de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 84.

autoritarismo ora escancarado, ora disfarçada por um verniz democrático. Nesse sentido, a naturalização da desigualdade, o mito da democracia racial e a evasão da memória social aparecem como traços característicos de governos autoritários que se utilizam de narrativas forjadas para a manutenção do poder⁴²⁵.

Apesar de suas insuficiências em resolver o problema da efetividade de direitos fundamentais, da apropriação da coisa pública e do domínio da elite, a Constituição de 1988, mesmo que sozinha não consiga alterar uma realidade, tem uma força inegável e sem precedentes no sentido de depositar expectativas populares. A Assembleia Constituinte que se instalou em 1º fevereiro de 1987 e ficou reunida até 5 de outubro de 1988 encarou a missão de encerrar a ditadura militar consolidando as bases para a afirmação da democracia, o que evidenciava uma dupla preocupação: criar instituições sólidas o bastante para suportar crises políticas e definir garantias para o exercício dos direitos e liberdades fundamentais, propondo um novo paradigma no qual os cidadão que vivem sob a República do Brasil se vejam como cidadãos titulares de direitos⁴²⁶.

Em virtude dessa titularidade de direitos inerente à condição cidadã é que a segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito representa um traço republicano: se o direito é deferido para um indivíduo, é preciso que ele seja ao máximo universalizado, sob pena de que a via judicial seja utilizada para apropriação particular da coisa pública⁴²⁷. Como visto, a instauração do regime republicano no Brasil foi muito mais um momento de reorganização de um modelo patrimonialista de dominação política que uma efetiva revisão das desigualdades que desde já acometiam a sociedade brasileira⁴²⁸.

A ideia desse modelo patrimonialista de dominação política no Brasil tem expoente em Raymundo Faoro⁴²⁹, que atribuiu uma nova funcionalidade a conceitos utilizados por Max Weber para analisar a realidade europeia na obra “Os donos do poder”. Nessa obra Faoro trabalhou os conceitos de patrimonialismo e estamento com o objetivo de explicar as origens de diversos problemas da realidade política brasileira

⁴²⁵ SCHWARCZ, L. M. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 19.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 232.

⁴²⁷ STRECK, 2021b.

⁴²⁸ LIMA, D. P., 2015, p. 84.

⁴²⁹ FAORO, R. **Os donos do poder**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

com base em elementos político-institucionais característicos do nosso sistema político, relacionados à estrutura de poder imposta por oligarquias no Brasil.

Não obstante a obra contar com mais de sessenta anos de publicação, algumas das posições continuam atuais, no sentido de um diagnóstico de uma organização estatal eivada de autoritarismo durante grande parte da sua história, incluindo a sua história republicana. Essa situação evidencia um déficit de cidadania que faz parte da compreensão da realidade brasileira, e nesse sentido o legado de Faoro, mesmo submetido a críticas⁴³⁰, não deve ser ignorado⁴³¹. Um componente fundamental da obra de Faoro que contribui para essa tese é exatamente a crítica à relação promíscua entre público e privado por parte de uma elite dirigente, e a ameaça que essas relações apresentam à consolidação do Estado de Direito⁴³².

Nesse sentido, a pergunta a respeito da possibilidade de universalização de direitos fundamentais representa uma oposição entre republicanismo (no sentido de um Estado juridicamente estruturado de modo a permitir que o governo atue em prol do bem comum) e um esquema patrimonialista que se caracteriza pela apropriação privada da coisa pública, no qual uma camada dirigente se utiliza de instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal⁴³³.

Com isso se quer dizer que, se um direito fundamental é deferido para uma pessoa, mesmo - e especialmente - que se trate de um direito que demande prestações estatais, é preciso que esse direito possa ser universalizável, sob pena de que o Judiciário referende juridicamente a criação de um grupo social que se privilegia de decisões judiciais individualizadas. Esse ponto possui ligação direta com o fenômeno do ativismo judicial, uma vez que a discricionariedade no Brasil está intimamente relacionada a um processo histórico de formação do Estado e da sociedade a partir de uma racionalidade patrimonialista, como pôde demonstrar Danilo Pereira Lima⁴³⁴.

⁴³⁰ Divergências em relação à obra de Faoro podem ser encontradas, por exemplo, em Marcos Nobre, que explica o sistema político brasileiro pelo fenômeno do “peemedebismo”, bem como em Jessé Souza que diverge de Faoro ao atribuir à escravidão, e não ao patrimonialismo, a explicação da formação político-institucional do Brasil. Nesse sentido, ver: Nobre, Marcos. **Imobilismo em movimento**: da abertura democrática ao governo Dilma. São Paulo: Companhia das Letras, 2013; SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da Escravidão à Lava Jato, São Paulo: Leya, 2017.

⁴³¹ NEVES, I. F.; LIMA, D. P. A atualidade de Raymundo Faoro e dos clássicos do pensamento político. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/diario-classe-atualidade-raymundo-faoro-classicos-pensamento-politico>

⁴³² *Ibid.*

⁴³³ FAORO, 2008, p. 834.

⁴³⁴ LIMA, D. P., 2015, p. 124–133.

É importante fazer a ressalva de que, quando aqui se fala em déficit de republicanismo e de como ele representa um entrave à consolidação de um Estado Democrático de Direito no Brasil é preciso levar em conta que as apontadas práticas patrimonialistas não se conformam como algo imutável ou forjado como essência, o que seria um contrassenso para um trabalho que tem como teoria de base a Crítica Hermenêutica do Direito que se utiliza dos aportes filosóficos contidos na tradição de Heidegger e Gadamer⁴³⁵ tais como delineados no primeiro capítulo. Trata-se, por consequência, de algo percebido rotineiramente no interior das instituições, mas que tem espaço para se transformar a partir de novos olhares.

Lenio Streck reforça que a Teoria do Estado no Brasil deve observar a condição de um país de modernidade tardia, uma vez que o poder político no Brasil se articula a partir de um Estado que é patrimonialista em seu conteúdo e estamental na sua forma. Isso ocorre porque a apropriação do aparelho estatal por parte dos titulares do poder gera quase uma indistinção entre o bem público e o privado, de modo que os espaços do Estado são utilizados para a administração de interesses privados. Como consequência, o poder é exercido na forma de um estamento que assume o controle do Estado e o governa mediante seus interesses. Assim se torna possível afirmar que o país apresenta características pré-modernas, uma vez que “o Estado brasileiro é *locus* da dilapidação da *res publica*”⁴³⁶.

A partir de uma abordagem filosófica, Giancarlo Copelli analisa o Estado Social como um modelo fundado por uma linguagem pública, mas que, quando se realiza por linguagens privadas, torna-se um perigoso caminho para a colonização dos espaços de poder⁴³⁷. Nesse ponto, um diagnóstico que se apresenta é o de que o Estado Social no Brasil deixou de funcionar como um instrumento de promoção da igualdade para exercer o papel de alavanca para o crescimento das camadas médio-superiores da sociedade brasileira.

A partir de uma perspectiva que recupera os percalços por quais passou a implementação de um Estado Social no Brasil é possível perceber que o Estado que deveria exercer a função de promover bem-estar social foi pródigo somente para as elites que se beneficiaram da sua atuação⁴³⁸, o que denota um déficit de

⁴³⁵ COPELLI, 2020, p. 127.

⁴³⁶ STRECK, 2013a, p. 30.

⁴³⁷ COPELLI, G. M. **Construções entre filosofia da linguagem e teoria do estado: o Estado social como Estado de direito e seus desafios no Brasil.** 2018. São Leopoldo, 2018. p. 246.

⁴³⁸ STRECK, 2013a, p. 28.

republicanismo que em muito se deve à apropriação do público pelo privado típico de um resquício patrimonialista⁴³⁹. No espaço do Poder Judiciário, isso se manifesta na forma do ativismo judicial como uma manifestação estamental dos magistrados, representando um arroubo autoritário que acarreta em prejuízos graves para o Estado Democrático de Direito, enquanto um aprofundamento do Estado Social.

Danilo Pereira Lima trabalha nessa perspectiva, compreendendo o ativismo judicial como um desvio autoritário que propicia aos juízes a instrumentalização do direito e da coisa pública, com notórios prejuízos à consolidação da democracia no Brasil. Ao contrário da judicialização da política (conforme distinção estabelecida no tópico 2.1), que representa o deslocamento para o Poder Judiciário de demandas que para ele são inafastáveis por tratarem da efetivação de direitos estabelecidos, o ativismo judicial denota uma intervenção arbitrária do Poder Judiciário em questões que ultrapassam a sua esfera de atuação. Nesse sentido o autor afirma que o ativismo judicial aparece no Brasil como um desdobramento de um modo estamental de exercício da autoridade, no qual se desestruturam as fronteiras entre a função pública do magistrado e os interesses e posições pessoais de quem a exerce⁴⁴⁰.

Esses elementos, na esteira da argumentação aqui proposta, servem para demonstrar que uma prestação jurisdicional universalizável é decorrência do princípio republicano, o que acarreta a necessidade de que toda decisão judicial sobre direitos sociais possa ser universalizada. Por conta disso, a segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito é não somente um critério que permite detectar a ocorrência do ativismo judicial, afastando-o da judicialização da política, mas também uma indagação que obrigatoriamente precisa ser atendida em virtude do seu lastro principiológico.

A possibilidade de universalização de direitos passa, contudo, por questões institucionais que envolvem a capacidade institucional e os contornos da atuação do Poder Judiciário no tocante à efetivação de direitos fundamentais que têm como via a implementação de políticas públicas. O tópico que segue se destina à análise dessas questões.

⁴³⁹ COPELLI, 2020, p. 132.

⁴⁴⁰ LIMA, D. P., 2015, p. 116–117.

4.3. A universalização como um problema institucional: direitos fundamentais e políticas públicas

O tema da diferença entre ativismo judicial e judicialização da política passa fatalmente por uma questão de cunho institucional, que envolve os limites da atuação do Poder Judiciário enquanto instituição para que se possa melhor definir o seu papel no controle de políticas públicas. Isso porque as políticas públicas servem à efetivação de direitos fundamentais, funcionando como o elemento que transporta esses direitos para uma prática institucional em nível estatal.

Nesse ponto o tema do controle judicial de políticas públicas aparece como um espaço limítrofe em que o Direito se depara com a Ciência Política, uma vez que se trata de um debate que envolve a relação entre Direito e Política. Em outras palavras, na medida em que se reconhece que a força normativa da Constituição pode ensejar o reconhecimento de direitos fundamentais por via judicial, o Judiciário se transforma em um ator que interfere na delimitação das políticas públicas. Por conta disso é de extrema relevância que se discuta os limites dessa atuação que coloca o Direito em confronto com os seus próprios limites em relação à política.

O caráter de estabilização de disputas e direcionamento da atuação do Estado que marca as Constituições modernas, abrangendo diretrizes e programas que envolvem não somente indivíduos, mas especialmente as instituições faz com que a Constituição aproxime esses campos de conhecimento separados cientificamente, mas que são unificados a partir de uma realidade política que convive com a normatividade do direito⁴⁴¹.

Ocorre que o direcionamento da política pelo direito típico de um modelo de Estado, ao reunir esses dois mundos, abre uma disputa entre a conformação da política e a normatividade do Direito. Nesse ponto a segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito atua de forma incisiva, uma vez que a concessão de prestações estatais por via judicial de forma individualizada abre uma disputa com a política no sentido de uma ciência que tem como lógica um movimento de amplitude social⁴⁴².

⁴⁴¹ MATTOS; VIEIRA, 2017, p. 397.

⁴⁴² *Ibid.*

Pensar a Constituição como elo entre direito e política⁴⁴³ significa, portanto, conceber Constituições como documentos que reúnem a realidade política e o plano normativo e exatamente por isso envolvem um problema de decisão judicial que justifica a obrigatoriedade da indagação a respeito da possibilidade de universalização de direitos fundamentais e, conseqüentemente, das políticas públicas que os representam no sentido institucional.

A abordagem da judicialização das políticas públicas deve então considerar os limites do Estado em lidas com a complexidade dessas demandas. Para além das crises consideradas no tópico 4.1, torna-se proeminente um embate entre a função estatal de governo e a função de garantia⁴⁴⁴, ou seja, de como a viabilidade das prestações materiais que são exigíveis ao Estado passa a demandar uma comunhão entre o projeto de Estado e o projeto de governo, que se reflete na execução de políticas públicas.

O aprofundamento dessa discussão coloca a pergunta sobre uma definição do que se quer dizer quando se fala em política pública do ponto de vista jurídico. Em meio à multiplicidade de elementos associados à expressão “políticas públicas”, faz-se necessária uma contextualização histórica para o estudo dessa terminologia no Brasil. A pesquisa sobre políticas públicas ganha destaque no Brasil após a redemocratização, momento em que os movimentos sociais dominavam a cena política, havendo uma certa indefinição sobre os papéis específicos dos agentes estatais para executar as tarefas definidas pela Constituição de 1988. Os longos anos de período autoritário cobravam o seu preço: a perda da legitimidade e o imaginário de que “o governo eram os outros”⁴⁴⁵.

Os anos que sucederam a vigência da Constituição de 1988 representaram anseios de consolidação da democracia e reconstrução do Estado brasileiro. Surge então a necessidade de instituições que atuassem não apenas mediante regras claras, mas também de forma legítima, por autoridades confiáveis. Essa reestruturação e organização da vida democrática é o que faz eclodir a ideia de

⁴⁴³ TASSINARI, 2021, p. 54.

⁴⁴⁴ MORAIS, J. L. B. de; BRUM, G. V. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 63, n. 16, p. 107–136, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/60768/60061p>. 31.

⁴⁴⁵ BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25.

infraestrutura, atividade produtiva e dispêndios necessários para a realização das tarefas impostas pela ampliação do rol de direitos fundamentais⁴⁴⁶.

Persiste ainda hoje no Brasil o dilema de apontar os modos de atuação do Estado para a realização bem-sucedida dos objetivos democraticamente definidos pela Constituição, especialmente considerando que o modelo de Estado (Social) vem encontrando seus limites nas “crises cíclicas do capitalismo” e nos “déficits de republicanismo” que assolam o Brasil⁴⁴⁷. Disso decorre o grande desafio de modificar as estruturas de desigualdade no País, numa “subversão da própria democracia”⁴⁴⁸. Para isso, é necessário o aprimoramento de processos jurídico-institucionais e também da sua articulação: é nesse ponto que os conceitos de democracia, desenvolvimento e políticas públicas se encontram inevitavelmente associados.

A implantação das regras básicas do Estado de Direito é um primeiro momento desse aprimoramento, a partir da institucionalização de mecanismos e de práticas político-jurídicas que superem autoritarismos e a dominação de oligarquias, uma vez que “regimes autoritários também contam com estruturas legais para impor sua repressão”⁴⁴⁹. Isso exige, como consequência do aprimoramento democrático, um salto qualitativo na prestação dos serviços públicos e a adoção de medidas estratégicas para uma nova racionalidade democrática, que seja permeada pela transparência e pelo uso inteligente dos recursos com alcance social.

As políticas públicas constituem, assim, uma tecnologia jurídica governamental para a consolidação da democracia⁴⁵⁰, e por isso é tão importante inserir o seu estudo na realidade brasileira. Pesquisar a definição jurídica de políticas públicas é buscar um melhoramento nos mecanismos institucionais para a concretização dos direitos fundamentais, cujo rol é significativamente ampliado após a Constituição de 1988⁴⁵¹.

A partir do exposto, é possível afirmar que existe nos países em desenvolvimento uma demanda estatal específica que reclama condições de articular ações para a ruptura de estruturas que reproduzem desigualdade, a fim de que a ideia

⁴⁴⁶ BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 26.

⁴⁴⁷ COPELLI, G. M. O Estado Social no Brasil e (seus) novos limites. In: GORCZEWSKI, C.; JAQUES, M. D. (org.). **Políticas públicas no Brasil: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos Direitos Humanos**. Blumenau: Dom Modesto, 2019. p. 10.

⁴⁴⁸ BUFFON, M. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso**. Curitiba: Brazil Publishing, 2019. p. 76.

⁴⁴⁹ LIMA, D. P. **Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964**. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 30.

⁴⁵⁰ BUCCI, 2013, p. 33.

⁴⁵¹ *Ibid.*

de igualdade não seja deslocada da concepção de democracia⁴⁵². A função de coordenar e planejar essas ações acaba recaindo sobre o governo, que deve alinhar as suas ações “orientadas pelo projeto desenhado pela Constituição, a partir de certa discricionariedade, que é própria do poder político”⁴⁵³.

Nesta linha, Maria Paula Dallari (pioneira em estudar políticas públicas como categoria jurídica) alerta para o fato de que, a partir das transformações provocadas pela inauguração de uma nova ordem constitucional pós-1988 no Brasil, a face política do governo passa a se revestir de uma “tessitura jurídica”, uma vez que cresce a importância de se examinar, a partir de categorias jurídicas, como se forma e como é exercido o poder político. Existe nessa análise uma dimensão política e também uma dimensão técnica, ou seja, jurídico-institucional. Em suma: a realidade institucional brasileira torna premente o debate sobre os modos de conversão do impulso político em ação governamental⁴⁵⁴.

É possível perceber, então, que a abordagem do controle de políticas públicas precisa, de pronto, passar pela discussão da sua definição na seara jurídica. Num primeiro momento, esse conceito deriva da distinção terminológica entre *politics* e *policy*. Isso porque o termo “políticas públicas” é originado dessa distinção, oriunda dos países de língua inglesa. Nesse âmbito, aponta-se como *politics* a atividade humana ligada à manutenção e obtenção dos recursos necessários para o exercício do poder sobre o homem: é a política propriamente dita enquanto exercício do poder. O termo *policy*, por sua vez, designa a dimensão concreta da política no que diz respeito à orientação para a tomada de decisão e ação⁴⁵⁵.

O aprofundamento dessa distinção aparece na terminologia “política pública” (“*public policy*”), que está vinculada à *policy*, ou seja, ao sentido concreto da política. Esse termo abrange o conteúdo concreto e simbólico das decisões políticas, bem como o seu processo de construção e a atuação pertinente a essas decisões⁴⁵⁶. Existem vários obstáculos ao intuito de estabelecer uma definição de política pública

⁴⁵² COPELLI, G. M. Desigualdade social e democracia: o caso brasileiro e o longo caminho em busca de uma sociedade de iguais. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1211–1243, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2015.18824>. p. 1227.

⁴⁵³ TASSINARI, C. A relação direito e política em tempos de protagonismo judicial: elementos introdutórios sobre a dinâmica entre os três poderes. In: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; BRAGATO, F. F. (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Karywa Unisinos, 2019. v. 15. p. 55.

⁴⁵⁴ BUCCI, 2013, p. 34–35.

⁴⁵⁵ SECCHI, L. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016. p. 1.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

que possa ser transportada para o âmbito jurídico. Inicialmente, esse desafio se dá em virtude do fato de que a profusão de vertentes é grande, não se tratando, portanto, de termo unívoco⁴⁵⁷.

Apesar da dificuldade em se obter uma definição, o conceito de política pública pode ser obtido por dois elementos principais: a intencionalidade pública e a resposta a um problema público. Uma política pública constitui, portanto, uma diretriz elaborada para o enfrentamento de um problema público⁴⁵⁸. Observa-se que o estudo das políticas públicas é uma área de conhecimento que estuda o governo em ação, de modo a analisar essa atuação e, caso necessário, propor mudanças em seu curso.

Trata-se da tradução das propostas anunciadas pelos governos democráticos por meio de suas plataformas eleitorais em programas e ações destinadas a resultados e mudanças no mundo dos fatos. A política pública é, portanto, o elemento que proporciona a distinção entre as pretensões governamentais e aquilo que ele de fato executa. Nessa linha Thomas R. Dye apresenta uma definição sucinta que enquadra como política pública simplesmente aquilo que os governos decidem fazer ou não fazer⁴⁵⁹, o que denota uma marca de intencionalidade atrelada a objetivos a serem alcançados⁴⁶⁰.

Outro ponto importante para caracterizar a definição de política pública é a ideia de um problema público, a partir do qual se dá a ação governamental direcionada ao seu enfrentamento. Para Leonardo Secchi⁴⁶¹, esse problema existe diante do descompasso entre o *status quo* e a expectativa almejada. Considera-se problema público, portanto, a diferença entre a situação atual e a situação ideal possível para a realidade pública (realidade esta que seja relevante para a coletividade).

Maria Paula Dallari contribui para aprofundar essa discussão aproximando-a da seara jurídica. Para a autora, tal aproximação se dá pelo ponto de vista intrínseco ao governo, em sua dimensão jurídica, a partir do qual é possível compreender a política pública enquanto ação governamental e arranjo institucional. Assim, política pública é um programa de ação governamental. É justamente na ação governamental que reside o núcleo de sentido desse termo, que se deriva em aspectos como o

⁴⁵⁷ SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 16, n. 8, p. 20–45, 2006. p. 20.

⁴⁵⁸ SECCHI, 2016, p. 2.

⁴⁵⁹ DYE, T. R. **Understanding public policy**. 14. ed. New Jersey: Pearson Education, 2013. p. 12.

⁴⁶⁰ SOUZA, C., 2006, p. 26.

⁴⁶¹ SECCHI, 2016, p. 10.

movimento dado à máquina pública, a conjugação de competências, objetivos e meios estatais e ainda o seu impulso que é dado num ato de governo. Nesse sentido, a política pública é exteriorizada e materializada em um arranjo institucional, isto é, um conjunto de iniciativas e medidas que é articulado por suportes e formas jurídicas⁴⁶².

Uma política pública resulta ainda de um processo ou de um conjunto de processos que são regulados juridicamente, tais como: processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo e processo judicial. Esses processos coordenam os meios à disposição do Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes. É por isso que, para Fernando Scaff, as políticas públicas formam um tema que se vincula a um projeto republicano de Estado, em que os parâmetros de concessão de benefícios sociais que visem à redução das desigualdades dependem de “uma decisão pública e dos recursos financeiros existentes”⁴⁶³.

O elemento comum que agrega a definição de política pública ao direito é, portanto, o seu núcleo semântico assentado na ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos regulados juridicamente, mais especificamente, orientado constitucionalmente. É relevante pontuar que a expressão processo está empregada, nesse contexto, no sentido da ciência política, o que quer dizer uma sucessão de etapas da vida institucional de uma política pública, desde a inserção do problema público na agenda política até a formulação de alternativas e a tomada de decisão, culminando com a implementação da decisão tomada⁴⁶⁴.

Esta proposição conjuga o viés da ciência política e do direito. Sob essa perspectiva – que atribui viés normativo às políticas públicas –, chega-se ao seu controle judicial. Nesse sentido, o papel exercido pelas três perguntas fundamentais na construção de um “filtro hermenêutico” proporciona um olhar para o tema das políticas públicas a partir de uma teoria da decisão judicial. Mais especificamente, a pergunta pela possibilidade de universalização de direitos feita pela Crítica Hermenêutica do Direito funciona como um elemento-chave que justifica a intervenção judicial em assuntos que são típicos da política.

Diante do panorama apresentado, a necessidade de um aprofundamento da distinção entre ativismo judicial e judicialização da política se mostra ainda mais

⁴⁶² BUCCI, 2013, p. 39.

⁴⁶³ SCAFF, 2018, p. 218–219.

⁴⁶⁴ BUCCI, 2013, p. 109.

evidente. O enfrentamento da questão da universalizabilidade de direitos fundamentais pode, nesse sentido, pode proporcionar que se alcance um lugar de equilíbrio entre a defesa contra o exercício descontrolado da discricionariedade administrativa que pode redundar em atos violadores de direitos fundamentais⁴⁶⁵ e a proteção contra um “Estado social concretizado a golpe de caneta”⁴⁶⁶, no qual todos os problemas de efetivação de direitos fundamentais (em especial os direitos sociais) são colocados como uma questão a ser resolvida por meio de decisões judiciais.

Diante dos pontos levantados no decorrer desse tópico foi possível demonstrar que a indagação pela possibilidade de universalização de um direito fundamental exigível é revestida de obrigatoriedade uma vez que tem o seu lastro principiológico no republicanismo enquanto um projeto de Estado chancelado pela Constituição. Da falta de enfrentamento a essa indagação decorrem decisões judiciais desalojadas da sua realização no nível político-institucional, o que inevitavelmente desagua no ativismo judicial, que se apresenta como um problema que tem repercussão não somente no nível hermenêutico mas também como um problema de Estado na medida em que corrompe o arranjo dos papéis desempenhados pelas instituições na elaboração, execução e fiscalização das políticas públicas.

⁴⁶⁵ ABOUD; MENDES, 2020, p. 7.

⁴⁶⁶ STRECK, L. L.; LIMA, M. M. B. Lei das políticas públicas é “Estado social a golpe de caneta?” **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>

5. ALOCAÇÃO DE RECURSOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE/ISONOMIA: UMA PERGUNTA DE TEORIA DA JUSTIÇA

Conforme visto no capítulo anterior, as políticas públicas funcionam como instrumento para a efetivação de direitos fundamentais, o que pode demandar o gasto de recursos públicos. Nesse ponto, existe uma confluência entre os tópicos trabalhados até aqui: uma decisão judicial que tutele a exigibilidade de direitos fundamentais (primeira pergunta fundamental) pode determinar que o Estado realize gastos que a Administração não tem ou não pode dispor, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores que o necessário para atender a todos os cidadãos em suas demandas, mesmo que constitucionalmente fundamentadas⁴⁶⁷.

Cumprir mais uma vez destacar que a limitação de recursos e o custo dos direitos não são entraves apenas para os direitos sociais, podendo aparecer em qualquer obrigação estatal, destacando-se aqui os direitos sociais apenas por delimitação metodológica. Cass Sunstein e Stephen Holmes argumentam que todos os direitos têm custos já que a cada direito corresponde uma garantia, ou seja, um instrumento processual que tem um custo envolvido que não pode ser menosprezado. Existem também custos relativos à fiscalização e cumprimento em qualquer espécie de direito fundamental, de modo que não existem direitos legalmente executáveis sem deveres legalmente exigíveis, motivo pelo qual as liberdades pessoais não podem ser garantidas apenas pela limitação da interferência do poder público⁴⁶⁸.

Conseqüentemente não se pode deixar de reconhecer que todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos de defesa, possuem uma face positiva no sentido de que exigem, para sua tutela e promoção, um conjunto de medidas por parte do poder público que abrangem a alocação significativa de recursos (materiais e humanos) para a sua proteção. Nesse sentido, todos os direitos fundamentais têm um custo. Ocorre que, no caso dos direitos sociais a prestações, esse custo assume uma relevância que incide gravemente na sua efetivação, em especial diante da recorrência de demandas em que o Poder Judiciário impõe ao poder público a satisfação das prestações reclamadas⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ WANG, D. W. L., 2008, p. 540.

⁴⁶⁸ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999. p. 28.

⁴⁶⁹ WOLFGANG SARLET, 2015, p. 468–469.

A terceira pergunta fundamental para a Crítica Hermenêutica do Direito, nesse contexto, indaga se para atender a um direito fundamental - exigível e universalizável, mediante aspectos elaborados na primeira e na segunda pergunta fundamental da CHD – está-se fazendo uma transferência ilegal/inconstitucional de recursos que fira a igualdade e a isonomia⁴⁷⁰. Essa pergunta comporta dois elementos que aparecerão no decorrer desse tópico e que precisam ser conciliados para evitar a ocorrência do ativismo judicial nas decisões que envolvem direitos de cunho prestacional: os recursos necessários ao cumprimento da decisão judicial e a carga principiológica de igualdade e isonomia que define a aplicação desses recursos.

Esse debate, que inevitavelmente envolve o elemento escassez, poderia ser acusado de retomar os pressupostos consequencialistas de análise do direito mencionados no tópico 3.2, motivo pelo qual é importante reiterar os balanços ali obtidos. O primeiro alerta diz respeito à diferença que existe entre afirmar a existência de um ativismo puramente consequencialista ao alçar as consequências das decisões judiciais ao patamar de fundamento único de uma decisão. Em outras palavras, é preciso demarcar uma diferença: reconhecer que o direito lida com a consequência de decisões judiciais é diferente de afirmar que essas consequências funcionam como fundamento único de uma decisão. Nesse tópico, essas consequências são reconhecidas no sentido de uma preocupação com a efetivação de direitos que são exigíveis por seu lastro constitucional/normativo no que tange aos recursos necessários para que sejam viabilizados.

Não obstante o problema de cunho hermenêutico já trabalhado, existem desafios no plano da ação estatal que dizem respeito ao empenho de recursos para efetividade de direitos fundamentais. Nesse sentido a segunda conclusão obtida no tópico 3.2: a análise dessas consequências deve se inserir na íntegra de uma cadeia de significados que confere legitimidade às decisões judiciais, uma vez que obedecem primordialmente ao direito consubstanciado em regras e princípios. Uma vez que decisões judiciais podem promover impacto nas finanças do Estado e direcionar a escolha de prioridades para a aplicação de recursos públicos limitados, uma questão se coloca a respeito da legitimidade da atuação do Poder Judiciário ao tutelar direitos sociais é a sua cobertura financeira e orçamentária⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ STRECK, 2020b, p. 44.

⁴⁷¹ WANG, D. W. L., 2008, p. 540.

Nesse contexto, o presente tópico tem como objetivo aprofundar esse debate para discutir os problemas de justiça que envolvem a alocação de recursos, passando pela vinculação do orçamento por uma arquitetura constitucional que o define e vincula o orçamento público, bem como o espaço (ou a falta dele) reservado à definição política dos gastos públicos para, por fim, projetar os desafios à concretização do princípio da igualdade no plano orçamentário no Brasil.

5.1. A alocação de recursos como um problema de justiça: a igualdade/isonomia como fundamento do orçamento republicano

A terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito propõe um debate a respeito da igualdade e isonomia na transferência de recursos destinados à efetivação de direitos fundamentais. Nesse sentido, o objetivo do presente tópico é discutir no plano de uma teoria da justiça um sentido de igualdade/isonomia que viabilize a efetivação de direitos fundamentais para que se possa construir as bases da definição jurídica de orçamento público.

Essa questão aparece no contexto de transformações tanto num modelo de Estado que, conforme abordado no tópico 4.1, passa a assumir uma preocupação social pautada pelo Direito, mas também de mudanças no plano legislativo que colocam os direitos sociais no centro das atenções dos documentos constitucionais. Tudo isso impacta na própria organização do Estado por acentuar a pressão sobre os gastos públicos e transforma o controle das despesas públicas numa equação difícil de ser solucionada⁴⁷².

O desafio assumido pelo constitucionalismo reside, portanto, na construção de um modelo jusfinanceiro que implemente o projeto republicano desenhado na Constituição⁴⁷³. Trata-se de um processo que demanda que o Direito ordene a consecução dos objetivos fundamentais constitucionalmente definidos, pelo qual a análise na perspectiva orçamentária revela quem paga e quem recebe as prestações civilizacionais⁴⁷⁴.

Cabe ressaltar que esse debate poderia abranger tanto a esfera pública quanto a esfera privada, o que pode ser depreendido da própria leitura do texto constitucional

⁴⁷² SCAFF, 2018, p. 73.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 85.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 86.

que estabelece um dever compartilhado no tocante aos direitos sociais, como por exemplo o art. 205 da Constituição Federal que estabelece que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade[...]”. Embora se reconheça a existência de um dever comum relativo a diversas prestações advindas de direitos fundamentais, os desdobramentos dessas prestações na esfera privada não são especialmente relevantes para os fins da exploração que se pretende nessa tese.

Isso porque é na esfera pública que as questões levantadas ganham contornos mais desafiadores em vista de dois aspectos principais: pela escassez dos recursos públicos diante da amplitude das demandas ampliadas por um modelo de Estado garantidor de direitos fundamentais, bem como pelas limitações de ordem jurídica na destinação desses recursos. Essas limitações evidenciam que quando se fala em gasto público, existe um fundamento principiológico que funda o orçamento na Constituição, e como assertivamente colocou Lenio Streck na terceira pergunta fundamental⁴⁷⁵, esse fundamento passa pela presença de igualdade e isonomia na alocação de recursos.

Antes de tratar da intervenção judicial nessa alocação e das suas possíveis consequências é necessário, portanto, trabalhar o significado dessa igualdade na perspectiva dos problemas de justiça que envolvem a alocação de recursos. Somente o tema da igualdade poderia ser abordado sob diversas ênfases, incluindo uma perspectiva de remete ao tópico anterior (4.2) uma vez que há um fundamento de igualdade que constitui o próprio princípio republicano. Isso porque a concretização de um projeto republicano depende da igualdade e isonomia nas decisões sobre a arrecadação e gastos públicos⁴⁷⁶, projeto esse que aparece nos objetivos constitucionais de justiça social e redução de desigualdades (art. 3, I e III da Constituição Federal de 1988) e que, para além de uma questão de Estado, demandam um significado no plano de uma teoria da justiça.

O que é importante para esse momento, contudo, é evidenciar que o direito financeiro é o espaço no qual se analisa a execução de um projeto republicano, uma vez que o orçamento público é estruturado por uma ideia de república que direciona a arrecadação e a realização da despesa pública, elementos esses que possibilitam constatar como se desenvolve a atuação do poder público na concretização de direitos

⁴⁷⁵ STRECK, 2020b, p. 44.

⁴⁷⁶ SCAFF, 2018, p. 267.

fundamentais. Essa discussão permite, portanto, uma análise que leve em conta a forma como o Estado arrecada, reparte, contrai dívidas e realiza gastos visando a realização dos objetivos constitucionais⁴⁷⁷.

Nesse sentido reitera-se que as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito se encontram conectadas, em que pese possam ser analisadas por perspectivas distintas que visam unicamente a organização metodológica do debate, mas que não deixam de levar em conta a conexão entre os pontos por elas trabalhados. Especialmente diante da complexidade desse cenário, o presente tópico parte de uma perspectiva constitucional para trazer elementos de teoria da justiça que possam fundamentar o significado de igualdade e sua repercussão para o orçamento público no direito brasileiro, de modo a aprofundar a sua definição constitucional.

A vinculação constitucional do orçamento se torna evidente a partir do movimento constitucionalista e da conseqüente limitação do poder do Estado pela Constituição, mantida por um modelo de Estado Democrático de Direito no qual se projeta a submissão da atuação estatal a uma legalidade constitucional. Nesse contexto são criadas limitações que interferem no poder das autoridades de realizar gastos públicos, assim como são impostas obrigações de prestar contas dos gastos efetuados pelo Estado. Esses elementos fundam um modelo de orçamento, que reúne a disciplina jurídica da arrecadação (receita pública), do gasto (despesa pública) e do crédito (dívida pública) e que tem lastro principiológico na Constituição⁴⁷⁸.

Fernando Scaff utiliza o termo “orçamento republicano” para designar esse formato de orçamento que tem seu fundamento na Constituição brasileira no qual o orçamento é considerado um instrumento jurídico e financeiro que se estrutura para permitir que o poder público atue em favor do bem comum, aplicando uma função social à coisa pública, com o objetivo de efetivar direitos fundamentais em respeito à lei⁴⁷⁹. Nessa perspectiva, a partir de um orçamento republicano o Estado deve arrecadar mais de quem ganha mais ou possui mais bens e gastar mais com quem ganha menos ou possui menos bens, para que sejam prestigiados os objetivos constitucionais de redução da pobreza e desigualdade⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ SCAFF, 2018, p. 85.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 267.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 290–291.

Uma vez que a isonomia de tratamento é uma característica do regime republicano é possível afirmar que o orçamento possui seu fundamento no princípio da igualdade que repercute em sua definição constitucional. Isso significa dizer que o tratamento isonômico é verdadeira condição de possibilidade para a efetivação do princípio republicano, de modo a assegurar a todos o exercício de suas capacidades⁴⁸¹. Nesse sentido a construção de um lastro normativo para a terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito demanda uma teoria da justiça que atribua significado a um corpo principiológico que pode ser tratado em diversas dimensões.

No Brasil, a saída judicial para o enfrentamento dos problemas que envolvem a concretização de direitos fundamentais não passou ilesa de consequências, repercutindo para o próprio Poder Judiciário na dificuldade de lidar com a distribuição dos benefícios por ele concedidos, bem como pelo risco de extrapolar os limites institucionais e democráticos da sua atuação. Ganham relevo então os problemas que circundam a distribuição de benefícios por via judicial, ou seja, a justiça distributiva se insere como uma questão que deve ser considerada quando se discute o problema jurídico em torno da efetivação de direitos sociais.

Essa temática esteve presente ao longo da tradição jurídica ocidental, marcado pela tensão entre a necessidade de preservar a estabilidade do ordenamento jurídico e ao mesmo tempo realizar mudanças que pudessem promover o bem-estar da comunidade⁴⁸². Não obstante se tratar de um conceito árduo de ser definido peremptoriamente, entende-se aqui como justiça distributiva, na linha da herança aristotélica, aquela que distribui benefícios segundo uma proporção que considera as condições de desigualdade entre os indivíduos⁴⁸³.

Nesse sentido, a terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito é atravessa pelo tema da justiça distributiva por abranger a apropriação individual de um fundo social de benefícios e custos⁴⁸⁴ que se apresenta como pano de fundo da questão: quem deve receber as prestações sociais? Para além disso, quem deve receber essas prestações quando elas são deferidas por via judicial?

⁴⁸¹ SCAFF, 2018, p. 221.

⁴⁸² ABOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. de. **Introdução ao direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. local. 9357.

⁴⁸³ ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco (Coleção Filosofia)**. São Paulo: LeBooks, 2019. p. 118–119.

⁴⁸⁴ LOPES, J. R. de L. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 125.

A resposta a essa pergunta num Estado Democrático de Direito só pode ser dada pela Constituição, segundo a qual são beneficiários todos aqueles que habitam o país, por força do próprio art. 3º da Constituição que objetiva reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação. Conforme o que foi discutido no decorrer desse tópico, a partir de uma perspectiva de igualdade material, isso não significa que se deva dar tratamento idêntico a todas as pessoas. Apesar disso, permanece o debate sobre o estabelecimento dos destinatários e das prioridades dos gastos públicos no Brasil, que em última instância se traduz na pergunta: o Estado deve gastar em favor de quem?⁴⁸⁵.

O vínculo temático existente entre justiça e igualdade remete inclusive a um fundamento filosófico que remete ao pensamento grego clássico desde Aristóteles, sendo necessário fazer a ressalva de que nesse contexto não havia uma estrutura em termos de Estado tal qual reconhecemos hoje envolvida nesse debate, o que deve ser considerado. A própria ideia de justiça pode ser trabalhado em várias perspectivas (ética, filosófica, religiosa) mas que especialmente numa perspectiva jurídica tem na igualdade o direcionamento do seu estudo. Nesse sentido, a igualdade se coloca como o cerne de uma resposta a respeito do que se quer dizer com justiça, e conseqüentemente com justiça no plano social⁴⁸⁶.

Apesar disso, é válida uma reconstrução no sentido de destacar o elo existente entre justiça e igualdade. Isso porque em Aristóteles o justo aparece, no plano filosófico, como a virtude daquilo que é equitativo e o injusto como aquilo que é iníquo. Nesse sentido, Aristóteles trabalha com a justiça enquanto meio-termo a partir de uma igualdade que se situa num ponto intermediário⁴⁸⁷. Desde então se mostra presente uma espécie de vinculação entre justiça e igualdade, muito embora a justiça não se esgote na igualdade e nem com ela se confunda, por se tratarem de ideias que se diferenciam no plano conceitual, mas que, por outro lado, se encontram axiologicamente unidas⁴⁸⁸.

Estando justiça e igualdade interligadas, a igualdade se situaria num ponto intermediário (meio-termo), no qual aqueles que não são iguais não receberão coisas

⁴⁸⁵ SCAFF, F. F.; NUNES, A. J. A. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 95.

⁴⁸⁶ ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. local. 9348.

⁴⁸⁷ ARISTÓTELES, 2019, p. 116.

⁴⁸⁸ BOBBIO, N. **Igualdad y libertad**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993. p. 56.

iguais. Assim, o injusto é iníquo quando iguais recebem partes desiguais ou quando desiguais recebem partes iguais. A partir daí se consolida a máxima aristotélica de tratamento igual àqueles que são iguais e desigual àqueles que são diferentes⁴⁸⁹. A conformidade e compatibilidade entre justiça e igualdade é um fim desejável para a subsistência de um todo ordenado, de modo que a igualdade encontra na justiça o seu parâmetro desejável, enquanto a justiça contém uma ordem de igualdade que precisa ser instituída ou restaurada uma vez que seja perturbada⁴⁹⁰.

No plano jurídico, a igualdade passou a constituir um princípio basilar para o direito constitucional contemporâneo, se manifestando na forma de um direito público subjetivo ao tratamento igual de todos os cidadãos pelo Estado⁴⁹¹, o que o coloca no cerne de problemas que envolvem a decisão judicial. Nesse contexto, se faz necessário um aprimoramento conceitual que leve em conta a importância da igualdade no caso concreto e que permita a verificação de condutas que afrontam esse princípio⁴⁹².

Considerando que a igualdade pode ser tratada sob diversas ênfases, optou-se nessa tese pelas contribuições de Dworkin, tendo em vista o aprofundamento que o autor oferece ao tema, bem como por sua inserção na teoria de base que fundamenta esse trabalho que é a Crítica Hermenêutica do Direito, que se utiliza dos aportes filosóficos de Dworkin para pensar o problema da decisão judicial. Um dos princípios que direciona a filosofia política de Dworkin é a ideia de que os governos devem tratar os seus cidadãos como iguais⁴⁹³, ou seja, um governo aceitável deve tratar os seus cidadãos como dignos de igual respeito e consideração pelo seu destino.

Isso significa que a consideração igualitária é um pré-requisito para a legitimidade política à qual não se pode dar as costas, sendo considerada uma virtude soberana na comunidade política⁴⁹⁴. Embora sejam raros os posicionamentos que divergem dessa afirmação, é possível perceber que diferentes argumentos podem ser

⁴⁸⁹ ARISTÓTELES, 2019, p. 117.

⁴⁹⁰ BOBBIO, 1993, p. 58.

⁴⁹¹ ATALIBA, G. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 221.

⁴⁹² MOTTA, F. J. B. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 24.

⁴⁹³ GUEST, S. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford: Stanford Law Books, 2013. v. 148p. 144.

⁴⁹⁴ DWORKIN, R. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.

levantados a favor da igualdade, assumindo diferentes significados em casos diversos⁴⁹⁵.

No que diz respeito a uma definição jurídica de igualdade, não se pode deixar de levar em conta que a distribuição de riquezas é também produto de uma ordem jurídica, uma vez que as leis regulamentam questões afetas à propriedade, à previdência social, política fiscal, entre outros temas que impactam diretamente na distribuição de riquezas em uma sociedade⁴⁹⁶. Nesse sentido a ideia aqui trabalhada de que existe um fundamento de igualdade que estrutura o orçamento público por um lastro principiológico que guia o gasto público.

A distribuição de recursos na comunidade, segundo Dworkin⁴⁹⁷, deveria envolver não apenas recursos econômicos, mas também a liberdade de usufruí-los, motivo pelo qual o autor estabelece um vínculo necessário entre igualdade e liberdade. Sendo assim, Dworkin não adota uma ideia de igualdade absoluta e indiscriminada, mas defende que se estabeleça um padrão de vida mínimo e razoável, muito embora reconheça a dificuldade de se estabelecer esse padrão⁴⁹⁸.

Nessa linha, Dworkin argumenta pela igual consideração, que impõe que o governo promova uma forma de igualdade material denominada pelo autor de igualdade de recursos⁴⁹⁹. Dito de outra forma, Dworkin desenvolve uma concepção de igualdade material como igualdade de recursos, compreendida por dois princípios fundamentais. O primeiro deles é o princípio da igual importância que determina que “é importante, de um ponto de vista objetivo, que a vida humana seja bem-sucedida, em vez de desperdiçada, e isso é igualmente importante, daquele ponto de vista objetivo, para cada vida humana”⁵⁰⁰. O segundo é o princípio da responsabilidade especial, segundo o qual “embora devemos reconhecer a igual importância objetiva do êxito da vida humana, uma pessoa tem responsabilidade especial e final por esse sucesso – a pessoa dona de tal vida”⁵⁰¹.

Um desafio se impõe, contudo, em transportar a construção de Dworkin sobre a igualdade para uma leitura no direito brasileiro, uma vez que aqui se encontram

⁴⁹⁵ GUEST, 2013, p. 144.

⁴⁹⁶ DWORKIN, 2005, p. IX.

⁴⁹⁷ GUEST, 2013, p. 144.

⁴⁹⁸ DWORKIN, 2005, p. X–XII.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. XII.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. XV.

⁵⁰¹ *Ibid.*

desigualdades de riqueza especialmente significativas⁵⁰². Nesse sentido, desigualdades tais como a existente nos Estados Unidos atual e no Brasil não podem ser justificadas, o que, todavia, não o conduz à defesa do que chama de “igualdade estrita” expressa na visão da igualdade como um valor intrínseco, mas sim da igualdade de consideração como princípio diretor e virtude fundamental⁵⁰³.

A transposição do pensamento de Dworkin para a realidade brasileira deve considerar também alguns pontos importantes do seu liberalismo igualitário que se entrelaçam com a sua própria ideia de justiça, em certa medida compartilhada com Rawls em virtude dos seus pressupostos básicos, mas que, por outro lado, busca pensar as suas contribuições voltando as atenções para a Teoria do Direito⁵⁰⁴.

Roberto Gargarella levanta um ponto fundamental ao comentar as contribuições sugeridas por Dworkin na teoria de Rawls: um liberalismo igualitário deve diferenciar a personalidade do indivíduo das circunstâncias que o cercam. Trata-se de uma concepção de igualdade que tem como objetivo equiparar as pessoas em suas circunstâncias para que elas tenham a possibilidade de se tornar responsáveis pelos resultados de seus gostos e ambições⁵⁰⁵.

Dworkin⁵⁰⁶, ao abordar as ideias centrais para a igualdade liberal, estabelece primeiramente a necessidade de uma distinção nítida entre personalidade e circunstância, que leve em conta os recursos que as pessoas possuem, assim como as razões pelas quais controlam ou carecem desses recursos. Essa distinção é condição de possibilidade para a assunção da responsabilidade individual segundo a qual o Estado se desonera da obrigação de arcar com preferências mais caras ou ambições mais perigosas⁵⁰⁷.

⁵⁰² O próprio Dworkin, ao ser questionado sobre o tema, reafirmou que em sua visão a igualdade de riquezas não possui valor intrínseco, de acordo com a sua teoria sobre o ideal de igualdade as transferências dos ricos para os pobres precisam de uma justificativa, encontrada na ideia de um seguro hipotético⁵⁰², que orbita em torno da liberdade individual. O mecanismo do seguro hipotético funcionaria para equalizar as pessoas em relação aos recursos com os quais elas enfrentam riscos, promovendo um ideal de igualdade no sentido de igual consideração. Nesse sentido: DWORKIN, R. Igualdade como ideal. **Novos Estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 77, p. 233–240, 2007a. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0101-33002007000100012>. p. 2; DWORKIN, R. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. I-XV.

⁵⁰³ DWORKIN, R. Igualdade como ideal. **Novos Estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 77, p. 233–240, 2007a. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0101-33002007000100012> p. 2.

⁵⁰⁴ DWORKIN, 2006, p. 241.

⁵⁰⁵ GARGARELLA, R. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 65.

⁵⁰⁶ RONALD DWORKIN. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993. p. 91.

⁵⁰⁷ GARGARELLA, 2008, p. 65.

Esse ponto é muito caro aos objetivos dessa tese, uma vez que as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito constituem uma proposta de limitação à atuação do Poder Judiciário em sede de direitos fundamentais. Para isso, o aprofundamento do debate a respeito da igualdade/isonomia na alocação de recursos oferece pressupostos teóricos para que os juízes possam manter a integridade em suas decisões, o que exige, muitas vezes uma postura controversa, em certa medida até mesmo desagradável⁵⁰⁸. Mesmo assim, a construção desses limites não deixa de ser necessária a uma Teoria da Decisão judicial que se proponha a pensar o problema da efetividade de direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo.

Exatamente para que se possa debater a respeito dos excessos, é que se torna ainda mais importante assegurar o mínimo, ou seja, quando se discute a realidade brasileira é imprescindível que se considere um contexto no qual a eliminação de problemas como a fome e privações extremas torna-se uma prioridade. Ainda assim, como reconhece Dworkin, até mesmo esses objetivos soam idealistas em face do aprofundamento das desigualdades⁵⁰⁹.

Apesar das peculiaridades que marcam o problema da desigualdade a depender do local em que sejam analisadas, existe, no entanto, um núcleo comum na ideia de igualitarismo liberal para Dworkin que é sensível a essas diferentes realidades, segundo o qual as desigualdades econômicas se justificam unicamente se forem resultantes das escolhas pessoais e não de suas circunstâncias, como a má sorte⁵¹⁰.

Essa construção do igualitarismo quando transportada para a realidade brasileira, nesse sentido, se soma a marcas de uma acentuada desigualdade que leva o debate para outros caminhos. Nesse sentido, a discussão dos elementos principiológicos que fundam o orçamento na Constituição Federal de 1988 precisa considerar o abismo social existente no Brasil, agravado após a pandemia de COVID-19. Atualmente, o Brasil se depara com uma repartição de renda e de patrimônio que

⁵⁰⁸ DWORKIN, 2006, p. 242.

⁵⁰⁹ DWORKIN, 2007a, p. 2.

⁵¹⁰ DWORKIN, 2005, p. 90–104.

traduz um nível de desigualdade comparado ao acometia a Europa no fim do século XIX, antes da Primeira Guerra Mundial⁵¹¹.

A discussão sobre um sentido de igualdade/isonomia na Constituição brasileira encontra a realidade de uma formação social complexa como pano de fundo. As profundas desigualdades entre grupos sociais criam aqui formas de organização social que têm grande impacto nas possibilidades de ação individual e coletiva. Isso quer dizer que a reflexão sobre igualdade, justiça e recursos no Brasil precisa lidar com a tensão entre ideais igualitários presentes na ordem jurídica e a vigência de estruturas sociais demasiadamente iníquas, com as quais o cidadão brasileiro se defronta todos os dias⁵¹².

Para além de uma questão estritamente jurídica, os efeitos da desigualdade material atingem até mesmo a consolidação das democracias contemporâneas, diante das assimetrias entre os cidadãos que se manifestam nas arenas políticas e tornam insuficiente a igualdade política formal. Trata-se de uma multiplicidade de formas de desigualdade social que, entrelaçadas de maneira complexa, possuem relevância política uma vez que influenciam na autopercepção dos indivíduos que as compartilham⁵¹³. Nesse sentido, elas evidenciam uma questão de dupla face: se por um lado tais diferenças resultam de hierarquias sociais formadas pela distribuição desigual de benefícios, por outro lado, se experimentadas de forma democrática, contribuem para uma herança cultural que enriquece a vida em sociedade⁵¹⁴.

Existe, portanto, um problema de justiça implícito na terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito no que tange à alocação ou apropriação individual de recursos comuns. Essa questão se insere num debate que por um lado toca a legitimidade do sistema jurídico e político e por outro envolve um problema institucional ocasionado pela sobrecarga do órgão ao qual essas controvérsias são direcionadas⁵¹⁵. Nesse contexto, torna-se imprescindível que o Executivo e o Legislativo sejam capazes de forjar acordos universalizáveis (capítulo 4) que preservem o princípio da igualdade/isonomia expresso na Constituição.

⁵¹¹ INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. Piketty: “A desigualdade no Brasil é da Europa no século 19”. **Revista IHU On-line**, São Leopoldo, p. 1–11, 2021. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/601119-piketty-a-desigualdade-no-brasil-e-da-europa-no-seculo-19>

⁵¹² MIGUEL, L. F. Introdução - Igualdade e democracia no pensamento político. *In*: DESIGUALDADES E DEMOCRACIA: O DEBATE DA TEORIA POLÍTICA. São Paulo: Editora Unesp, 2016. p. 7.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 14.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁵¹⁵ LOPES, 2006, p. 122.

A perspectiva de justiça segundo a qual se interpreta a definição constitucional do orçamento público possui um papel fundamental, especialmente no contexto brasileiro permeado por desigualdade. Isso porque existem várias chaves de explicação para se interpretar o mandamento constitucional pela redução da desigualdade presente no art. 3º, III da Constituição Federal de 1988: o governo tem o poder de arrecadar de um, de muitos, ou de todos e, por outro lado, utilizar esses recursos em favor de um, de muitos, ou de todos⁵¹⁶.

O Brasil, com a elevação de diversos temas ao patamar de direitos constitucionais, experimentou o que José Reinaldo de Lima Lopes⁵¹⁷ chama de “duas ondas de judicialização”: a primeira com as demandas envolvendo novos direitos e a segunda onda com os conflitos sobre a aplicação dos direitos já existentes, agora em novos contextos como as questões étnico-raciais e questões de gênero. Tal processo de judicialização dos conflitos no Brasil, afirma o autor, está atravessado por questões de justiça distributiva na medida em que se tem um problema de alocação de recursos pelo poder público.

De fato, as inovações textuais que trouxeram a ampliação no rol de direitos fundamentais sociais acompanhada de remédios processuais (inclusive no plano constitucional) contra a sua violação consolidou a ideia de que os direitos fundamentais são direitos subjetivos públicos que, por esse aparato constitucional, são exigíveis (vide tópico 3.1) inclusive em face do Estado. Essa conformação constitucional estabelece um dever jurídico do Estado de prestação, mas que ao mesmo tempo faz nascer um direito à distribuição dos benefícios advindos da sua atuação, ou seja, os direitos sociais se manifestam na forma de um direito a participar de algo comum⁵¹⁸.

Nesse contexto, a judicialização da política - mesmo que não seja contaminada pelas arbitrariedades que desaguam no ativismo judicial - envolve a questão da dificuldade de distribuição dos benefícios da vida em sociedade, na medida em que o Judiciário se depara com demandas sobre direitos sociais cuja efetivação atravessa tanto o plano legislativo quanto a atuação da Administração Pública⁵¹⁹. No Brasil, em consonância com o que foi exposto no decorrer da tese, a esse impasse social foi

⁵¹⁶ SCAFF, 2018, p. 268.

⁵¹⁷ LOPES, 2006, p. 124–125.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 157–159.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 160.

atribuída uma saída judicial que ganhou destaque na doutrina jurídica brasileira com a defesa do ativismo judicial (vide tópico 2.1).

Por tudo isso, a busca de uma justiça distributiva que preserva o princípio da igualdade/isonomia garantidos constitucionalmente exige do poder público que se construam instrumentos financeiros para a redução da marginalidade, adotando uma perspectiva que Dworkin denominaria de igual consideração, equiparando as circunstâncias que permitem que os indivíduos persigam os seus anseios.

Para que se alcance esse objetivo, Fernando Scaff defende a ideia de um orçamento republicano, no qual se arrecade mais de quem ganha mais ou possui mais bens, e se gaste mais com quem ganha menos ou possui menos bens, de modo a privilegiar a redução das desigualdades sociais e a redução da pobreza. Trata-se de uma equação “jusfinanceira”, na medida em que é intermediada por decisões políticas, mas ao mesmo tempo é juridicizada mediante parâmetros normativos⁵²⁰. Essa equação deve necessariamente atender ao fundamento principiológico que direciona o orçamento num Estado Democrático de Direito, daí a importância do fundamento de igualdade no sistema orçamentário.

Nesse sentido a terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito é crucial por, de pronto, deixar explícito que a alocação de recursos deve obedecer ao mandamento constitucional por igualdade/isonomia, inclusive quando essa alocação seja resultado de uma decisão judicial. O desrespeito a esse fundamento principiológico significa, por consequência, uma violação dos pressupostos constitucionais que determinam o gasto público, o que inevitavelmente irá acarretar na ocorrência do ativismo judicial.

A partir dessa ideia é possível constatar um ponto de extrema relevância para a consolidação dos argumentos levantados ao longo dessa tese: o de que existe um fundamento principiológico por trás das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito. Esse fundamento participa não só da construção do seu significado, ou seja, do sentido do que se quer indagar, mas especialmente da sua obrigatoriedade (o que se chama aqui de seu potencial normativo), uma vez que se torna inconcebível que o Judiciário atue interferindo na alocação de recursos sem considerar as questões de igualdade/isonomia que perpassam as suas decisões. A atuação judicial desvinculada desse lastro principiológico revela, pelo que foi exposto,

⁵²⁰ SCAFF, 2018, p. 290–291.

a ocorrência do ativismo judicial e de todas os prejuízos que este pode causar para a aplicação democrática do direito.

5.2. A alocação de recursos como um problema de arquitetura constitucional: a questão da vinculação do orçamento pela Constituição

As constituições liberais marcam o estabelecimento de um desenho político institucional que abria espaço para que cada geração possa realizar as suas escolhas em termos de direitos substantivos por intermédio da atividade legislativa infraconstitucional bem como pela criação e implementação de políticas públicas⁵²¹. O constitucionalismo contemporâneo traz consigo a ampliação do rol de direitos fundamentais e dos instrumentos processuais voltados à sua garantia, mas também denota uma dúvida quanto à credibilidade do Poder Legislativo para elaborar no plano normativo um aparato legislativo que atenda a essas demandas, além de manter a estabilidade do projeto constitucional.

Do ponto de vista histórico, a codificação representou uma forma de combate às contradições do Poder Judiciário e seu comprometimento com os interesses das camadas mais abastadas da sociedade, e por isso detentora de cargos. Para o movimento codificador pós Revolução Francesa o advento da legislação expressava o mais caro desejo do povo representado por seus mandatários eleitos. Nesse contexto, a legislação aparecia como a consubstanciação do direito popular, enquanto o direito produzido judicialmente refletia as visões de membros da oligarquia que compunha os Tribunais⁵²².

A questão da vinculação de recursos por meio do texto constitucional aparece primeiramente como produto de um contexto de desconfiança na atividade legislativa que desponta no constitucionalismo contemporâneo, que ao contrário das constituições liberais, abraça escolhas substantivas e revela uma opção constitucional por uma maior abrangência no âmbito de decisão da vontade constituinte⁵²³.

A partir desse contexto Oscar Vilhena Vieira fala de uma “hiperconstitucionalização da vida contemporânea”⁵²⁴, fenômeno que abarca uma

⁵²¹ VIEIRA, O. V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005p.443>.

⁵²² CAENEGEM, 2010, p. 106–108.

⁵²³ VIEIRA, 2008, p. 443.

⁵²⁴ *Ibid.*

opção institucional de ampliação do escopo das constituições e que pode ser atribuído à desconfiança no diálogo democrático. Esse fator acaba por criar um ambiente que reforça um Poder Judiciário que se pauta como guardião das promessas e compromissos constitucionais⁵²⁵, o que inevitavelmente impacta na estabilidade democrática tendo em vista o amesquinhamento da dimensão que ocupa o sistema representativo.

A esse quadro se soma a noção de constitucionalismo compromissório e dirigente, que contribuiu para trazer para o âmbito constitucional temáticas que antes eram reservadas à esfera privada, num fenômeno simboliza uma espécie de publicização de espaços antes reservados aos interesses privados⁵²⁶. Nesse contexto, o constitucionalismo dirigente defende a Constituição enquanto força motriz do Estado, balizando a atuação do poder público a partir das suas disposições⁵²⁷.

De fato, após um longo período de restrição de direitos, o Brasil após a Constituição de 1988 se transformou em terreno fértil para a assimilação de propostas teóricas como a de Canotilho, que na obra “Constituição dirigente e vinculação do legislador” consagrou o que ficou conhecido como “constitucionalismo dirigente” pelo qual o autor sustentou o papel estratégico que as constituições assumem no sentido de se colocarem como um meio de direção social⁵²⁸.

Por essa perspectiva o legislador é normativo-constitucionalmente obrigado a realizar os preceitos constitucionais que demandam a atividade legislativa, de modo que a imposição constitucional não é apenas um problema de oportunidade em sua execução, mas um problema de cumprimento global da Constituição⁵²⁹. As imposições constitucionais que determinam fins e fixam tarefas são centrais para a defesa de um caráter vinculado da “legiferação concretizadora”, que atualiza e concretiza as tarefas estabelecidas constitucionalmente⁵³⁰.

⁵²⁵ GARAPON, 1996, p. 24.

⁵²⁶ STRECK, L. L. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, R. F. L. (org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito**. Ijuí: Editora Unijuí, 2006. p. 327–398. p. 329–330.

⁵²⁷ GARCETE, J. M. G.; MORAIS, F. S. de; MACHADO, G. P. A hermenêutica constitucional financeira invertida no Brasil: a Constituição ainda baliza as escolhas orçamentárias? **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 159–184, 2020. p. 180.

⁵²⁸ CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 27.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 256.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 286.

Não obstante o repertório de críticas e atualizações⁵³¹ às quais essa teoria já foi submetida que, dentre outras questões, apontam a sua ilusão de um constitucionalismo autossuficiente⁵³², não se pode negar a sua importância para uma reconstrução das bases que formaram uma constatação, hoje amplamente reconhecida, de uma atuação estatal direcionada pela Constituição inclusive no tocante à atividade legislativa.

A partir da noção de vinculação legislador, uma questão que se coloca diz respeito ao grau de autonomia das decisões político-orçamentárias e em que medida essas decisões precisam encontrar baliza na constituição. Essa questão tem como pano de fundo a própria relação entre Direito e Política no sentido de investigar a abrangência da normatividade constitucional a respeito da tomada de decisões sobre a alocação e o corte de recursos, diante de um quadro político instável no qual as questões orçamentárias ganham um relevo ainda maior⁵³³.

Em virtude da força normativa da Constituição, não se pode negar a necessária relação entre orçamento e Constituição, o que significa que o orçamento é direcionado pelo texto constitucional e deve com ele guardar compatibilidade, respeitando as suas determinações. Um ponto no qual essa relação se mostra mais evidente é exatamente na alocação de recursos para a efetivação de direitos sociais, especialmente caros ao Estado Democrático de Direito no Brasil, diante dos objetivos de redução das desigualdades regionais e sociais, promoção da justiça social, e promoção de uma existência digna aos cidadãos⁵³⁴.

Ao se posicionar na esfera de tensão entre a normatividade constitucional e o déficit na atuação dos demais poderes em assegurar um patamar mínimo de efetividade de direitos fundamentais, o Poder Judiciário aparece como uma peça importante nesse debate. Isso porque as decisões judiciais podem implicar aumento de custos para o Erário em virtude do reconhecimento de benefícios que não estavam originariamente programados no orçamento do ente público demandado, o que pode

⁵³¹ Uma discussão aprofundada a respeito do tema pode ser encontrada na obra: COUTINHO, J. N. de M. **Canotilho e a constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵³² Nesse sentido: "A grande ilusão que a teoria da constituição dirigente trouxe ao constitucionalismo pós 1988 foi a do instrumentalismo constitucional. A teoria da constituição dirigente é uma teoria da constituição autocentrada em si mesma, uma teoria "autossuficiente" da constituição. Ou seja, criou-se uma teoria da constituição tão poderosa, que a constituição, por si só, resolve todos os problemas." In: BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M. M. B. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769–1811, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/37470>.

⁵³³ GARCETE; MORAIS; MACHADO, 2020, p. 160.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 161.

ocorrer inclusive quando uma sentença determina a implementação de direitos sociais⁵³⁵.

A Constituição, prevê um sofisticado sistema orçamentário que deve funcionar como ferramenta para o planejamento e organização da vida financeira do país. Tal vida financeira é composta primariamente pelo âmbito da receita, referente ao qual a Constituição estabelece os fatos que podem gerar a cobrança de tributos assim como a competência de cada ente para cobrá-lo e, por outro lado, o âmbito da despesa que é utilizado para planejar os gastos governamentais no qual se incluem os gastos que decorrem de decisões judiciais⁵³⁶.

Os gastos públicos cuja realização é determinada por decisões judiciais fazem surgir uma espécie de passivo que representa efeitos financeiros que se desdobram em três perspectivas: a) a decisão judicial pode obrigar o governo atual a pagar valores relacionados a governos anteriores, no que se insere o sistema de precatórios para o pagamento de passivo; b) a decisão judicial pode gerar parcelas futuras quando uma sentença determina a realização de algum gasto ou investimento pelo poder público, a partir do qual se discute a sua inclusão na previsão orçamentária; c) a decisão judicial pode gerar efeitos imediatos quando determina, por exemplo, a realização imediata de determinada obra, compra ou serviço⁵³⁷, o que pode gerar uma equação financeira difícil de ser solucionada diante do desafio atinente ao planejamento financeiro nesses casos⁵³⁸.

Não obstante a discussão desses efeitos do ponto de vista dos meios de pagamento disponíveis no sistema orçamentário, a discussão que se propõe aqui trata de uma perspectiva mais ampla, que concerne aos desafios na conciliação entre uma estrutura orçamentária constitucionalmente (e, por consequência, juridicamente definida) e o espaço político de liberdade do legislador orçamentário.

A Constituição estabelece um modelo federal de sistema orçamentário que deve ser obedecido pelos Estados e Municípios por força da leitura conjunta dos artigos 25 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios

⁵³⁵ SCAFF, F. F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, I. W.; TIMM, L. B.; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b. p. 133–153. p. 133–134.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 137.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 139–140.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 142.

desta Constituição” e 29 também da CF/88, mediante o qual “o Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

Quanto à estrutura legal, o orçamento público brasileiro é composto por uma estrutura tríplice definida pela Constituição e composta por três elementos: a Lei do Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual. A Lei do Plano Plurianual é responsável por estabelecer as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes além daquelas relativas aos programas de prestação continuada. Já a Lei de Diretrizes Orçamentárias compreende as metas e prioridades da Administração Pública, incluindo despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, dispõe sobre a alteração na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento, orientando a elaboração da Lei Orçamentária Anual que, por sua vez, contempla o orçamento fiscal de investimentos e de seguridade social⁵³⁹.

Essa estrutura de tripartição orçamentária funciona como um instrumento fundamental de planejamento, gestão e controle das finanças do Estado, possibilitando a previsão das suas receitas e a fixação das suas despesas para um determinado período de tempo, contemplando diretrizes, metas, programas e planos de médio e longo prazo por meio de três espécies de leis orçamentárias que se vinculam e se complementam⁵⁴⁰.

O estabelecimento de prioridades e a realização de opções políticas presentes na elaboração das leis orçamentárias faz com que elas ostentem um caráter simultaneamente jurídico, político e econômico, uma vez que se utilizam de técnicas contábeis e econômicas, mas devem obediência às normas de direito financeiro⁵⁴¹.

Assim, o entrelaçamento entre o espaço do Direito e o espaço da Política ganha destaque quando se analisa as características do sistema orçamentário no Brasil, uma vez que se trata de um espaço de definição de prioridades e opções políticas por meio de leis orçamentárias que partem de escolhas políticas do Poder Executivo, mas que

⁵³⁹ ABRAHAM, M. **Teoria dos gastos fundamentais**: orçamento público impositivo da elaboração à execução. São Paulo: Almedina, 2021. p. 88.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 89.

são votadas e aprovadas no Poder Legislativo. Nesse contexto se revelam as tensões e negociações políticas entre esses poderes, das quais depende a efetiva aprovação das leis orçamentárias. Especialmente no Brasil, a aprovação das leis orçamentárias evidencia um sistema dependente do presidencialismo de coalizão, sem a qual a legislação orçamentária não se materializa.

Isso significa que o modelo político brasileiro deriva de uma Constituição que se preparou para ser parlamentarista, mas foi surpreendida com a vitória do presidencialismo. Nosso presidencialismo de coalizão, segundo Sérgio Abranches⁵⁴² se deve especialmente às desigualdades regionais e assimetrias do nosso federalismo, o que num sistema presidencialista exige que o presidente organize a coalizão majoritária pelo centro para que possa viabilizar as suas propostas que dependem do trâmite do Poder Legislativo, o que requer flexibilidade e habilidade para negociar com o Congresso para encontrar pontos de entendimento em comum.

O ideal de funcionamento do arranjo orçamentário brasileiro almeja uma coerência entre os três elementos que estruturam o seu funcionamento no plano legislativo, quais sejam o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, que devem cumprir as propostas consolidadas no texto constitucional funcionando como vetor de possibilidade para a realização dos direitos sociais⁵⁴³. Diante do exposto e dos meandros que compõem o nosso sistema político, é possível deduzir que não se trata de uma tarefa fácil.

Dessa dinâmica entre escolhas políticas e normatividade constitucional surge um questionamento sobre um possível engessamento do orçamento brasileiro ao delegar uma margem muito pequena para a discricionariedade do agente público no direcionamento de verbas. Nesse sentido se insere a crítica às despesas obrigatórias, percentuais mínimos para financiamento de saúde e educação, além dos tributos de receita vinculada, sob a alegação de que a destinação de recursos públicos é essencialmente política e por isso deve ser desvinculada⁵⁴⁴.

As propostas de “tirar o gesso” do orçamento brasileiro creditam a essa desvinculação uma otimização do gasto público, proporcionando o direcionamento

⁵⁴² ABRANCHES, S. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. E-book não paginado.

⁵⁴³ GARCETE; MORAIS; MACHADO, 2020, p. 170.

⁵⁴⁴ EXAME, N. Para Guedes, gestão do Orçamento deve ser desindexada e desvinculada. **Exame**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://exame.com/economia/para-guedes-gestao-do-orcamento-deve-ser-desindexada-e-desvinculada/>

mais efetivo das verbas em atenção às especificidades regionais. Além disso, um espaço maior para discricionariedade típica da política daria mais velocidade de resposta às demandas da população, permitindo que os recursos fossem alocados para atender às renovadas necessidades⁵⁴⁵.

O debate sobre os gastos públicos no Brasil se mostra também mais complexo diante do fracionamento entre os entes federados que muitas vezes atuam de forma superposta, como no caso da saúde que inclui verbas federais, estaduais e municipais. Essa característica torna difícil a coordenação das ações e o estabelecimento da exata medida das responsabilidades entre os entes federados. Quando o Poder Judiciário emite uma ordem judicial que determina, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, existe uma intervenção nessa coordenação que se não for revestida da devida cautela pode acarretar no dispêndio de recurso público para implementar uma logística desnecessária. Nesse sentido alerta Fernando Scaff⁵⁴⁶:

Tudo se torna mais complexo quando o Poder Judiciário intervém determinando a um dos entes federados que forneça medicamento ou tratamento a uma determinada pessoa – quem paga? De qual ente federado sai o dinheiro? E, mais curioso, constata - se que a União é regularmente condenada, mas sequer possui ou mantém hospitais. Imaginem a dificuldade de logística para que a União, de Brasília, implemente uma ordem judicial de fornecimento de medicamento proferida no Oiapoque ou no Chuí, usualmente ‘para ser cumprida no prazo de 24 horas’... Não esqueçamos que, no fundo, o dinheiro do Estado sai do meu, do seu, do nosso bolso.

Além disso, é preciso considerar que existe uma imprecisão conceitual ao se tratar a vinculação obrigatória como equivalente ao gasto obrigatório. A vinculação orçamentária consiste na correlação entre a receita e o percentual que deve ser destinado a fazer frente a despesas específicas, tais como saúde, educação e combate à pobreza, o que gera um liame jurídico que une determinado grupo de receitas para uso em certa finalidade⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ GARCETE; MORAIS; MACHADO, 2020, p. 171.

⁵⁴⁶ SCAFF, F. F. 50 anos de tributação e finanças. *In*: CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. São Paulo: Conjur, 2016a. p. E-book não paginado. p. local. 715.

⁵⁴⁷ SCAFF, F. F. Não é obrigado a gastar: vinculações orçamentárias e gastos obrigatórios. *In*: CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. São Paulo: Conjur, 2016e. p. E-book não paginado. local. 2813.

As vinculações orçamentárias são exceções à determinação geral de não-afetação prevista no art. 167, IV da Constituição Federal, o que significa que, em regra, o legislador orçamentário precisa ter liberdade para dispor do orçamento como lhe aprouver de modo a alocar as verbas públicas para o custeio do seu programa de governo⁵⁴⁸. As exceções a essa regra geral são previstas expressamente na Constituição, tendo como exemplos a obrigação da União de aplicar 15% da sua receita corrente líquida em ações e serviços públicos de saúde decorrente do art. 198, § 2º, I da CF/88 e também a obrigação de estados e municípios de aplicar 25% da sua receita de impostos e transferências na manutenção e desenvolvimento do ensino presente no art. 212 também da Constituição Federal de 1988.

Os exemplos citados demonstram situações em que há uma destinação específica de receita por meio de um vínculo jurídico que as integra a uma ação estatal específica e determinada, a que Fernando Scaff denominou “orçamento mínimo social”⁵⁴⁹. Tratam-se de vinculações que objetivam a preservação de uma garantia financeira para a realização de direitos sociais, a partir da qual o legislador orçamentário é obrigado ao direcionamento de gastos com educação e saúde. Permanece, por outro lado, a necessidade de preservação da liberdade orçamentária para o legislador na alocação de receitas de impostos para fazer frente aos gastos públicos⁵⁵⁰, a partir da qual se debate um problema de engessamento do orçamento pela Constituição.

O ponto central no debate sobre engessamento dos gastos públicos está nos gastos obrigatórios, que possuem natureza diversa da vinculação orçamentária. São gastos obrigatórios aqueles em que não existe uma fonte específica de receita para o seu custeio, diferentemente das vinculações, sendo custeados pela arrecadação geral, de modo que não há nenhum liame jurídico que os agregue a uma específica receita, mas que impõem uma obrigação de gastar. É o caso dos gastos obrigatórios relativos à dívida pública e os gastos com pessoal e encargos, e que representam um

⁵⁴⁸ SCAFF, F. F. Não é obrigado a gastar: vinculações orçamentárias e gastos obrigatórios. *In*: CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. São Paulo: Conjur, 2016e. p. E-book não paginado. local. 2818.

⁵⁴⁹ SCAFF, F. F. Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pressupoe-escolhas-tragicas?imprimir=1>

⁵⁵⁰ SCAFF, F. F. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura versus garantia dos direitos sociais. **Revista Fórum Direito Financeiro e Econômico**, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, p. 165–181, 2016d. p. 181.

montante consideravelmente maior que as despesas vinculadas à saúde e educação⁵⁵¹.

A resistência política à vinculação orçamentária encontra sua oposição na própria Constituição, que prevê instrumentos de vinculação de despesa que, no tocante aos gastos sociais, pode funcionar como garantia de um mínimo de destinação de recursos à efetivação dos objetivos constitucionais que passam por esse gasto social⁵⁵². Nesse contexto, a desvinculação relacionada aos direitos fundamentais à saúde e educação, por si só, não oferecem uma resposta a um problema maior que envolve os gastos obrigatórios com dívida pública, sem contar os gastos com emendas parlamentares e o seu comprometimento com interesses eleitorais⁵⁵³.

Outro aspecto importante para essa discussão é que a vinculação constitucional de despesas a pautas sociais cria uma política de Estado que independe da política de governo, ou seja, mantém recursos significativos direcionados à preservação do investimento em direitos sociais imprescindíveis como saúde e educação independentemente da situação de governo. Nesse sentido, essa vinculação funciona como um instrumento de preservação dos caminhos delineados pela Constituição para a atuação estatal⁵⁵⁴.

Além disso, é importante lembrar que mesmo com a acusação de rigidez orçamentária do sistema brasileiro, remanesce uma margem de liberdade para que o legislador orçamentário estabeleça as prioridades para a realização do gasto público, ainda que exista uma vinculação das suas finalidades⁵⁵⁵. Para se chegar ao montante que o legislador orçamentário brasileiro pode gastar e dispor em recursos se faz o cálculo do saldo de liberdade que o legislador orçamentário possui para que possa cumprir as finalidades projetadas constitucionalmente⁵⁵⁶.

Essa liberdade dada ao legislador é, contudo, submetida a limitações explicitadas na Constituição que concernem às dotações para pagamento de pessoal e seus encargos, pagamento do serviço da dívida, imunidades tributárias, vinculações

⁵⁵¹ SCAFF, 2016e, local. 2853.

⁵⁵² *Ibid.*, p. local. 2822.

⁵⁵³ SCAFF, F. F. Emenda Constitucional 86 e o orçamento impositivo à brasileira. *In*: CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. São Paulo: Conjur, 2016c. p. E-book não paginado. p. local. 5150.

⁵⁵⁴ GARCETE; MORAIS; MACHADO, 2020, p. 171.

⁵⁵⁵ SCAFF, 2018, p. 293.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

orçamentárias para custeio dos direitos fundamentais e o sistema de precatórios⁵⁵⁷. Nessas limitações incidem as críticas ao engessamento orçamentário, uma crítica que acaba alcançando o próprio constitucionalismo dirigente no tocante à sua proposta de vinculação do legislador.

Essa crítica alcança o problema do engessamento orçamentário no que diz respeito ao fato de a constituição dirigente “amarrar” a política e substituir o processo da decisão política pelas imposições constitucionais, criando um cenário de ingovernabilidade⁵⁵⁸. Gilberto Bercovici⁵⁵⁹ há muito aponta uma questão curiosa: por que apenas os dispositivos relativos a políticas públicas e direitos sociais são acusados de engessar a política e retirar a liberdade do legislador?

O autor detecta que políticas voltadas ao ajuste fiscal, por exemplo, não são objeto da argumentação de que poderiam estar amarrando os futuros governos a uma única política possível, deixando-os sem alternativas. Nesse sentido o autor aponta uma “constituição dirigente invertida”, ou seja, o estabelecimento de espécies de vinculações orçamentárias que eram vistas como algo positivo para a credibilidade e confiança do país junto ao sistema financeiro internacional, orientadas por políticas neoliberais que tutelam pelo Estado a renda financeira do capital⁵⁶⁰.

A questão das vinculações orçamentárias pela Constituição atravessa a proposta da presente tese uma vez que a terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito insere - corretamente - o Judiciário nas reflexões a respeito da alocação de recursos, e suas repercussões para o fundamento principiológico de igualdade/isonomia. Outro ponto se soma à importância desse debate para a discussão do problema de pesquisa aqui levantado: a discussão das vinculações orçamentárias têm como pano de fundo o problema do espaço da política, um espaço de escolha discricionária.

Na medida em que o objetivo que guia as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito é o de contribuir para a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, a definição dos limites e possibilidades do espaço de

⁵⁵⁷ SCAFF, 2018, p. 325.

⁵⁵⁸ Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, “Desafios Institucionais Brasileiros”. In: MARTINS, Ives Gandra (org.), **Desafios do Século XXI**. São Paulo: Pioneira/Academia Internacional de Direito e Economia, 1997, p. 195-198; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Constituição e Governabilidade**: Ensaio sobre a (In)Governabilidade Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 21-23.

⁵⁵⁹ BERCOVICI, G.; MASSONETTO, L. F. A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 49, p. 57-77, 2006. p. 72.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 73.

liberdade do legislador - político - certamente contribui para informar os elementos de uma resposta adequada à Constituição, diante do impacto provocado por decisões judiciais na alocação de recursos públicos. Assim, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário - espaço da autonomia do Direito - pode gerar custos que, assim como as vinculações constitucionais, sejam somadas a um quadro de limitações do espaço de liberdade política na alocação de recursos.

Nesse tópico foi possível constatar que a destinação dos recursos públicos obedece a um sistema orçamentário que tem sua definição na Constituição. A tão reclamada liberdade do legislador orçamentário para realizar as escolhas políticas que melhor sirvam ao seu plano de governo é uma liberdade que encontra uma variedade de limites, nos quais os gastos com direitos sociais se somam a um cenário maior de gastos obrigatórios com pessoal e dívida pública, por exemplo. Existe, portanto, uma arquitetura constitucional que direciona esses gastos e concede um grau de liberdade política que aparece após o cumprimento de obrigações que foram preestabelecidas pela Constituição por meio de vinculações orçamentárias.

Se mesmo as vinculações expressamente definidas pelo texto constitucional são acusadas de formar um quadro de ingovernabilidade, o que dizer da repercussão das decisões judiciais que se somam a esse panorama? Exatamente pela relevância dessa repercussão é que se reafirma o que foi trabalhado no tópico anterior: a alocação de recursos públicos por via judicial deve necessariamente atender a um fundamento principiológico de igualdade/isonomia. Não só por se tratar de um princípio constitucional de máxima importância, mas também para que a concessão de direitos sociais pela via judicial não descambe na discricionariedade/arbitrariedade típica do ativismo judicial (tópico 2.3).

Nessa linha, a terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito contribui de sobremaneira para o aprofundamento do debate sobre o ativismo judicial, uma vez que a questão das repercussões das decisões judiciais para a alocação de recursos públicos é um ponto indispensável para que se possa identificar decisões judiciais ativistas. A resposta, novamente, está no lastro principiológico que fundamenta a pergunta: a alocação de recursos proporcionada pela decisão judicial para conceder o direito fundamental fere a igualdade/isonomia? A resposta positiva a essa pergunta evidencia não somente a presença do ativismo judicial, mas também a violação a um sistema orçamentário que tem as suas balizas na Constituição.

5.3 A alocação de recursos e a concretização do princípio da igualdade/isonomia no plano orçamentário: os limites do Poder Judiciário

A presente tese tem como objetivo afirmar o potencial normativo das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito e, para isso, passa por um aparato teórico que problematiza o significado dessas perguntas e quais as questões que estão implícitas em seu conteúdo. Pelo que já foi exposto é possível perceber que, por se tratarem de perguntas fundadas em princípios, não há para elas uma resposta dada. A resposta às três perguntas fundamentais passam, assim, por um exercício de disputas interpretativas para oferecer uma resposta constitucionalmente adequada, que deve ser o melhor argumento a partir desse esforço hermenêutico⁵⁶¹.

No caso da terceira pergunta fundamental que coloca a necessidade de conciliação entre a alocação de recursos e o princípio da igualdade/isonomia, o oferecimento de uma resposta adequada é especialmente desafiador. O presente tópico tem como objetivo melhor explicitar esses desafios para que seja possível construir um caminho de conciliação, de um elo entre a igualdade e a alocação de recursos.

Problematizar esses desafios é relevante também para que as questões que tornam especialmente árdua a tarefa de atender ao mandamento constitucional de redução das desigualdades no direito brasileiro sejam colocadas à luz. Isso porque o Poder Judiciário, ao decidir pela concessão de prestações que envolvem a participação do Estado na concretização de direitos, precisa atuar partícipe na promoção de igualdade e não como mais um ator de agravamento das desigualdades já presentes no Brasil.

Conforme apontado no tópico 5.1, a definição constitucional de orçamento público republicano brasileiro precisa considerar que vivemos num país assombrado por um quadro de extrema desigualdade. Para isso, não existe uma resposta fácil e única que possa explicar a desigualdade no Brasil, uma vez que ela se deve a uma combinação de fatores apontados para uma mesma direção: a concentração de renda no topo das camadas sociais⁵⁶².

⁵⁶¹ DWORKIN, 2001, p. 214.

⁵⁶² SOUZA, P. H. G. F. de. **Uma história da desigualdade**: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013. São Paulo: Anpocs, 2018. p. 367.

Mesmo que os anos 2000 tenham apontado para uma recuperação econômica que foi creditada à combinação virtuosa entre democracia, ajuste fiscal e consolidação de um modelo de Estado Social mais redistributivo, ou seja, mais sensível às profundas carências que afligem grande parte da população, essa recuperação foi efêmera, o que impactou diretamente no quadro da desigualdade de renda no Brasil. Já no início da década de 2010 se sentiam os primeiros sinais de desaceleração do cenário de declínio da desigualdade, que teve seu otimismo solapado com as recentes crises política e econômica⁵⁶³.

Em um extenso trabalho a respeito do histórico da desigualdade no país, o cientista social Pedro Herculano de Souza⁵⁶⁴ analisou a concentração de renda entre os ricos no Brasil e pôde constatar que aqui a desigualdade teve uma trajetória peculiar e complexa. O autor explica a desigualdade de renda no Brasil pela concentração da renda no topo das camadas sociais, aferida com dados do imposto de renda pessoa física. A partir desses dados constata que a desigualdade no Brasil está atrelada não só à assimetria de poder das relações sociais, mas também à desigualdade de oportunidades e o próprio funcionamento da democracia.

O mais surpreendente quanto aos dados levantados é a existência de uma combinação entre estabilidade e mudança, observada no período entre 1926 e 2013. Explica-se: mesmo que a fração da renda recebida pelo centésimo mais rico tenha oscilado no período observado, não houve uma tendência unívoca de longo prazo, com o centésimo mais rico da sociedade brasileira concentrando entre 20% e 25% da renda durante a maior parte do tempo⁵⁶⁵. Esses dados corroboram a ideia de que o crescimento puro e simples não funciona para resolver a nossa questão distributiva, o que pode ser comprovado inclusive quando se leva em conta uma perspectiva histórica⁵⁶⁶.

É importante ressaltar que os problemas financeiros do Estado não se devem apenas a despesas sociais, mas existe um papel preponderante exercido pela dívida pública nesse processo. A transição de um Estado fiscal (que se sustenta na arrecadação de tributos) para um Estado endividado (que cobre as suas despesas por meio de empréstimos) tem como consequência o acúmulo de dívidas que abocanham

⁵⁶³ SOUZA, P. H. G. F. de. **Uma história da desigualdade**: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013. São Paulo: Anpocs, 2018. p. 368.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 369.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 382.

uma parcela cada vez maior das suas receitas⁵⁶⁷. Existe, portanto, uma crise do orçamento público que atinge o seu ápice com um endividamento que não atende necessariamente a reivindicações democráticas, mas responde a exigências do capitalismo financeiro⁵⁶⁸.

Soma-se a esse panorama de endividamento o dilema do Estado que se depara com as demandas de uma “sociedade desejanter”⁵⁶⁹ que quer obter prestações (referentes, sobretudo, aos direitos sociais constitucionalmente garantidos) mas que não dá mais conta de um aumento de carga tributária para financiar esses gastos. Existe, nesse contexto, um problema de sustentabilidade orçamentária que desagua no Poder Judiciário na forma da judicialização da política (tópico 2.1).

Esse contexto de crise fiscal - aqui entendida enquanto a incapacidade do Estado de sustentar financeiramente as demandas de bem-estar social - acrescido de instabilidade política conduziu à elaboração do Novo Regime Fiscal (Emenda Constitucional n. 95/16), que acrescentou os artigos 106 ao 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Chamada de “PEC dos gastos” ao longo da sua tramitação, a EC n. 95/16 limitou temporariamente os gastos primários da União ao valor efetivamente gasto no ano anterior corrigido pela inflação, numa medida austera de vinculação do crescimento das despesas.

O Novo Regime Fiscal na prática resultou no congelamento por vinte anos de investimentos do governo federal por força do artigo 106 (ADCT), o que afetou gravemente as políticas públicas que promovem direitos sociais. Isso porque a alteração constitucional introduziu uma formatação de estagnação no financiamento e planejamento orçamentário, com possibilidade de atualização apenas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) para o ano seguinte⁵⁷⁰.

O financiamento da saúde e educação foram os mais afetados, em vista da estagnação do valor base para a vinculação de despesa mencionada no tópico anterior. Por consequência, o aumento dos valores orçados para a saúde e educação,

⁵⁶⁷ STREECK, W. **Tempo comprado**: a crise adiada do capitalismo democrático. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 118–120.

⁵⁶⁸ MAZZA, W. P. **Estado e Constituição**: crise financeira, política fiscal e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 336.

⁵⁶⁹ SCAFF, F. F. Do Estado fiscal ao Estado endividado na sociedade desejanter. In: CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. São Paulo: Conjur, 2016b. p. E-book não paginado. p. local. 2735.

⁵⁷⁰ GARCETE; MORAIS; MACHADO, 2020, p. 173–174.

por exemplo, seguirá a regra da atualização pelo índice, não acompanhando, proporcionalmente, o crescimento do país⁵⁷¹.

Existe, portanto, um cenário no qual o gerenciamento de recursos públicos fica entre a escassez desses recursos e o reclame pela efetividade de direitos fundamentais. Resultado de uma combinação entre uma estrutura definida pela Constituição e a margem de liberdade para escolhas políticas, nem sempre os objetivos constitucionais de redução das desigualdades e proteção dos direitos fundamentais são contemplados por essas escolhas. Basta observar a dinâmica de aumentos salariais, pagamento de auxílio-moradia, gastos com publicidade, entre outros, para se constatar a discrepância de pautas⁵⁷².

Essas questões não podem, todavia, ser utilizadas para a defesa de uma aniquilação do espaço político de escolha orçamentária por meio de uma intervenção excessiva do Poder Judiciário. Daniel Wang trabalha esse tema argumentando que existe uma “falácia do nirvana”, ou seja, uma defesa da proteção judicial dos direitos sociais que tem como uma base uma comparação com base numa caracterização distópica da Administração Pública em face da descrição idealizada das potencialidades do Poder Judiciário⁵⁷³.

Nesse sentido, os argumentos a favor do protagonismo do Poder Judiciário na proteção dos direitos sociais tem sustentação frágil quando guiados pela comparação entre o pior do agir político a partir do qual se elege o Judiciário como alternativa idealizada⁵⁷⁴. Levando em consideração que existe também uma questão hermenêutica a respeito do que seria a melhor atuação do Poder Judiciário, o que envolve a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política (tópico 2.1), é possível afirmar que a outra face da defesa do ativismo judicial se manifesta na minimização das limitações do Judiciário para colocá-lo em superioridade quando comparado a outras instituições⁵⁷⁵.

Essa constatação é importante para alertar que nem sempre o controle jurisdicional dos recursos públicos contribui para uma resposta em termos de redução da pobreza e redução das desigualdades. Quando se considera que a proteção de

⁵⁷¹ GARCETE; MORAIS; MACHADO, 2020, p. 174.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 181.

⁵⁷³ WANG, D. W. L. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2019v21e124-2018p.486>.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 505.

direitos sociais se manifesta no plano político na forma de uma escolha entre necessidades e interesses sociais que competem por recursos escassos, fica nítido que a interferência do Judiciário nessas escolhas precisa estar cercada de uma fundamentação adequada⁵⁷⁶. Para isso é imprescindível que a alocação de recursos respeite um critério de igualdade/isonomia, motivo pelo qual essa discussão guiou o presente capítulo.

Os pontos levantados até aqui demonstram uma espécie de polarização entre Política e Direito, uma vez que o sistema orçamentário brasileiro é composto simultaneamente por uma estrutura que tem seu fundamento principiológico na Constituição (tópico 5.1) e uma margem de liberdade concedida ao legislador orçamentário para a realização de escolhas políticas (tópico 5.2).

O desafio que se coloca é o de atender a um fundamento de justiça no Direito, incorporado institucionalmente na forma do princípio da igualdade que representa uma finalidade distributiva, referendada no caso brasileiro pelos objetivos constitucionais. Muito embora não se possa negar a importância desse fundamento jurídico, é preciso considerar as limitações do Poder Judiciário na alocação de recursos. Os tribunais, assim, devem ter um papel subsidiário nessa alocação⁵⁷⁷, uma vez que o orçamento público nasce de um planejamento no qual os atores políticos exercem o seu papel.

Reforça-se a relevância de que o Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, exerça a sua função de guarda da Constituição, sendo capaz de “dizer não”, ou seja, de estabelecer negativas a condutas que diverjam do que estabelece a Constituição⁵⁷⁸. Diante do exposto até agora, é possível afirmar que a terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito, ao indagar se a alocação de recursos fere a igualdade/isonomia, estabelece um caminho para a construção desses limites, em outras palavras, uma forma de tornar mais nítida a fronteira da liberdade da escolha política no sistema orçamentário.

Além disso, não se pode deixar de trazer a discussão para a esfera do Poder Judiciário, cujas decisões devem adequação à Constituição e não se confundem com uma escolha política (vide tópico 2.3), sob o risco de cair no ativismo judicial. Ocorre

⁵⁷⁶ WANG, D. W. L. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2019v21e124-2018>.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 506.

⁵⁷⁸ SCAFF, F. F. STF: O primeiro dever fundamental é dizer “não”. In: **CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS**. São Paulo: Conjur, 2016f. p. E-book não paginado.

que, ao ocupar o papel de oferecer uma resposta jurídica às demandas por direitos de cunho prestacional, o Poder Judiciário passa a ser um ator de grande relevância na alocação de recursos públicos e, por isso, se torna necessária a definição de limites para a sua atuação nessa seara.

Diante desses desafios colocados para o Poder Judiciário na proteção de direitos sociais, ganhou força o argumento da reserva do possível, criado a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 1972 (Bverfge 33, 303) que versava sobre a quantidade de vagas para discentes na faculdade de medicina. Em apertada síntese, o caso estabeleceu a limitação ao direito de acesso universal ao ensino superior em face da limitação fática relativa ao quantitativo de vagas.

Para os objetivos dessa pesquisa importa ressaltar um ponto fundamental que foi expressamente levantado pelo Tribunal na ocasião: existem escolhas a respeito da alocação de recursos público que são incumbidas ao legislador, ou seja, ao legislador cabe estabelecer os critérios que limitam esses recursos. Nessa linha, a referida decisão alegou que “o legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação [ato administrativo] de limitações absolutas de admissão e sobre os critérios de escolha a serem aplicados.⁵⁷⁹”.

Ingo Sarlet⁵⁸⁰ sustenta que a reserva do possível possui tríplice dimensão, abrangendo a) a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos conforme distribuição de receitas e competências no sistema federativo; c) o problema da proporcionalidade da prestação estatal. Nesse sentido o autor define a reserva do possível enquanto espécie de limite jurídico e fáticos relativo aos direitos fundamentais, o que pode representar inclusive a sua efetiva garantia quando se pensa em observar o núcleo essencial desses direitos⁵⁸¹.

É importante reconhecer que o significado da reserva do possível e a sua (má) recepção pela doutrina jurídica brasileira tem muitas possibilidades de desdobramento, podendo resultar numa discussão à parte. Para efeito do que se discute no problema de pesquisa dessa tese, o aspecto que se destaca é a correlação que o argumento da reserva do possível guarda com o papel do legislador

⁵⁷⁹ SCHWABE, J. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 658.

⁵⁸⁰ SARLET, 2015, p. 296.

⁵⁸¹ *Ibid.*

orçamentário diante das limitações de recursos. Nesse sentido, ele contribui para discutir a importância do espaço político dedicado ao legislador orçamentário para que se propicie um diálogo virtuoso entre Direito e Política.

Comumente utilizado para impedir a intervenção judicial numa espécie de alegação genérica que desonera o Estado de determinações judiciais sobre a efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social⁵⁸², o argumento da reserva do possível retoma uma questão levantada no tópico 3.2 (ali num nível hermenêutico) que passa a se apresentar no âmbito jurisprudencial na medida em que o argumento da reserva do possível é utilizado para negar prestações estatais: o argumento da reserva do possível tem como pano de fundo o pressuposto de escolhas trágicas⁵⁸³, ou seja, baseadas na escassez.

Não obstante o problema interpretativo do consequencialismo no Direito trabalhado no tópico 3.2, existe aqui outra questão que se coloca: do ponto de vista institucional, quem é responsável por realizar essas escolhas? A partir do que foi debatido no decorrer desse capítulo a estrutura que estabelece vínculos constitucionais para o orçamento (composta tanto por um arranjo principiológico como vinculações que determinam despesas públicas) convive num sistema orçamentário que se manifesta no plano infraconstitucional no qual são prementes as escolhas políticas realizadas pelo legislador orçamentário.

Existem, portanto, duas situações distintas: a primeira na qual uma decisão judicial visa a beneficiar alguém em particular de forma imediata e isolada e a segunda quando são considerados os critérios de igualdade/isonomia que permitem o equilíbrio constitucional do sistema orçamentário. Em ambos os casos, persistem os desafios no julgamento de demandas sobre prestações de um Estado em crise(s), uma vez que se tratam de desafios que remetem a um contexto que estabelece a necessidade de efetivação de direitos por meio da judicialização da política.

Por outro lado, a concessão de prestações estatais por via judicial a sujeitos particulares isolados desagua, inevitavelmente, numa espécie de ativismo judicial que viola não somente o fundamento geral de igualdade/isonomia presente na Constituição mas também a própria arquitetura constitucional que desenha uma

⁵⁸² SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13–50. p. 32.

⁵⁸³ SCAFF, 2013a.

estrutura para o sistema orçamentário na qual, além de vinculações juridicamente estabelecidas, existe um espaço de liberdade para o legislador orçamentário.

A partir desses pressupostos, é possível afirmar que o Poder Legislativo é quem detém “a chave do cofre público” para a realização dos gastos, ou seja, a ele são conferidos poderes para que se realizem essas escolhas trágicas⁵⁸⁴ no âmbito da elaboração do orçamento público, atuação privilegiada do Legislativo, mesmo diante das vinculações constitucionais.

Nesse contexto cabe retomar o argumento incisivo de Lenio Streck, segundo o qual existe um sistema jurídico de regras e princípios que se manifesta, para o orçamento republicano, como um fundamento de igualdade que direciona o orçamento republicano. Esse fundamento antecede a decisão judicial, estabelecendo as suas condições, motivo pelo qual o debate das escolhas trágicas não pertence à atuação institucional do juiz, uma vez que este não é um agente moral que age com base em convicções pessoais. A atuação do juiz representa, assim, um dever de fundamentação decorrente do artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988, mediante o qual existe uma responsabilidade do juiz em oferecer decisões fundamentada no Direito⁵⁸⁵.

Em vista dos pontos trabalhados no decorrer desse capítulo, cabe afirmar que o respeito ao princípio da igualdade/isonomia na alocação de recursos nem sempre significa onerar o Estado. Aí está um dos méritos da terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito: tendo essa indagação como fundamento de suas decisões, o Judiciário pode se valer do princípio da igualdade/isonomia para se afastar do subjetivismo característico do ativismo judicial. Nesse sentido, a igualdade pode passar a funcionar como um limite às decisões que impactam no orçamento, uma vez que não se pode utilizar dos recursos públicos para a concessão de privilégios, ou seja, não se pode conceber o Judiciário como responsável por aprofundar as desigualdades rechaçadas nos objetivos constitucionais.

Esses aspectos compõem o que se quer demonstrar no argumento central dessa tese: as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito são fundadas em princípios e, por isso, são obrigatórias, inclusive para detectar arbitrariedades típicas de decisões judiciais ativistas.

⁵⁸⁴ SCAFF, 2013a.

⁵⁸⁵ STRECK, 2014.

6. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: ANÁLISE DE CASOS À LUZ DAS TRÊS PERGUNTAS

O transcorrer do trabalho até aqui se concentrou em torno do objetivo de oferecer respostas ao problema de pesquisa dessa tese, que investiga o potencial normativo das três perguntas fundamentais formuladas pela Crítica Hermenêutica do Direito. A aplicabilidade dessas três perguntas se dá, conforme construído teoricamente ao longo da tese, na medida em que elas são fundadas por princípios que direcionam a argumentação e viabilizam uma resposta jurídica ao problema das decisões judiciais que deferem direitos sociais a prestações.

Em outras palavras: por ter o seu sentido fundado em questões de princípio, as três perguntas fundamentais da CHD acontecem no plano interpretativo, de modo que a decisão judicial se coloca simultaneamente como propósito que guia um projeto teórico de distinção entre o ativismo judicial e a judicialização da política, mas também é o *locus* no qual essa distinção acontece, uma vez que o problema sobre os limites da atuação jurisdicional é discutido no plano interpretativo.

A partir de um direito fundamental a ter uma resposta constitucionalmente adequada, ou seja, a melhor resposta a partir do Direito, uma decisão judicial que aplique democraticamente o Direito deve passar por filtro hermenêutico que atenda a três perguntas fundamentais: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade; se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado; e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia⁵⁸⁶.

É possível observar, portanto, que as três perguntas fundamentais da CHD se inserem num dever de fundamentação das decisões judiciais que, segundo Lenio Streck⁵⁸⁷, nunca se desenvolve em um vácuo hermenêutico: são perguntas que pressupõem a existência de uma história institucional. Sendo assim, as seis hipóteses para o juiz deixar de aplicar uma lei, os cinco princípios que direcionam uma resposta constitucionalmente adequada (trabalhados nos tópicos 2.3), assim como as três perguntas fundamentais, não podem ser desvinculados de uma teoria da decisão⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ STRECK, 2020b, p. 394.

⁵⁸⁷ STRECK, 2018d, p. 60.

⁵⁸⁸ STRECK, 2017c, p. 630.

Nesse contexto, a importância e a abordagem de casos na tese se referem à operacionalização das três perguntas fundamentais da CHD como parâmetros para a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política. Inserida nesse contexto mais abrangente - que se constrói sob o fio hermenêutico de análise -, a análise da aplicabilidade das três perguntas não pode ser compreendida como uma mera verificação empírica do seu funcionamento.

Ao contrário, afastando-se da ideia de teste de funcionamento, a aplicação das três perguntas fundamentais a situações jurídicas concretas serve para, simultaneamente, demonstrar e promover as teses centrais já teoricamente defendidas ao longo desse trabalho: a) que a aplicação do direito exige um complexo exercício hermenêutico; b) que esse exercício hermenêutico é estimulado por disputas interpretativas; c) e que, a partir disso, a tomada de decisão judicial deve ser pautada por questões de princípio, bem representadas pelas três perguntas: se há um direito fundamental exigível em face do princípio da legalidade; se esse direito pode universalizável, ou seja, concedido a todos em situação similar por um mandamento republicano; e, por fim, se a transferência de recursos fere a igualdade/isonomia.

Por isso, no fundo, a análise de casos se presta muito mais a evidenciar esses elementos citados acima – cuja compreensão ainda sofre resistência na doutrina –, numa espécie de jogar luz para o seu caráter normativo em Estados Constitucionais, do que propriamente a caracterizar o exercício da jurisdição constitucional como ativista. Portanto, a análise aqui proposta neste último ponto da tese consiste muito mais um compromisso de meio do que propriamente de resultado, embora esses sejam aspectos que se interconectam; isto é, trata-se muito mais de enfatizar o processo (de tomada de decisão judicial), com sua devida análise à luz das três perguntas, fomentando a discussão jurídica e compreendendo o acontecer hermenêutico das três perguntas, do que a conclusão (se judicialização ou ativismo), ainda que o apartamento desses dois momentos seja impossível.

Assim, do ponto de vista metodológico, esse trabalho realiza um levantamento de dados em processos judiciais que tramitam ou tramitaram no Supremo Tribunal Federal, escolha metodológica que se justifica em vista da função que este Tribunal exerce enquanto corte constitucional. Essa função tem uma importância hermenêutica que dialoga com os temas discutidos ao longo desse trabalho, como os limites à atuação do Poder Judiciário, direitos fundamentais e jurisdição constitucional. A opção de analisar preponderantemente os casos oriundos do Supremo Tribunal Federal se

justifica, assim, em virtude do seu papel de corte constitucional que num sentido kelseniano representa a guarda da Constituição⁵⁸⁹, além de ser responsável por proferir a última palavra interpretativa⁵⁹⁰ funcionando como derradeira instância de apelo, o que contribui para a sua pertinência com as questões levantadas nessa tese.

Trata-se, portanto, de uma análise de processos judiciais enquanto vertente da técnica de pesquisa documental⁵⁹¹ mas que guarda a preocupação de dialogar com o arcabouço teórico construído nos capítulos anteriores. Essa análise é movida pela sua aptidão a responder algumas questões que envolvem a aplicação das três perguntas fundamentais da CHD que dizem respeito: a) análise dos casos notórios do Supremo Tribunal Federal a partir da mobilização das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito (tópico 6.1); b) a síntese que dos resultados dessa análise (tópico 6.2); c) uma análise que considera os riscos do ativismo judicial no Brasil apresentando casos nos quais esses perigos se manifestam (tópico 6.3).

6.1. As três perguntas fundamentais na jurisprudência: análise dos casos notórios do Supremo Tribunal Federal

A análise desses casos será estruturada a partir de três aspectos principais: a) um breve relato do caso que recupere os contornos da demanda em questão; b) uma análise a respeito de como as três perguntas fundamentais foram mobilizadas no processo; c) o resultado que pode ser obtido a partir dos pontos anteriormente levantados para efeito de uma proposta de limites à atuação do Poder Judiciário de interdição do ativismo judicial.

A seleção e coleta dos casos trabalhados é orientada por critérios que asseguram o cumprimento de duas regras fundamentais para a análise do conteúdo desses processos judiciais: a regra da exaustividade, que obriga a uma vez delimitado o universo da pesquisa, abordar todos os casos que se inserem nesse universo, bem como à regra da não seletividade que impede uma escolha arbitrária dos dados levantados⁵⁹².

⁵⁸⁹ KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

⁵⁹⁰ TASSINARI, 2016, p. 113.

⁵⁹¹ SILVA, P. E. A. da. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, M. R. (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 275–320. p. 278.

⁵⁹² BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2016. p. 124.

Os critérios para a seleção dos casos influenciam, portanto, diretamente no universo dos casos pesquisados. Em virtude da delimitação dessa pesquisa a coleta dos casos será orientada por dois critérios. Primeiramente, foi adotado um critério material ou contudístico que consiste na seleção de casos que envolvem direitos sociais de caráter prestacional, tais como definidos no tópico 3.2. Além disso, foi adotado um segundo critério em torno da temporalidade dos casos, tendo como ponto de partida o ano de 2018, em virtude da sistematização pelo STF, a partir dessa data, da lista de casos notórios separados por ano e publicados em seu relatório de atividades do ano respectivo.

A coleta dos casos se concentra, portanto, no rol de casos notórios selecionados pela Coordenadoria de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Conforme contato realizado com o setor de pesquisa de jurisprudência do STF, documentado em anexo, o repertório de casos notórios é composto por precedentes relevantes previamente selecionados pela própria Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, levando em conta não apenas aspectos eminentemente jurídicos, mas também políticos, econômicos e sociais. Não há nenhum ato administrativo que regule essa escolha.

Esse critério dialoga diretamente com a proposta do trabalho na medida em que as três perguntas fundamentais na Crítica Hermenêutica do Direito aparecem como um limite à atuação do Poder Judiciário no Brasil. Nesse sentido, é fundamental que se considere que aqui essa atuação é marcada pela expansão do Poder Judiciário, que alcança uma posição de destaque importante para a análise dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política. Por isso, o mapeamento dos casos considerados notórios pelo próprio STF pode oferecer um perfil da atuação do Supremo Tribunal Federal quando esse se depara com demandas que evidenciam essa posição de destaque.

Nesse panorama, a análise dos casos obedeceu aos seguintes critérios de inclusão e de exclusão:

a) Critérios de inclusão⁵⁹³

Critério material (fundamentado no tópico 3.2): direitos fundamentais sociais de caráter prestacional, investigando, assim, o modo como o direito repercute para o agir estatal. Foram analisados os seguintes temas: saúde, educação e proteção à maternidade e à infância;

Critério temporal: seleção de casos entre os anos de 2018 e 2021, período em que houve uma melhor sistematização dos dados pelo Supremo Tribunal Federal, com a publicação da lista de casos notórios separados por ano e publicados em seu relatório de atividades do ano respectivo;

Origem: casos oriundos do Supremo Tribunal Federal, escolha metodológica que se justifica em vista da função que este Tribunal exerce enquanto corte constitucional. Nesse universo, foram selecionados os casos que constaram na lista de casos notórios, designados como casos especialmente relevantes e selecionados pela própria Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, levando em conta não apenas aspectos eminentemente jurídicos, mas também políticos, econômicos e sociais (conforme informado pela Secretaria em contato documentado nos Anexos A e B).

b) Critérios de exclusão⁵⁹⁴: casos em que a matéria discutida não tenha como objeto o deferimento ou indeferimento da prestação, mas sim questões preliminares relativas, por exemplo, ao cabimento da ação ou à repartição de competências.

Trata-se de um exercício ilustrativo que tem o objetivo de demonstrar, mesmo de forma sintética, a aplicação das três perguntas fundamentais da CHD em casos concretos que denotam um papel de destaque do Poder Judiciário, o que pode estar ligado tanto à judicialização da política como ao ativismo judicial. Uma vez assentados os critérios utilizados e as conseqüentes escolhas metodológicas, passa-se à análise dos casos selecionados.

⁵⁹³ PATINO, C. M.; FERREIRA, J. C. Critérios de inclusão e exclusão em estudos de pesquisa: definições e por que eles importam. **Jornal Brasileiro de Pneumologia**, Brasília, v. 44, n. 2, p. 84–84, 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-37132018000200084&lng=en&tIng=en

⁵⁹⁴ *Ibid.*

Recurso Extraordinário 888815: homeschooling (2018)

Assunto: Possibilidade de o ensino domiciliar (*homeschooling*), ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no art. 205 da Constituição Federal⁵⁹⁵.

Tema: educação

Resumo do caso: O recurso teve origem em mandado de segurança impetrado pelos pais de uma menina, então com 11 anos, contra ato da secretária de Educação do Município de Canela (RS), que negou pedido para que a criança fosse educada em casa e orientou-os a fazer matrícula na rede regular de ensino, onde até então havia estudado. O mandado de segurança foi negado tanto em primeira instância quanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Para a corte gaúcha, inexistindo previsão legal de ensino na modalidade domiciliar, não haveria direito líquido e certo a ser amparado no caso.

Decisão:

Relator: Ministro Roberto Barroso, redator para o acórdão: Ministro Alexandre de Moraes, julgamento em 12/9/2018, DJe de 25/9/2018 – ata de julgamento⁵⁹⁶.

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, ao apreciar o Tema 822 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário em que se discutia a legitimidade da educação domiciliar. O relator do Recurso Extraordinário, ministro Luís Roberto Barroso, votou no sentido do seu provimento. Ele considerou constitucional a prática de ensino domiciliar a crianças e adolescentes, em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil,

⁵⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatório de Gestão 2018**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/presidenciaSTFPublicacoes/anexo/relatorio_de_gestao_2018.pdf.p.120-121.

⁵⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 888815/RS**. Constitucional. Educação. Direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à efetividade da cidadania. Dever solidário do estado e da família na prestação do ensino fundamental. Necessidade de lei formal, editada pelo Congresso Nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. Recurso desprovido. Recorrente: V D representada por M P D. Recorrido: Município de Canela. Relator: Ministro Roberto Barroso, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>. Acesso em: 21 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

expressos na Constituição de 1988. Em seu voto, Barroso propôs algumas regras de regulamentação da matéria, com base em limites constitucionais.

Prevaleceu, contudo, o voto do ministro Alexandre de Moraes (redator para o acórdão), no sentido da inexistência de vedação absoluta ao ensino domiciliar, conforme depreendeu da análise dos dispositivos da Constituição Federal que tratam da família, criança, adolescente e jovem. Por entender que não se trata de um direito, e sim de uma possibilidade legal, mas que falta regulamentação para a aplicação do ensino domiciliar, o ministro votou pelo desprovimento do recurso.

Análise

Trata-se de um caso emblemático para a discussão presente nessa tese, tanto por sua relevância diante dos critérios adotados, mas especialmente por ser um caso em que as três perguntas fundamentais da CHD integraram o debate do Supremo Tribunal Federal a partir da inclusão de argumentos respaldados nessas três perguntas na fundamentação do voto do ministro Gilmar Mendes.

Nesse caso, que já foi comentado inclusive por Lenio Streck é possível constatar não somente a capacidade das três perguntas fundamentais em propiciar o oferecimento de uma resposta constitucionalmente adequada, mas também o seu funcionamento para a construção de um limite entre o ativismo judicial e a judicialização da política.

A partir de uma fundamentação que considere as três perguntas⁵⁹⁷ aqui analisadas e o seu lastro principiológico se mostra possível, conforme o que foi exposto no decorrer desse trabalho, uma interdição do ativismo judicial. Nesse sentido, pergunta-se:

Primeira pergunta: há direito fundamental com exigibilidade?

Sustentar a exigibilidade do ensino domiciliar ministrado pela família significaria, como alerta Lenio Streck⁵⁹⁸, a criação de um direito fundamental a não mandar os filhos à escola e lhes ensinar em casa, conclusão esta que não é possível

⁵⁹⁷ STRECK, 2020b, p. 393.

⁵⁹⁸ STRECK, L. L. Há um recurso no Supremo tratando de uma coisa chamada homeschooling. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-10/lenio-acao-stf-tratando-algo-chamado-homeschooling?imprimir=1>

ser extraída da Constituição. Pelo contrário, a Constituição no seu art. 205 estabelece a educação como um dever, o que não pode deixar de ser considerado⁵⁹⁹.

Nessa linha ainda podem ser acrescentados os argumentos de Georges Abboud⁶⁰⁰, para quem a opção pelo ensino domiciliar ministrado pela família não pode se sobrepor à ausência de lei que regulamente a sua prática. Inexiste, portanto, um direito subjetivo ao ensino domiciliar.

Segunda pergunta: o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado?

Lenio Streck aponta uma impossibilidade material de universalização do ensino domiciliar ministrado pela família, uma vez que para a parcela pobre da população essa possibilidade não será acessível⁶⁰¹. Nesse sentido o autor questiona a possibilidade de exercício desse direito por qualquer família: a impossibilidade conduz à resposta negativa à segunda pergunta fundamental da CHD, sobre a universalização do direito⁶⁰².

Terceira pergunta: há transferência ilegal/inconstitucional de recursos que fere a igualdade/isonomia?

Existe na terceira pergunta uma questão de custo, que no caso do *homeschooling* diz respeito a um custo estrutural, referente ao treinamento de professores, avaliação, adaptações de conteúdo e fiscalização do ensino ministrado pelos pais ou até mesmo por pessoas contratadas por eles⁶⁰³.

Esse argumento foi também mencionado no voto do ministro Gilmar Mendes⁶⁰⁴ segundo o qual direitos envolvem custos que repercutem para o papel do Estado na

⁵⁹⁹ STRECK, L. L. Há um recurso no Supremo tratando de uma coisa chamada homeschooling. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-10/lenio-acao-stf-tratando-algo-chamado-homeschooling?imprimir=1>

⁶⁰⁰ ABOUD, 2021a, p. 498.

⁶⁰¹ STRECK, 2020b, p. 395.

⁶⁰² STRECK, L. L. Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/observatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao>

⁶⁰³ STRECK, 2018b.

⁶⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 88815/RS**. Constitucional. Educação. Direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à efetividade da cidadania. Dever solidário do estado e da família na prestação do ensino fundamental. Necessidade de lei formal, editada pelo Congresso Nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. Recurso desprovido. Recorrente: V D representada por M P D. Recorrido: Município de Canela. Relator: Ministro Roberto Barroso, 12 de setembro de 2018. Disponível em:

concretização de direitos. No caso em tela, o ministro alerta para as consequências onerosas para a máquina pública em virtude de custos que a adoção do ensino domiciliar traria para o sistema de ensino, uma vez que exigiria a instituição de uma política de fiscalização e avaliação.

Resultado: Nesse caso, a partir das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito e da resposta positiva a todas elas, é possível concluir pela judicialização da política e a conseqüente inoportunidade de ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal que negou o recurso.

Recurso Extraordinário 601580: matrícula de servidor público transferido em instituição pública (2018)

Assunto: Recurso Extraordinário (RE) 601580, com repercussão geral reconhecida, no qual se discutia a possibilidade de um servidor público militar transferido por interesse da administração e matriculado em faculdade particular ingressar em universidade pública caso não exista, na localidade de destino, instituição particular semelhante⁶⁰⁵.

Tema: educação

Resumo do caso:

O recurso foi interposto pela Universidade Federal de Rio Grande (FURG) contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que garantiu a um servidor público militar o acesso à universidade pública sem a realização de processo seletivo. A universidade alegava afronta ao princípio de igualdade de condições para o acesso à educação (artigo 206, inciso I, da Constituição Federal) ao privilegiar a possibilidade de acesso à universidade pública de aluno egresso de universidade privada, em detrimento dos candidatos que realizam o vestibular tradicional.

Ainda segundo a FURG, o Plenário do Supremo julgou, por unanimidade, parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3324 para

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>. Acesso em: 21 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão. p. 6.

⁶⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019, p. 121.

declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.536/1997, assentando que a transferência de militar de universidade particular para pública fere o direito de igualdade de condições de acesso e permanência na escola superior.

Decisão:

Relator: Ministro Edson Fachin, julgamento em 19/9/2018, DJe de 25/9/2018 – ata de julgamento⁶⁰⁶.

Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou questão de ordem levantada pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de converter o julgamento em diligências. No mérito, o Tribunal, apreciando o tema 57 da repercussão geral, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que o provia. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: "É constitucional a previsão legal que assegure, na hipótese de transferência *ex officio* de servidor, a matrícula em instituição pública, se inexistir instituição congênere à de origem", nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Análise

Primeira pergunta: há direito fundamental com exigibilidade?

Trata-se de direito assegurado expressamente pela Lei nº 9.536/97, que regulamentou o parágrafo único do art. 49, parágrafo único, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que determina que a transferência *ex officio* a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394/96 será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta.

⁶⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 601580/RS**. Ingresso de servidor público transferido em universidade pública, na falta de universidade privada congênere à de origem. Possibilidade. Desprovimento do recurso. Recorrente: Fundação Universidade Federal de Rio Grande - FURG. Recorrido: Rodrigo da Silva Soares. Relator: Ministro Edson Fachin, 19 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691334>. Acesso em: 21 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

Segunda pergunta: o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado?

A grande questão nesse caso, conforme o debate que se deu no quarto capítulo desse trabalho, é se o Judiciário ao deferir o direito à prestação estaria a criar um privilégio. Esse argumento, contudo, foi enfrentado no próprio acórdão que decidiu o caso pelo ministro Alexandre de Moraes que ressaltou que a matrícula de servidor público em instituição para o qual não foi admitido originariamente não implica um privilégio indevido uma vez que se justifica em face do interesse público atendido pela remoção do servidor, presente no objetivo do Estado em se fazer presente junto às populações em localidade distantes e com menor disponibilidade de serviços⁶⁰⁷.

Terceira pergunta: há transferência ilegal/inconstitucional de recursos que fere a igualdade/isonomia?

A possível indisponibilidade de vaga em instituição de ensino fez com que o Supremo Tribunal Federal estabelecesse como requisito da congeneridade como uma forma de preservar a isonomia no acesso às vagas do ensino superior público e gratuito⁶⁰⁸. Esse requisito foi definido no julgamento da ADI 3324, na qual o STF resolveu, mediante interpretação conforme, que a previsão de transferência obrigatória para outra faculdade somente pode ser considerada constitucional se a instituição de destino for congênere à de origem, ou seja, se o servidor (ou seu dependente) estudava em uma universidade pública, ele terá direito de se transferir para uma universidade também pública na cidade de destino. Por outro lado, se o servidor (ou seu dependente) estudava em uma universidade privada, ele será transferido para uma universidade também privada⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 601580/RS**. Ingresso de servidor público transferido em universidade pública, na falta de universidade privada congênere à de origem. Possibilidade. Desprovimento do recurso. Recorrente: Fundação Universidade Federal de Rio Grande - FURG. Recorrido: Rodrigo da Silva Soares. Relator: Ministro Edson Fachin, 19 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691334>. Acesso em: 21 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão. p. 4-6.

⁶⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 601580/RS**. Ingresso de servidor público transferido em universidade pública, na falta de universidade privada congênere à de origem. Possibilidade. Desprovimento do recurso. Recorrente: Fundação Universidade Federal de Rio Grande - FURG. Recorrido: Rodrigo da Silva Soares. Relator: Ministro Edson Fachin, 19 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691334>. Acesso em: 21 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão. p. 4.

⁶⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324-7/DF**. Interpretação conforme a Constituição. Possibilidade jurídica. Universidade. Transferência obrigatória de aluno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco Aurélio, 16 de dezembro de 2004. Disponível em:

Em face dos casos representados pelo Recurso Extraordinário em análise, se estabeleceu uma exceção a esse requisito, válida somente diante da inexistência de curso correspondente em estabelecimento congênere no local da nova residência do servidor. Estaria, assim, preservada a isonomia no acesso à instituição de ensino.

Resultado:

Nesse caso, a partir das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito e da resposta positiva a todas elas, é possível concluir pela judicialização da política e a conseqüente incoerência de ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal que negou o recurso.

Recurso Extraordinário 1058333: concurso público e remarcação de teste de aptidão física para candidata gestante (2018)

Assunto: o direito de candidatas gestantes à remarcação de testes de aptidão física em concursos públicos, independentemente de haver previsão no edital⁶¹⁰.

Tema: proteção à maternidade e à infância

Resumo do caso:

De relatoria do ministro Luiz Fux, o recurso foi interposto pelo Estado do Paraná contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-PR) que garantiu a uma candidata gestante o direito de realizar o exame de capacidade física em data posterior a dos demais candidatos. No caso em questão, a candidata não compareceu ao exame físico, que constitui etapa do certame para o cargo de Policial Militar do Estado do Paraná, em razão da gravidez de 24 semanas.

O juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba (PR), julgando mandado de segurança impetrado pela candidata, determinou a reserva da vaga para que o exame físico fosse feito posteriormente. A decisão de primeira instância foi mantida pelo TJ-PR, que, ao negar provimento a apelação do estado, considerou que o caso é de força maior, devendo se admitir a realização de segunda chamada, em nome da proteção

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363361>. Acesso em: 22 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

⁶¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019, p. 123.

da gravidez, da maternidade e do livre planejamento familiar, e para garantir o direito líquido e certo da candidata.

No recurso ao STF, o Estado do Paraná sustentou que a decisão contrária julgamento do próprio Supremo no RE 630733, quando, em Plenário, os ministros decidiram não ser possível a remarcação de prova de aptidão física para data diversa da estabelecida em edital de concurso público em razão de circunstâncias pessoais de candidato, ainda que de caráter fisiológico, como doença temporária devidamente comprovada por atestado médico, salvo se essa possibilidade estiver prevista pelo próprio edital do certame.

Decisão:

Relator: Ministro Luiz Fux, julgamento em 23/11/2018, DJe de 26/11/2018 – ata de julgamento

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 973 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Em seguida, por unanimidade, fixou-se a seguinte tese: "É constitucional a remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização, independentemente da previsão expressa em edital do concurso público"⁶¹¹.

Análise

Primeira pergunta: há direito fundamental com exigibilidade?

Ao enfrentar o tema, o Tribunal estabeleceu uma distinção desse caso em relação ao seu julgamento no RE 630733, no qual afirmou a inexistência de direito à remarcação de prova de aptidão física por circunstância pessoal, mesmo que por doença temporária, salvo disposição em edital.

⁶¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 1058333/PR**. Constitucional. Administrativo. Concurso público. Candidata grávida à época da realização do teste de aptidão física. Possibilidade de remarcação independente de previsão editalícia. Direito à igualdade, dignidade humana e liberdade reprodutiva. Recurso extraordinário desprovido. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Eveline Bonfim Fenilli Spinola. Relator: Ministro Luiz Fux, 21 de novembro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5220068>. Acesso em: 23 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

Nesse sentido, o STF reconheceu que o interesse de que a grávida leve a termo sua gestação ultrapassa os limites individuais da genitora⁶¹², alcançando a coletividade na condição de direito fundamental social por previsão expressa do art. 6º da Constituição Federal de 1988.

De fato, a proteção constitucional à maternidade determina ao poder público que empreenda políticas públicas que proporcionem uma condição digna à gestante, diante da qual se coloca a seguinte questão: cabe ao Poder Judiciário estabelecer em que condições essa proteção será efetivada? Em outros termos, se a legislação não define um direito adquirido à realização da etapa do concurso público em horário alternativo, esse direito só pode derivar do edital, que é o ato que regula o certame⁶¹³.

Como ressalta Lenio Streck⁶¹⁴, uma vez verificada a inexigibilidade do direito, a consequência lógica é que o seu deferimento representa a criação judicial do direito, o que por si só caracteriza a decisão como ativista, demonstrada pela resposta negativa à primeira pergunta fundamental da CHD, o que dispensa a análise acurada das demais perguntas. Nesse sentido afirma Streck: “se uma das respostas for negativa, não se está diante de uma judicialização, mas, sim, de uma atitude ativista”⁶¹⁵.

Resultado:

A partir da resposta negativa à primeira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito foi possível aferir a inexigibilidade do direito e a sua consequente criação por via judicial, motivo pelo qual se conclui pela ocorrência do ativismo judicial.

Não se pode deixar de considerar, contudo, a tramitação do Projeto de Lei n. 2429/2019⁶¹⁶, oriundo do Senado, que regula a realização de testes de aptidão física

⁶¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 1058333/PR**. Constitucional. Administrativo. Concurso público. Candidata grávida à época da realização do teste de aptidão física. Possibilidade de remarcação independente de previsão editalícia. Direito à igualdade, dignidade humana e liberdade reprodutiva. Recurso extraordinário desprovido. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Eveline Bonfim Fenilli Spinola. Relator: Ministro Luiz Fux, 21 de novembro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5220068>. Acesso em: 23 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão. p. 8.

⁶¹³ STRECK, 2020e.

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ STRECK, 2018a, p. 276.

⁶¹⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 2429, de 2019. Regula a realização de testes de aptidão física em concurso público por candidata gestante. Autoria: Senador Fernando Bezerra Coelho. Brasília, DF: Senado Federal, [2019]. Disponível em:

em concurso público por candidata gestante, cuja aprovação pode significar uma tomada de decisão política a respeito do tema e a consequente mobilização institucional para que o seu cumprimento, mediante a criação de políticas públicas adequadas que confirmem densidade normativa e exigibilidade ao direito em análise.

Habeas corpus 143641: gestantes e mães presas preventivamente (2018)

Assunto: Habeas Corpus coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente⁶¹⁷.

Tema: proteção à maternidade e à infância

Resumo do caso:

Para o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, impetrante do *habeas corpus*, a prisão preventiva, ao confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários, tira delas o acesso a programas de saúde pré-natal, assistência regular na gestação e no pós-parto, e ainda priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento, constituindo-se em tratamento desumano, cruel e degradante, que infringe os postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de penas cruéis e, ainda, ao respeito à integridade física e moral da presa.

Decisão:

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 20/2/2018, DJe de 9/10/2018⁶¹⁸ A Segunda Turma, por maioria, concedeu a ordem em *habeas corpus*

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198849>. Acesso em: 23 jan. 2022.

⁶¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019, p. 112–113.

⁶¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 143641 São Paulo**. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Doutrina brasileira do habeas corpus. Máxima efetividade do writ. Mães e gestantes presas. Relações sociais massificadas e burocratizadas. Grupos sociais vulneráveis. Acesso à justiça. Facilitação. Emprego de remédios processuais adequados. Legitimidade ativa. Aplicação analógica da lei 13.300/2016. Mulheres grávidas ou com crianças sob sua guarda. Prisões preventivas cumpridas em condições degradantes. Inadmissibilidade. Privação de cuidados médicos pré-natal e pós-parto. Falta de berçários e creches. Adpf 347 mc/df. Ordem concedida. Extensão de ofício [...]. Impetrante: Defensoria Pública da União. Pacientes: todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro de

coletivo, impetrado em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade. Determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas no processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Estendeu a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições mencionadas acima.

Análise

Trata-se de um caso em que ecoam as discussões presentes desde a Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 347/DF⁶¹⁹ na qual o STF reconheceu a figura do “estado de coisas inconstitucional” com base na lesão a preceitos fundamentais referentes ao sistema penitenciário brasileiro provocada pela omissão dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Em comum, esses casos denotam uma atuação bem-intencionada por parte do Supremo Tribunal Federal que pode acabar encobrendo uma série de complicações maiores⁶²⁰, cercadas por um discurso de legitimidade da supremacia judicial com base na compreensão de que as supremas cortes são veículos de transmissão dos ideais

2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 25 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

⁶¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Sistema penitenciário nacional. Superlotação carcerária. Condições desumanas de custódia. Violação massiva de direitos fundamentais. Falhas estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Configuração. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Requeridos: União, Estados e Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 26 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

⁶²⁰ STRECK, 2018a, p. 275.

constitucionais para a sociedade⁶²¹. Existe, nesse quadro, o risco de um ativismo judicial revestido de caráter ideológico⁶²² (que pode existir mesmo que movido por ideais progressistas) ao fragilizar a autonomia do direito por sua intromissão na esfera política. Nesses casos, se mostra ainda mais importante o enfrentamento das três perguntas fundamentais como um conjunto de critérios que traçam um limite entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Nesse sentido, pergunta-se:

Primeira pergunta: há direito fundamental com exigibilidade?

Já na primeira pergunta, a respeito da exigibilidade do direito, aparece uma peculiaridade desse caso. É possível, sim, abstrair a exigibilidade da concessão da prisão domiciliar para condenadas gestantes, com filho menor ou deficiente físico ou mental, a partir de uma leitura conjugada tanto da proteção constitucional à maternidade e à infância constante no artigo 6º da CF/88 como do artigo 117 da Lei de Execuções Penais e do artigo 318 do Código de Processo Penal, a partir dos quais se pode concluir que existe uma definição desse direito tanto no plano constitucional como no plano infraconstitucional.

Uma questão que sobressai, contudo, diz respeito ao estabelecimento de critérios nesse julgamento que ultrapassam os limites dessa exigibilidade, como é o caso do critério que veda abstratamente a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, em se tratando de crime mediante emprego de violência ou grave ameaça, critério este que não está presente no artigo 117 da Lei de Execuções Penais, segundo o qual “somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante”.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, reconheceu a existência de três exceções: crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça; crimes perpetrados contra os próprios descendentes ou situações excepcionalíssimas, que devem ser verificadas caso a caso⁶²³.

⁶²¹ TASSINARI, 2016, p. 127.

⁶²² ABOUD, 2021b, p. 1548.

⁶²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 143641 São Paulo**. Habeas corpus coletivo. Admissibilidade. Doutrina brasileira do habeas corpus. Máxima efetividade do writ. Mães e gestantes presas. Relações sociais massificadas e burocratizadas. Grupos sociais vulneráveis. Acesso à justiça. Facilitação. Emprego de remédios processuais adequados. Legitimidade ativa. Aplicação analógica da lei 13.300/2016. Mulheres grávidas ou com crianças sob

Existe, portanto, uma dupla perspectiva na atuação do Supremo Tribunal Federal no caso: se por um lado reconheceu-se o amparo da prisão domiciliar a partir de uma exigibilidade no plano normativo, por outro, o Tribunal acabou criando critérios que desenham políticas que não atravessaram as outras instâncias de poder responsáveis por essa escolha no âmbito legislativo e executivo⁶²⁴.

Segunda pergunta: o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado?

A pergunta a respeito da possibilidade de universalização desse direito é central para a análise do presente caso, uma vez que existe aí uma questão de dogmática jurídica, como ressalta Lenio Streck⁶²⁵, sobre o dever de individualizar os sujeitos envolvidos no habeas corpus, sob pena de torná-lo abstrato. Explica-se: a concessão de *habeas corpus* coletivo em face do descumprimento dos dispositivos legais que tratam das condenadas gestantes e mães é pontual, diante das demais disposições legais que são reiteradamente desrespeitadas, como por exemplo o número de pessoas por cela e as condições de alimentação e higiene.

Nesse sentido, a necessidade de que a decisão judicial passe por uma criteriológica decisória que, no caso, evidenciam que mesmo diante de boas causas do Tribunal construiu uma decisão ad hoc na medida em que não passa pelo filtro da possibilidade de universalização⁶²⁶. Uma vez verificada a resposta negativa a essa pergunta fundamental, como defende Lenio Streck⁶²⁷, a consequência lógica que se apresenta é a caracterização do ativismo judicial, o que dispensa a análise acurada da terceira pergunta.

Resultado:

suá guarda. Prisões preventivas cumpridas em condições degradantes. Inadmissibilidade. Privação de cuidados médicos pré-natal e pós-parto. Falta de berçários e creches. Adpf 347 mc/df. Ordem concedida. Extensão de ofício [...]. Impetrante: Defensoria Pública da União. Pacientes: todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 25 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão. p. 7.

⁶²⁴ STRECK, 2018a, p. 276.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 275.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 277.

⁶²⁷ STRECK, 2020e.

Embora não se possa deixar de reconhecer o caráter assertivo do julgamento quanto ao estado prisional e ao desrespeito à Lei de Execuções Penais no Brasil, também é evidente que nesse caso existe uma tensão do Poder Judiciário com a Política, estando presente, como afirma Lenio Streck⁶²⁸, “uma mistura perigosa entre ativismo e judicialização da política” que torna ainda mais urgente o estabelecimento de limites às ingerências judiciais de teor abstrato nas atividades do Legislativo e do Executivo.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5592/DF: direito à saúde e o combate ao mosquito aedes aegypti (2019)

Assunto: Ação direta de inconstitucionalidade para conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1º, parágrafo 3º, inciso IV, da Lei 13.301/2016 de forma a assentar que o uso de aeronave para pulverização de inseticida contra o mosquito *Aedes aegypti* necessita da prévia aprovação da autoridade sanitária, exigindo-se ainda o pronunciamento da autoridade ambiental competente⁶²⁹.

Tema: saúde

Resumo do caso:

Trata-se de Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em 19.9.2016, contra o inc. IV do § 3º do art. 1º da Lei n. 13.301/2016 que dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika.

Decisão:

⁶²⁸ STRECK, 2018a, p. 275.

⁶²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatório de atividades 2019**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/2020_01_24_13.08_RelatoriodeAtividades2019_completo.pdf.p. 59.

O Tribunal, nos termos do voto médio do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação direta para dar interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, ao disposto no inciso IV do § 3º do artigo 1º da Lei nº 13.301/2016, para fixar o sentido segundo o qual a aprovação das autoridades sanitárias e ambientais competentes e a comprovação científica da eficácia da medida são condições prévias e inafastáveis à incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves, em atendimento ao disposto nos artigos 225, § 1º, incisos V e VII, 6º e 196 da Constituição da República⁶³⁰.

Análise

Primeira pergunta: há direito fundamental com exigibilidade?

No caso em tela a exigibilidade se dá por uma derivação do direito fundamental à saúde, representado no plano infraconstitucional pela norma impugnada em ação direta de inconstitucionalidade - inciso IV do § 3º do art. 1º da Lei n. 13.301/2016 - que estabelece:

“Art. 1º Na situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus chikungunya e do vírus da zika, a autoridade máxima do Sistema Único de Saúde – SUS de âmbito federal, estadual, distrital e municipal fica autorizada a determinar e executar as medidas necessárias ao controle das doenças causadas pelos referidos vírus, nos termos da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, e demais normas aplicáveis, enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN. [...]”

§ 3º São ainda medidas fundamentais para a contenção das doenças causadas pelos vírus de que trata o caput: [...]”

IV – permissão da incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves mediante aprovação das autoridades sanitárias e da comprovação científica da eficácia da medida”.

⁶³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5592 Distrito Federal**. Medidas de contenção das doenças causadas pelo aedes aegypti. Artigo 1º, §3º, inciso iv da lei n. 13.301, de 27 de junho de 2016. Permissão da incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves mediante aprovação das autoridades sanitárias e da comprovação científica da eficácia da medida. [...] Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 11 de setembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5054307>. Acesso em: 26 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

Segunda pergunta: o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado?

Uma vez que a concretização do direito fundamental à saúde traduz um benefício coletivo, apesar de existir uma fruição individual, existe uma condição de solidariedade na proteção da saúde enquanto bem jurídico. Há, portanto, um dever do Estado em promover uma tutela universalizável do direito à saúde. No caso em análise, existe um risco que deve ser avaliado, que diz respeito ao uso de substâncias sem o embasamento de estudos aprofundados⁶³¹. Por esse motivo, o Tribunal condicionou a universalização da medida à prévia aprovação das autoridades sanitárias e ambientais competentes bem como à comprovação científica da sua eficácia.

Terceira pergunta: há transferência ilegal/inconstitucional de recursos que fere a igualdade/isonomia?

No caso em tela, a precaução e a gestão do risco não somente à saúde dos cidadãos, mas também ao meio ambiente equilibrado justifica a necessidade de uma avaliação da segurança e eficácia das substâncias utilizadas no combate ao vírus da dengue, chikungunya e ao vírus da zika. Sendo assim, os custos dessa avaliação não constituem uma alocação indevida de recursos na medida em que são indispensáveis à implementação da medida.

Em raciocínio contrário, seria possível afirmar que a falta dessas condições prévias, essa sim, significaria a transferência ilegal/inconstitucional de recursos, na medida em que constitui um risco à população. Por esse motivo, em controle de constitucionalidade abstrato, o Supremo Tribunal Federal condicionou a constitucionalidade da norma impugnada a condições prévias com caráter de precaução.

⁶³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5592 Distrito Federal**. Medidas de contenção das doenças causadas pelo aedes aegypti. Artigo 1º, §3º, inciso iv da lei n. 13.301, de 27 de junho de 2016. Permissão da incorporação de mecanismos de controle vetorial por meio de dispersão por aeronaves mediante aprovação das autoridades sanitárias e da comprovação científica da eficácia da medida. [...] Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 11 de setembro de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5054307>. Acesso em: 26 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão. p. 4.

Resultado:

Nesse caso, a partir das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito e da resposta obtida, é possível concluir pela judicialização da política e a consequente inoportunidade de ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade abstrato.

RE 657718/MG, RE 566.471, ADI 5501 e RE 1165959/SP: direito à saúde e medicamentos sem registro na agência nacional de vigilância sanitária - Anvisa (2019)

Assunto: obrigação do Estado de fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)⁶³².

Tema: saúde

Resumo do caso: o recurso extraordinário 657718/MG foi interposto em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível no 1.0145.09.567017-3/002, no qual o Tribunal entendeu que, apesar de o direito à saúde encontrar previsão nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, não se pode obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, sob pena de vir a praticar autêntico descaminho. A decisão recorrida enfatizou ainda a competência do administrador público para gerir de maneira proba e razoável os recursos disponíveis.

Decisão:

O julgamento do Recurso Extraordinário 657718/MG, começado em 2016 e retomado em 2019, concluiu pela constitucionalidade do artigo 19-T da Lei 8.080/1990, que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela Anvisa. Isso determinou um posicionamento geral: em regra, o Estado não é obrigado a fornecer, por via judicial, medicamentos que não foram previamente registrados na Anvisa. O motivo desse registro é de interesse público: ele é dirigido à eficácia, segurança e qualidade dos medicamentos comercializados em território

⁶³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 63.

brasileiro. Não se trata, portanto, de trâmite exclusivamente burocrático, mas de tutela do direito à saúde numa perspectiva coletiva.

Em virtude dessa tutela, a Lei nº 6.360/76 proibiu a industrialização, exposição à venda e entrega ao consumo de qualquer medicamento antes de registrado no Ministério da Saúde (art. 12 c/c art. 1º), bem como previu requisitos específicos para a obtenção do registro, tais como o reconhecimento, por meio de comprovação científica e de análise, de que o produto seja seguro e eficaz para o uso a que se propõe, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias (art. 16, II).

Conforme o que foi decidido no mencionado recurso extraordinário, algumas situações suscitam a prioridade do atendimento à demanda que tem lastro no direito à saúde em detrimento dessa tutela coletiva por segurança (assentada formalmente no registro da Anvisa). Essas situações tem como elemento comum a demora desproporcional da Anvisa em apreciar o registro, que deve ser aliada a três requisitos para fundamentar a concessão do medicamento: a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Além disso, na mesma ocasião fixou-se o entendimento de que as ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União⁶³³.

Análise

Primeira pergunta: há direito fundamental com exigibilidade?

A primeira pergunta que se coloca concerne à exigibilidade do direito fundamental envolvido. Nesse aspecto, torna-se relevante apontar que a Lei nº 6.360/76, em seu art. 12 c/c art. 1º, proíbe a comercialização de medicamentos antes do seu registro na Anvisa que é a autoridade competente, motivo que fundamenta a inexigibilidade do direito pleiteado.

⁶³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 657718/MG**. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 29 jan. 2022.

Segunda pergunta: o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado?

Na medida em que o fornecimento de medicamentos é deslocado das demais instâncias do poder público para que seja viabilizado judicialmente, existe um risco à própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. Esse ponto foi reconhecido no julgamento, reforçando a impossibilidade de autorização genérica para o fornecimento de medicamentos não autorizados pela Anvisa, sob pena de casuísmo e concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da população, motivo pelo qual essa autorização não é universalizável⁶³⁴.

Terceira pergunta: há transferência ilegal/inconstitucional de recursos que fere a igualdade/isonomia?

A terceira pergunta questiona se a alocação de recursos fere a igualdade e isonomia. Esse ponto também foi abordado na decisão do RE 657718/MG pelo Ministro Alexandre de Moraes que expôs o fato de que a excessiva judicialização da matéria não tem sido bem-sucedida. Isso porque as liminares que concedem medicamentos por via judicial acabam por retirar valores que poderiam ser destinados ao planejamento de políticas públicas voltadas a toda a coletividade. Torna-se fundamental o estabelecimento de critérios para que não se instaure um estado que ignore a universalidade em detrimento da seletividade, em que aqueles que obtêm uma decisão judicial acabam tendo preferência em relação a toda uma política pública planejada⁶³⁵.

⁶³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 657718/MG**. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 29 jan. 2022. p. 7-8.

⁶³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 657718/MG**. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 29 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão. p. 4.

Resultado:

Diante do exposto, denota-se o acerto da decisão analisada no sentido do estabelecimento de um panorama geral de indeferimento nos casos em que se demande judicialmente medicamentos não registrados na Anvisa. Isso se sustenta tanto em virtude dos argumentos que compõem a fundamentação da decisão, mas também em face da resposta obtida pela aplicação das três perguntas fundamentais que aparecem como critérios pela Crítica Hermenêutica do Direito para uma fundamentação judicial constitucionalmente adequada.

Sendo assim, é possível concluir pela judicialização da política e a consequente inocorrência de ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal.

Os fundamentos utilizados e a análise dessa decisão também se aplicam aos seguintes processos que foram posteriormente julgados pelo Supremo Tribunal Federal na condição de casos notórios:

Recurso Extraordinário 566.471 (2020)

Assunto: Dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do Sistema Único de Saúde (SUS)⁶³⁶.

Tema: saúde

Decisão: Ainda pendente a fixação da tese no Tema 6 da Repercussão Geral, o Plenário finalizou o julgamento do Leading case, decidindo que o Poder Público não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo nem se deferidos por ordem judicial, quando não estiverem previstos na relação do “Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional”, do SUS.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 (2020)

Assunto: Previsão legal de distribuição de medicamento sem registro⁶³⁷.

Tema: saúde

⁶³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatório de atividades 2020**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021. p. 83.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 86.

Decisão: O Congresso Nacional não pode autorizar, atuando de forma abstrata e genérica, a distribuição de medicamento. O direito à saúde não será plenamente concretizado se o Estado deixar de cumprir a obrigação de assegurar a qualidade de droga mediante rigoroso crivo científico.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.779 (2021)

Assunto: Inconstitucionalidade da Lei Federal que permitiu a produção e a comercialização de medicamentos anorexígenos não recomendados pela Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa)⁶³⁸.

Tema: saúde

Decisão: com relatoria do ministro Nunes Marques, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional a Lei 13.454/2017, que autorizava a produção, a comercialização e o consumo dos inibidores de apetite sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol. Para a maioria do colegiado, a norma, ao contrariar recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e autorizar a produção das substâncias, não protege de maneira eficiente o direito à saúde e ofende o princípio da proibição do retrocesso social, que impossibilita a adoção de medidas que visem revogar direitos sociais já consagrados na ordem jurídica.

Ação Cível Originária 3473/DF: COVID-19 e financiamento dos leitos de UTI (2021)

Assunto: Covid-19, leitos de UTI e custeio e financiamento pela União⁶³⁹.

Tema: saúde

Resumo do caso: Trata-se de tutela de urgência em ação cível originária proposta pelo Estado do Maranhão contra a União Federal, alegando o abandono do custeio, pela ré, da manutenção dos leitos de UTI necessários ao enfrentamento da pandemia da COVID-19. O requerente alegou que não obstante o notório

⁶³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatório de atividades 2021**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022b. p. 49.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 82–83.

recrudescimento das taxas de internação decorrentes do Coronavírus, o número de leitos de UTI custeados pela União vinha sendo reduzido sem justificativa razoável nos últimos meses. Destaca, com base em dados do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, que, em janeiro de 2021, havia 7.017 leitos de UTI financiados pelo Ministério da Saúde e, em fevereiro, 3.187 leitos, contra os 12.003 leitos habilitados em dezembro de 2020. No mérito, requer a confirmação da tutela provisória, com determinação para que os seus efeitos perdurem enquanto vigente a situação de emergência sanitária da COVID-19⁶⁴⁰.

Decisão:

O plenário referendou a medida liminar concedida pela ministra Rosa Weber, afirmando que a súbita modificação da sistemática de distribuição dos imunizantes contra Covid-19 pela União — com abrupta redução do número de doses — evidencia a possibilidade de frustração do planejamento sanitário estabelecido pelos entes federados.

Dessa forma, decidiu o Tribunal que as condições da saúde pública decorrentes da calamidade provocada pelo novo Coronavírus, agravadas pelo recrudescimento da pandemia em todo território nacional, desautorizam qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, especialmente a supressão de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União. Isso significa que, comprovada a omissão estatal e identificado o gerenciamento errático em situação de emergência, como a que ora se apresenta, é viável a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcados constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (CF, arts. 6º e 196). A tutela de urgência foi então deferida para: (i) determinar à União Federal que analise, imediatamente, os pedidos de habilitação de novos leitos de UTI formulados pelo Estado requerente junto ao Ministério da Saúde; (ii) determinar à União que restabeleça, imediatamente, de forma proporcional às outras unidades federativas, os leitos de UTI destinados ao tratamento da Covid-19 no Estado requerente que estavam habilitados (custeados) pelo Ministério da Saúde até dezembro de 2020, e que foram reduzidos nos meses de janeiro e fevereiro

⁶⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamentos de Especial Relevância (2021)**. Brasília, 2022a. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF&pagina=julgamentos_especial_relevancia_2021. Acesso em: 4 fev. 2022.

de 2021; (iii) determinar à União Federal que preste suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTI's no Estado requerente, de forma proporcional às outras unidades federativas, em caso de evolução da pandemia⁶⁴¹.

Análise

Primeira pergunta: há direito fundamental com exigibilidade?

A manutenção dos leitos de UTI pleiteada pelo Estado do Maranhão tem amparo em um dever de melhor realização do direito à saúde por parte dos entes competentes. No caso em tela, o papel da União de planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, além de derivas do direito fundamental à saúde, tem previsão expressa no art. 21, XVIII, da Constituição Federal de 1988.

Segunda pergunta: o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado?

Considerando a circunstância de pandemia que atinge todo o território nacional, se mostra ainda mais urgente a necessidade de medidas coordenadas e, conseqüentemente, universalizáveis. Nesse contexto, encontra guarida o pleito do autor, uma vez que um retrocesso nas políticas públicas de saúde que resulta em decréscimo no número de leitos de UTI habilitados (custeados) pela União não é constitucionalmente aceitável, motivo pelo qual o Tribunal interviu para assegurar uma distribuição proporcional dos leitos de UTI entre as unidades federativas⁶⁴².

⁶⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária 3473/DF**. Direito social à saúde (cf, arts. 6º e 196). Pandemia do novo coronavírus. Covid-19. Comprovação, por meio de estudos técnicos qualificados, do recrudescimento da crise de saúde pública no Brasil. Aumento do número de estados em zona de alerta crítico (mais de 80% dos leitos de UTI ocupados). Inércia da União Federal no desempenho das funções institucionais de exercer a coordenação nacional do enfrentamento ao estado de emergência de saúde pública e de prover auxílio técnico e financeiro aos entes subnacionais na execução e formulação de políticas sanitárias. [...] Autor: Estado do Maranhão. Réu: União. Relatora: Ministra Rosa Weber, 08 de abril de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6107487>. Acesso em: 30 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

⁶⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária 3473/DF**. Direito social à saúde (cf, arts. 6º e 196). Pandemia do novo coronavírus. Covid-19. Comprovação, por meio de estudos técnicos qualificados, do recrudescimento da crise de saúde pública no Brasil. Aumento do número de estados em zona de alerta crítico (mais de 80% dos leitos de UTI ocupados). Inércia da União Federal no desempenho das funções institucionais de exercer a coordenação nacional do enfrentamento ao estado de emergência de saúde pública e de prover auxílio técnico e financeiro aos entes subnacionais na execução e formulação de políticas sanitárias. [...] Autor: Estado do Maranhão. Réu: União. Relatora: Ministra Rosa Weber, 08 de abril de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6107487>. Acesso em: 30 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

Terceira pergunta: há transferência ilegal/inconstitucional de recursos que fere a igualdade/isonomia?

A questão da isonomia na distribuição de recursos é um ponto muito caro ao presente caso, uma vez que a ação tem como objetivo justamente a imposição de parâmetros mínimos de coordenação das ações por parte da União, bem como a igualdade na distribuição de recursos entre as unidades federativas.

Nesse sentido, o voto da relatora comporta o argumento de que o federalismo de cooperação impõe ao Governo Federal o papel de planejar e coordenar ações integradas de segurança sanitária e epidemiológica no enfrentamento à pandemia de COVID-19, o que significa uma obrigação de apoio logístico e financiamento aos órgãos regionais e locais de saúde pública. Esse papel legitima a interferência judicial para a concretização do direito social à saúde, cujas ações e serviços são marcadas constitucionalmente pelo acesso igualitário e universal (arts. 6º e 196, CF/88).

Resultado:

O caso analisado evidencia uma situação recorrente na qual o Direito chega tarde, de modo que o Judiciário é instado a apresentar uma resposta a um problema que começa com posturas omissivas dos demais poderes. Nesse contexto, agravado após a pandemia de COVID-19, não se trata somente de uma questão de eficiência na gestão de recursos, mas sim da necessidade de proteção à dignidade, igualdade e solidariedade enquanto princípios que devem conformar o acesso aos serviços públicos de saúde⁶⁴³.

Nesse panorama, a partir da aplicação das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, é possível concluir pela judicialização da política e a consequente incoerência de ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ação Cível Originária 3518/DF: COVID-19 e distribuição de vacinas (2021)

⁶⁴³ STRECK, L. L. *et al.* Eugenia à brasileira: inconstitucionalidade de normas hierárquicas de saúde. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-01/opiniao-covid-19-eugenia-brasileira?imprimir=1>

Assunto: Covid-19: distribuição de vacinas e planejamento sanitário⁶⁴⁴.

Tema: saúde

Resumo do caso:

Trata-se de ação cível originária com pedido de tutela de urgência ajuizada pelo Estado de São Paulo contra a União, em que este noticia a ocorrência de uma súbita alteração na sistemática de distribuição de vacinas que lhe seriam atribuídas pelo Ministério da Saúde, divulgada após 15 dias da data da alteração dos critérios vigentes.

Sustentou o autor, em suma, que a abrupta redução do número de doses de vacinas que seriam destinadas ao Estado de São Paulo, além de ser injustificável, acarreta considerável prejuízo para o programa de imunização de sua população, tornando inexecutável o cumprimento do cronograma de vacinação já tornado público.

Decisão:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) referendou medida cautelar deferida pelo ministro Ricardo Lewandowski para que a União assegure ao Estado de São Paulo a remessa necessária da segunda dose das vacinas contra a COVID-19, a fim de completar a imunização das pessoas que já tomaram a primeira.

Segundo a decisão unânime, o quantitativo referente à segunda dose das vacinas em SP deve ser enviado ao estado dentro do prazo estipulado nas bulas dos fabricantes e autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

Ao acompanhar o voto do relator, o Plenário considerou o número de novos casos de infecção no estado de SP, tanto em pessoas não vacinadas como nas que receberam apenas uma dose. Conforme apontado pelo ministro Lewandowski, houve um registro de aumento de 60% de casos confirmados da variante Delta do coronavírus entre 10 e 11 de agosto.

Assim, o relator observou que eventual omissão do governo federal em relação à imunização poderá frustrar a confiança do Estado de São Paulo no planejamento

⁶⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2022a.

sanitário anteriormente estabelecido pelo Ministério da Saúde e da população que aguarda a complementação vacinal⁶⁴⁵.

Análise

Primeira pergunta: há direito fundamental com exigibilidade?

Como decorrência do direito fundamental à saúde e da cobertura vacinal proporcionada pelo Sistema Único de Saúde, o julgamento reconheceu o direito subjetivo à segunda dose, imprescindível para a eficácia da imunização contra a COVID-19. Dessa forma, a obediência ao prazo estabelecido pelos fabricantes das vacinas para a aplicação da segunda dose do imunizante, fator considerado inclusive no processo da sua aprovação pela Anvisa, é condição de possibilidade para a proteção a esse direito⁶⁴⁶.

Segunda pergunta: o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado?

Nesse caso, a universalização do direito à vacinação, incluindo a segunda dose, é uma condição fundamental para que se preserve não somente a igualdade/isonomia na cobertura vacinal da população, mas também a própria eficácia dessa cobertura. Por esse motivo existe um planejamento sanitário previamente estabelecido que gerou para os Estados-membros uma expectativa legítima de confiança na sistemática de distribuição dos imunizantes, frustrada por sua súbita modificação⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária 3518/DF**. Tutela de urgência em ação cível originária. Concessão monocrática. Alteração da política nacional de distribuição de vacinas. Informação prévia e tempestiva aos entes federados. Direito subjetivo à segunda dose. Princípio da proteção da confiança legítima. Medida cautelar referendada pelo plenário. Autor: Estado de São Paulo. Réu: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 15 de setembro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6235708>. Acesso em: 31 jan. 2022. Inteiro teor.

⁶⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária 3518/DF**. Tutela de urgência em ação cível originária. Concessão monocrática. Alteração da política nacional de distribuição de vacinas. Informação prévia e tempestiva aos entes federados. Direito subjetivo à segunda dose. Princípio da proteção da confiança legítima. Medida cautelar referendada pelo plenário. Autor: Estado de São Paulo. Réu: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 15 de setembro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6235708>. Acesso em: 31 jan. 2022. Inteiro teor. p. 7.

⁶⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária 3518/DF**. Tutela de urgência em ação cível originária. Concessão monocrática. Alteração da política nacional de distribuição de vacinas. Informação prévia e tempestiva aos entes federados. Direito subjetivo à segunda dose. Princípio da proteção da confiança legítima. Medida cautelar referendada pelo plenário. Autor: Estado de São Paulo. Réu: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 15 de setembro de 2021.

Terceira pergunta: há transferência ilegal/inconstitucional de recursos que fere a igualdade/isonomia?

Essa questão foi levada em conta para a concessão da liminar pelo relator, ministro Ricardo Lewandowski, assegurando ao Estado a remessa de quantidade suficiente à imunização complementar da população dentro do prazo estipulado nas bulas das vacinas e na autorização da Anvisa.

Nesse sentido, o planejamento sanitário é entendido como aspecto fundamental para que o Estado consiga atender à demanda pelas vacinas sem ferir a igualdade/isonomia na alocação de recursos. Isso porque o cumprimento dos mandamentos constitucionais relativos aos direitos sociais, nos quais se inclui o direito à saúde, exige um planejamento que defina as diretrizes para a alocação de recursos escassos, estabelecido pelos órgãos com atribuição para a elaboração de políticas públicas⁶⁴⁸.

Resultado:

O caso analisado revela a importância de uma atuação judicial que preserve a autonomia do Direito para que a decisão judicial não se confunda com a escolha política. Essa escolha, nesse caso, é representada pelo planejamento sanitário, fundamental para o sucesso da cobertura vacinal no Brasil.

Nesse panorama, a partir da aplicação das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, é possível concluir pela judicialização da política e a consequente incoerência de ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal.

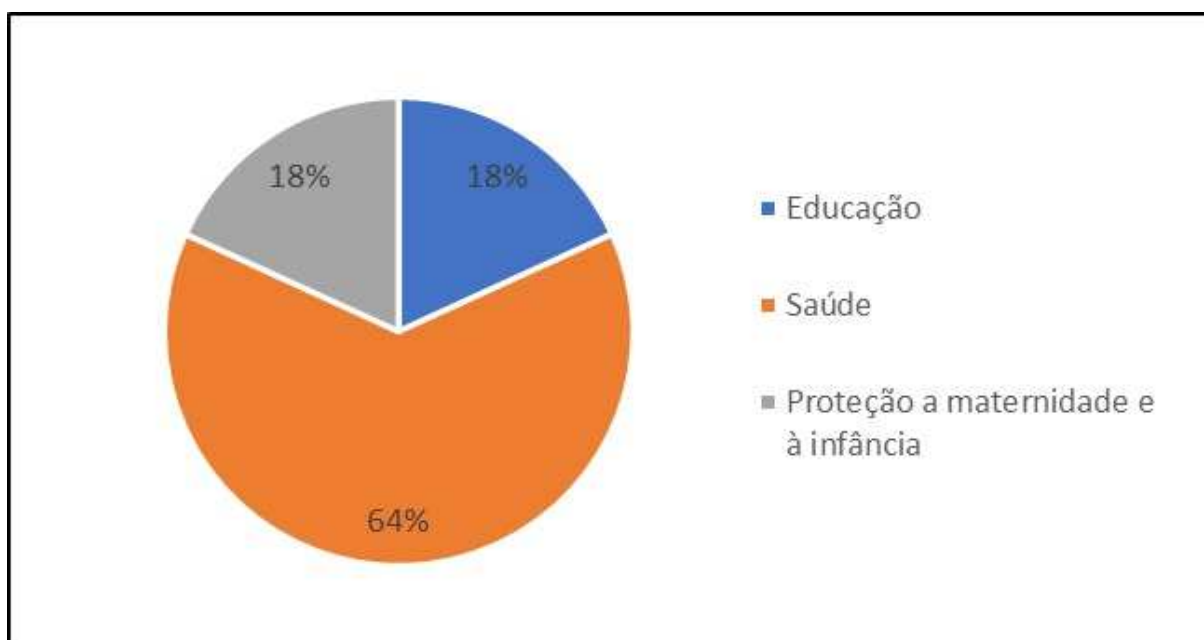
Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6235708>. Acesso em: 31 jan. 2022. Inteiro teor. p. 7.

⁶⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária 3518/DF**. Tutela de urgência em ação cível originária. Concessão monocrática. Alteração da política nacional de distribuição de vacinas. Informação prévia e tempestiva aos entes federados. Direito subjetivo à segunda dose. Princípio da proteção da confiança legítima. Medida cautelar referendada pelo plenário. Autor: Estado de São Paulo. Réu: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 15 de setembro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6235708>. Acesso em: 31 jan. 2022. Inteiro teor. p. 15.

6.2. Resultados da análise de casos

Os resultados na análise proposta no tópico anterior foram condensados de modo a ilustrar graficamente os casos analisados, que se dividiram entre a temática dos direitos sociais, incluindo os direitos à educação, saúde e a proteção constitucional à maternidade e à infância na seguinte proporção:

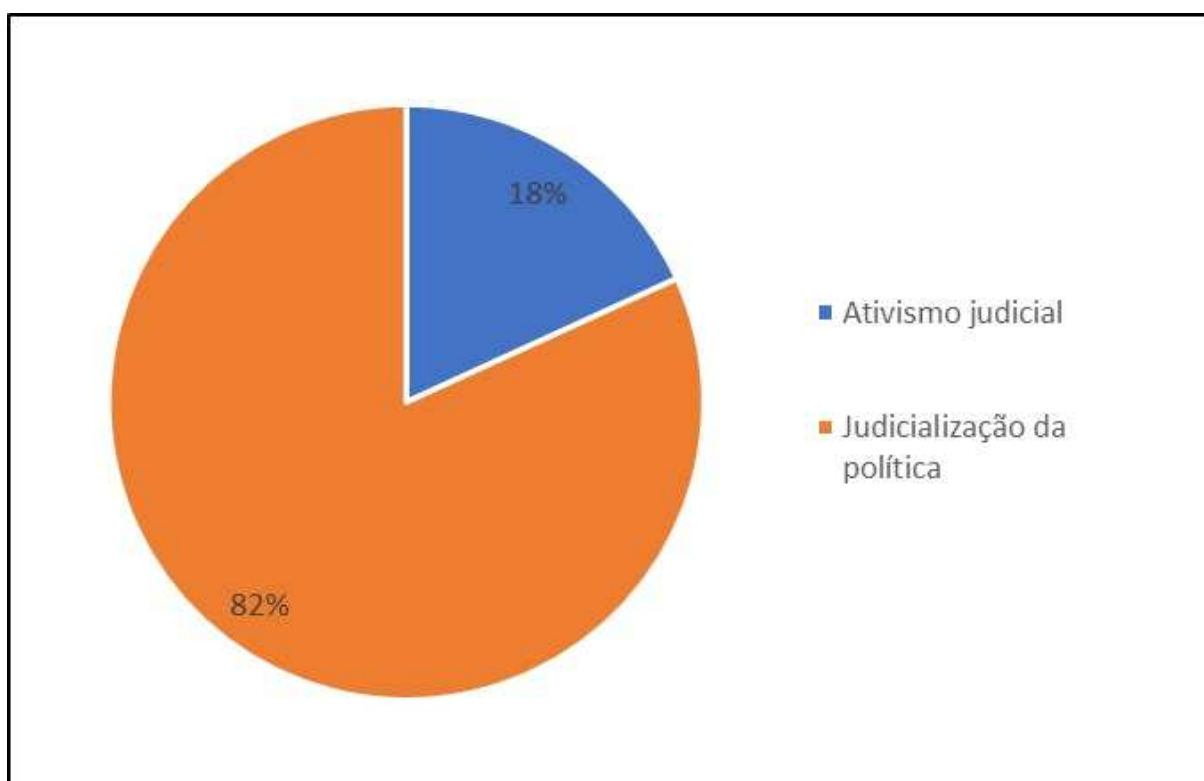
Gráfico 1 - Casos selecionados por tema



Fonte: Elaborada pela autora.

Nesse universo, a partir da aplicação das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, foi obtido como resultado a porcentagem de 18% de situações em que se verificou a manifestação do ativismo judicial no caso em análise, conforme aponta o gráfico a seguir.

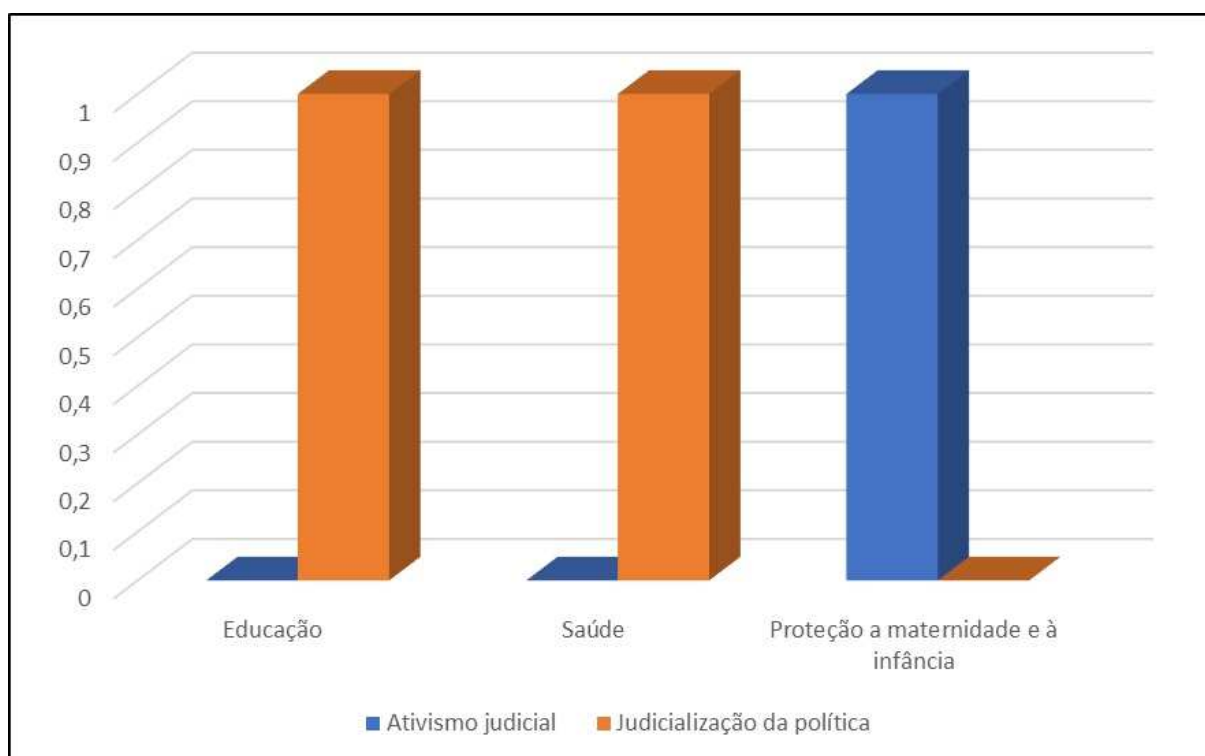
Gráfico 2 - Ocorrência de ativismo judicial e de judicialização da política a partir da aplicação das três perguntas fundamentais da CHD



Fonte: Elaborada pela autora.

Em análise mais detalhada, o gráfico descreve a incidência de ativismo judicial levando em consideração as temáticas presentes nos casos selecionados:

Gráfico 3 - Ocorrência de ativismo judicial e de judicialização da política nos casos selecionados separados por tema



Fonte: Elaborada pela autora.

A tabela a seguir sintetiza as principais informações sobre os casos selecionados, cuja análise fomenta o debate presente no próximo tópico, em que parte para um quadro mais abrangente a respeito do fenômeno do ativismo judicial no Brasil.

Tabela 1 – Casos Selecionados

Ano	Tema	Numero	Assunto	Análise
2018	Educação	RE 888815	Homeschooling	Judicialização da política
	Educação	RE 601580	Matrícula de servidor público transferido em instituição pública de ensino	Judicialização da política
	Proteção a maternidade e à infância	RE 1058333	Concurso público e remarcação de teste de aptidão física para candidata gestante	Ativismo judicial
	Proteção a maternidade e à infância	HABEAS CORPUS 143641	Gestantes e mães presas preventivamente	Ativismo judicial
2019	Saúde	ADI 5592/DF	Direito à saúde e o combate ao mosquito aedes aegypti	Judicialização da política
	Saúde	RE 657718/MG, RE 566.471, ADI 5501 e RE 1165959/SP	Direito à saúde e medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)	Judicialização da política
2020	Saúde	RE 566.471	Dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do Sistema Único de Saúde (SUS).	Judicialização da política
	Saúde	ADI 5.501	Previsão legal de distribuição de medicamento sem registro	Judicialização da política
2021	Saúde	ADI 5.779	Inconstitucionalidade da Lei Federal que permitiu a produção e a comercialização de medicamentos anorexígenos não recomendados pela Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa)	Judicialização da política
	Saúde	ACO 3473/DF	Covid-19, leitos de UTI e custeio e financiamento pela União	Judicialização da política
	Saúde	ACO 3518/DF	Covid-19: distribuição de vacinas e planejamento sanitário	Judicialização da política

6.3. A resistência hermenêutica pela CHD: por que precisamos falar sobre ativismo judicial

Maio de 2017. Tribunal Regional Federal da 4^a Região. O Juizado Especial Federal concedeu licença paternidade de 180 dias (mesmo período da genitora) a um servidor do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, decisão confirmada pela Turma Recursal. Na decisão, o juiz federal reconhece que o assunto não foi tratado em lei, justificando o deferimento da prestação nos cuidados exigidos pelo desenvolvimento simultâneo dos bebês, que não poderiam ser atendidos unicamente pela mãe sem prejuízo integral dos recém-nascidos⁶⁴⁹.

Lenio Streck se insurgiu contra a decisão alertando para a ocorrência do ativismo judicial diante da inexigibilidade do direito concedido, ou seja, pela ausência de previsão legal ou constitucional que desse densidade normativa ao direito pleiteado, colocando em pauta a primeira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito: existe direito fundamental exigível? Além disso, pergunta pela possibilidade de universalização do direito (segunda pergunta fundamental) no título do seu texto: todos os brasileiros pais de gêmeos ganharão cento e oitenta dias de licença⁶⁵⁰?

Novembro de 2020. Supremo Tribunal Federal. O Plenário do STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 611874 no qual um candidato adventista demandava a alteração do teste de aptidão física do sábado para o domingo, decidiu a favor da possibilidade de alteração de etapas de concurso público em razão de crença religiosa. Na ocasião, prevaleceu a tese de que é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivos de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da alteração e a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à administração pública que deverá decidir de maneira fundamentada⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Justiça Federal concede licença-paternidade de 180 dias a pai de gêmeas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-03/justica-concede-licenca-paternidade-180-dias-pai-gemeas?imprimir=1>

⁶⁵⁰ STRECK, L. L. Todos os brasileiros pais de gêmeos ganharão 180 dias de licença? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/senso-incomum-todos-brasileiros-pais-gemeos-ganharao-180-dias-licenca?imprimir=1>

⁶⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 611874/DF**. Direito constitucional e administrativo. Mandado de segurança. Pretendida autorização para realização de etapa de concurso público em horário diverso daquele determinado pela comissão organizadora do

Novamente, Lenio Streck⁶⁵² se insurgiu contra a decisão: a partir das três perguntas fundamentais da CHD, o autor concluiu pela ocorrência do ativismo judicial na decisão do Supremo Tribunal Federal. Na primeira pergunta, pela presença de direito fundamental exigível, Streck constata a inexigibilidade do direito pela ausência de lastro normativo que fundamentasse o direito à realização do teste em horário alternativo, que tem como consequência lógica o fato de que o seu deferimento representa a criação judicial do direito. Na segunda pergunta, pela possibilidade de sua universalização, o autor aponta para a multiplicidade de convicções religiosas que torna impossível para administração pública manejar esses interesses, de modo que atender a todos eles pode significar a impossibilidade de realização da prova. Na terceira pergunta, sobre a igualdade/isonomia na alocação de recursos, o autor denuncia o custo gerado para o Estado ao alterar o andamento programado do concurso público para o atendimento a demandas individuais.

Abril de 2021. 2º Juizado Especial da Fazenda Pública de Belém - PA⁶⁵³. Em sede de tutela de urgência, o autor pede que seja determinada a sua internação imediata para realização de cirurgia com o uso de procedimentos terapêuticos que respeitem a sua liberdade religiosa, quais sejam a autotransfusão sanguínea, anestesia total endovenosa e equipamento potencial evocado somatossensitivo. No pleito, alega liberdade religiosa, afirmando que a transfusão de sangue é vedada por sua religião.

Dessa vez, a aplicação das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito pela juíza Andrea Ferreira Bispo que, ao analisar o caso, afirmou a inexigibilidade do direito uma vez que o direito à saúde e à liberdade religiosa não significam automaticamente a obtenção desse tipo de tutela. Quanto à segunda pergunta fundamental, a juíza alegou que o tratamento de saúde prestado pelo Sistema Único de Saúde precisa de protocolos estabelecidos de forma universal e igualitária, ausente no caso. Quanto à terceira pergunta fundamental, a decisão

certame por força de crença religiosa. Princípios constitucionais em conflito. Repercussão geral reconhecida. Mérito. Violação ao direito de igualdade. Recurso não provido. Recorrente: União. Recorrido: Geismário Silva dos Santos. Relator: Ministro Dias Toffoli, 26 de novembro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3861938>. Acesso em: 02 fev. 2022. Inteiro teor do acórdão.

⁶⁵² STRECK, 2020e.

⁶⁵³ PARÁ. Tribunal de Justiça. 2º Juizado Especial da Fazenda Pública de Belém. **Procedimento do Juizado Especial Cível nº 0823428-49.2021.8.14.0301**. Reclamante: Aduauto Goncalves Custodio. Reclamados: Estado do Pará, Município de Belém, Município de Breves. Juíza: Andrea Ferreira Bispo, 14 de abril de 2021.

afirma a impossibilidade de transferência de recursos que devem ser utilizados universalmente para o tratamento de uma única pessoa, mediante a contratação de médicos e aquisição de equipamentos específicos para a realização do procedimento. Nesse panorama, a decisão indeferiu o pedido de tutela de urgência com fundamento na resposta negativa às três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito.

Novembro de 2021. Supremo Tribunal Federal. Por unanimidade, o Plenário do STF reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 1348854/SP⁶⁵⁴ que trata da constitucionalidade da extensão da licença maternidade, prevista no art. 7º, XVIII, da CF/88 e regulamentada pelo art. 207 da Lei 8.112/1990, ao pai solteiro servidor público, em face dos princípios da isonomia (art. 5º, I, CF), da legalidade (art. 37, caput, CF), e da proteção integral da criança com absoluta prioridade (art. 227 da CF), bem como ante o art. 195, § 5º, da CF, que dispõe que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Em circularidade tipicamente hermenêutica, Lenio Streck⁶⁵⁵ retorna ao assunto, dessa vez para fazer um alerta sobre a decisão que está por vir. Propondo a primeira pergunta, que indaga pela exigibilidade do direito, o autor denuncia o ativismo judicial na decisão recorrida pela concessão do direito sem autorização legal, em vista da falta de um aparato normativo que conferisse o direito à licença. Na segunda pergunta, onde o problema encontra uma nuance ainda mais grave, o autor propõe o questionamento sobre a viabilidade da adoção desse entendimento em outros espaços, ou seja, se somente o Estado estaria compelido a suportar esse ônus, hipótese na qual surgiria uma situação grave em que “o Judiciário interfere na agenda estatal para determinar a concessão de direito que, desse modo, são privilégios”⁶⁵⁶. Prosseguindo no objetivo de testar o argumento, sobre a alocação de recursos e a preservação da igualdade/isonomia, Streck debate o custo gerado para o Estado ao ampliar um benefício para além dos limites da sua previsão legal/constitucional.

⁶⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1348854/SP**. Recurso extraordinário. Licença-maternidade. Extensão ao pai solteiro, servidor público. Constitucionalidade. Repercussão geral reconhecida. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Recorrido: Marco Antonio Alves Ribeiro. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 18 de novembro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6265210>. Acesso em: 02 fev. 2022. Inteiro teor.

⁶⁵⁵ STRECK, 2021b.

⁶⁵⁶ *Ibid.*

Quatro casos, dois deles no Supremo Tribunal Federal. Circunstâncias diferentes ligadas por uma questão em comum: o problema do ativismo judicial. Um olhar mais aprofundado, contudo, vai constatar que não é só isso: nos quatro casos acima mencionados, a Crítica Hermenêutica do Direito aparece como uma proposta de enfrentamento ao problema do ativismo judicial. A seleção desses casos privilegiou situações que melhor se conectam o recorte de pesquisa da presente tese, visto que muitos outros poderiam ser acrescentados com o objetivo de demonstrar o que aqui se pretende reconhecer, que é a existência de uma “cruzada hermenêutica” por parte da Crítica Hermenêutica do Direito, capitaneada por Lenio Streck, na interdição do ativismo judicial.

Com isso se quer dizer que a Crítica Hermenêutica do Direito assumiu um patamar científico de verdadeira matriz teórica⁶⁵⁷. Essa matriz funcionou, inclusive, como referencial para a construção de inúmeras teses e dissertações no país, amparadas no conjunto de pressupostos epistemológicos que aliam a hermenêutica filosófica de Gadamer à teoria interpretativista de Dworkin, com um aparato conceitual composto por categorias e definições próprias (nas quais se inserem as três perguntas fundamentais), além de um método determinado: o “método” fenomenológico hermenêutico.

Esse último exerce a função de ferramenta para que se revolva o chão linguístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno, como se esse fosse “descascado” e tem sido utilizado em grande parcela das dissertações e teses, especialmente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos⁶⁵⁸. Foi o que se procurou fazer nessa tese, com o desdobramento de um lastro teórico e principiológico para as três perguntas fundamentais da CHD que fornecem elementos para a sua constatação no plano jurisprudencial, visto no decorrer desse capítulo.

Esse motivo poderia por si só justificar a necessidade urgente de continuar debatendo o ativismo judicial no Brasil, e mais ainda, a se insurgir contra ele por meio de um constrangimento epistemológico. Esse constrangimento é representado por Lenio Streck como o “fator Julia Roberts”, ao se referir à personagem interpretada pela

⁶⁵⁷ TRINDADE; DE OLIVEIRA, 2017, p. 325.

⁶⁵⁸ STRECK, L. L. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020d. p. 103.

atriz no filme Dossiê Pelicano, no qual ela afirma, para a surpresa do seu professor em Harvard, que a Suprema Corte norte-americana errou⁶⁵⁹. Nesse sentido, a doutrina jurídica deve ultrapassar a condição de mera reprodutora das decisões dos tribunais para exercer o seu papel prescritivo, ou seja, executar a sua tarefa de apontar equívocos oferecendo uma crítica aos que detém o poder de dizer e construir o direito⁶⁶⁰.

Ocorre que a insurgência contra o ativismo judicial enquanto caudatário de uma atuação judicial discricionário e, portanto, arbitrária, precisa considerar o fenômeno do ativismo judicial como um todo. Conforme o que foi discutido no primeiro capítulo dessa tese, esse todo é composto não somente do ambiente jurisprudencial onde o ativismo se revela mas especialmente de um imaginário jurídico segundo o qual o Supremo Tribunal Federal é a instituição mais apta a resolver todos os conflitos sociais e que propicia o deslocamento de autoridades para o Poder Judiciário, ao qual é consentida a posição de supremacia⁶⁶¹.

Essas afirmações ficam evidentes quando se analisa, por exemplo, a fala do ministro Luís Roberto Barroso em entrevista ao programa Roda Vida, onde Barroso afirmou que o ativismo judicial no Brasil seria uma lenda que deriva de uma queixa infundada, existindo, segundo ele, uma espécie de "protagonismo que marcha com o avanço da sociedade"⁶⁶². Não se trata, contudo, de uma fala isolada, estando Barroso amparado por um ambiente doutrinário que repristina a doutrina brasileira da efetividade, que a partir das transformações constitucionais proporcionadas pela Constituição Federal de 1988 entrega ao Poder Judiciário os nossos problemas democráticos, elegendo o ativismo judicial como uma espécie de solução (vide tópico 2.1).

Na história mais recente, esse imaginário jurídico ativista encontra um contexto de crescente radicalização no âmbito político e crescimento de uma retórica da intolerância que apresentam o desafio às decisões judiciais no sentido de consolidar uma democracia constitucional num momento especialmente desafiador no Brasil⁶⁶³, o que exige do Supremo Tribunal Federal uma postura firme na defesa das instituições

⁶⁵⁹ STRECK, 2020b, p. 62–63.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 64.

⁶⁶¹ TASSINARI, 2019, p. 54.

⁶⁶² "O ativismo judicial é uma lenda", diz Luís Roberto Barroso sobre trabalho do STF". Brasil: Roda Viva, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZXFdQmP4pAU>

⁶⁶³ VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 17.

democráticas⁶⁶⁴. Nesse momento, a crítica ao ativismo judicial proporcionada, para os efeitos desse trabalho, pela matriz teórica da Crítica Hermenêutica do Direito, reafirma o elo entre autonomia do direito e democracia, uma vez que a defesa de um direito autônomo inclui compromissos institucionais que fortalecem o Estado Democrático de Direito por meio da legalidade constitucional⁶⁶⁵.

A contribuição do debate sobre os riscos do ativismo judicial no Brasil está, ainda, em estabelecer uma fronteira entre a decisão judicial e a escolha política, fundamental para que se compreenda o conceito de autonomia do direito. Em “O que é isto - decido conforme minha consciência?”, Lenio Streck⁶⁶⁶ define a escolha (política) como a eleição de algo, um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. A escolha, portanto, é um ato parcial e discricionário.

A decisão judicial, por sua vez, exige que sejam demonstradas as raízes jurídicas do seu fundamento, contando com previsão constitucional nesse sentido no art. 93, IX da CF/88 que estabelece um dever de fundamentação para as decisões do Poder Judiciário. A partir disso é possível estabelecer uma espécie de “muro de contenção”⁶⁶⁷ entre os espaços do Direito e Política que identifica a origem de um argumento.

É por esse motivo que a análise de casos aqui proposta não teve como objetivo afirmar – como de fato não afirmou – o Supremo Tribunal Federal enquanto uma corte ativista. A proposta da presente tese não gira em torno disso. Trata-se aqui de fornecer um referencial teórico e normativo apto a diferenciar os casos de ativismo judicial e os casos de judicialização da política, visto que somente a partir da análise de decisões judiciais de torna possível se insurgir contra as decisões ativistas no plano de um constrangimento epistemológico.

A Crítica Hermenêutica do Direito exerce, nesse panorama, um papel de resistência, construindo uma ponte entre autonomia do direito e democracia, pela qual

⁶⁶⁴ REDAÇÃO DA REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. “Democracia esteve por um fio e o Direito a segurou”, diz Lenio Streck. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/democracia-esteve-fio-direito-segurou-streck?imprimir=1>

⁶⁶⁵ SILVA, F. P. da; NEVES, I. F.; LORENZONI, P. C. É perigoso (não) defender limites à atuação do Poder Judiciário nos dias atuais? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-19/perigoso-nao-defender-limites-atuacao-judiciario?imprimir=1>

⁶⁶⁶ STRECK, 2015, p. 112.

⁶⁶⁷ TASSINARI, 2016, p. 199.

caminham os limites à atuação do Poder Judiciário. Trata-se, portanto, do reforço de compromissos institucionais que não precisam se restringir à atuação judicial, sendo ampliados no sentido de uma atuação estatal que seja pautada pela Constituição⁶⁶⁸.

Sendo assim, a defesa de limites à atuação do Poder Judiciário em um contexto de deterioração dos espaços institucionais pelo avanço antidemocrático do Poder Executivo é não apenas desejável, se transformando em condição de possibilidade para a defesa de uma “normalidade” institucional. Essa defesa se fortalece com a utilização do espaço que o Direito atribui para que os tribunais possam garantir a autoridade do Direito⁶⁶⁹. Para que isso seja alcançado, são muitos os pontos nos quais a Crítica Hermenêutica do Direito pode colaborar: a proposta desse trabalho é desdobrar alguns deles.

⁶⁶⁸ SILVA, F. P. Da; NEVES; LORENZONI, 2020.

⁶⁶⁹ *Ibid.*

7. CONCLUSÃO

O tema dos limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil, como denuncia Lenio Streck, sofre de uma algaravia conceitual na qual não se diferencia o ativismo judicial da judicialização da política⁶⁷⁰. Esse cenário de “negacionismo epistêmico”⁶⁷¹, marcado pela apropriação política do Direito, só é possível graças a um ensino jurídico que o replica. Aí está o “paciente zero”: o ensino jurídico submisso a uma doutrina que deixa de exercer o seu papel de propiciar um constrangimento epistemológico que possibilite se insurgir contra decisões ativistas, se limitando ao papel de mera reprodutora das posições dos tribunais⁶⁷².

Nesse contexto, a tese assume um compromisso com a defesa de direitos fundamentais e com os pressupostos democráticos de análise do Direito⁶⁷³. Em cinco momentos distintos de análise, a pesquisa procurou explorar as possibilidades da aplicação das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, encontrando elementos que afirmam a sua aplicabilidade, justificada em face de um referencial teórico e um aparato normativo de cunho principiológico.

O conjunto pontos debatidos evidenciaram a vinculação das três perguntas fundamentais da CHD com princípios que, para serem compreendidos em sua amplitude, demandam uma discussão teórica que forneça elementos necessários para a sua aplicação. Ao fim, cada etapa dessa análise teve como objetivo agregar as condições necessárias para que essas perguntas sejam utilizadas não só para identificar o ativismo judicial, mas também para que ele possa ser combatido por meio de limites colocados pelos princípios que fundamentam essas indagações.

Ao final do trajeto da pesquisa, conclui-se que não só as três perguntas fundamentais da CHD funcionam para verificar decisões ativistas, mas também que elas representam um conjunto teórico e principiológico que precisa ser levado em conta quando se discute o ativismo judicial no direito brasileiro. Além disso, a análise de dados referentes a decisões judiciais dos últimos cinco anos pôde demonstrar que,

⁶⁷⁰ STRECK, 2017c, p. 83.

⁶⁷¹ STRECK, L. L. **Ensino, dogmática e negacionismo epistêmico**. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020c. p. 13–14.

⁶⁷² STRECK, 2020b, p. 64.

⁶⁷³ LIMA, D. P.; NEVES, I. F. Ensino jurídico deve assumir compromisso com a defesa do Estado de Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 26–29, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/diario-classe-compromisso-ensino-juridico-defesa-estado-direito?imprimir=1>

diante de desafios à estabilidade democrática, a insurgência hermenêutica contra o ativismo judicial se mostra ainda mais urgente e necessária.

Nesse panorama, em linhas gerais, os principais resultados da tese podem ser sintetizados conforme será exposto a seguir.

1) No primeiro capítulo, foram identificados os pontos que permeiam a recepção do ativismo judicial no direito brasileiro e que compõem o quadro de uma recepção equivocada⁶⁷⁴ que ocorre diante: a) da algaravia conceitual existe entre o ativismo judicial e a judicialização da política no Brasil; b) de um imaginário jurídico que aposta no protagonismo judicial.

A partir disso, o capítulo conclui que as três perguntas fundamentais formuladas pela Crítica Hermenêutica do Direito contribuem para uma resposta constitucionalmente adequada especialmente em dois sentidos: primeiramente por atuarem na interdição da discricionariedade judicial e, em segundo lugar, por funcionarem para a identificação de posturas ativistas que são, por consequência, arbitrárias em virtude de extrapolarem os limites do Direito. Essa análise é proporcionada por uma Teoria da Decisão que mobiliza as três perguntas fundamentais e que as direcionam à preservação da autonomia do direito, possibilitando o que aqui vai se chamar de resistência hermenêutica pela CHD: o contraponto e a rejeição a comportamentos judiciais ativistas. Em última análise, as três perguntas fundamentais exercem um papel primordial para o constrangimento epistemológico ao ativismo judicial, ou seja, elas compõem um controle hermenêutico da interpretação que permite a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. A tese chega a essa conclusão a partir dos seguintes pontos:

O ativismo judicial remete a uma disfuncionalidade no exercício da jurisdição em detrimento da atividade legislativa ou executiva⁶⁷⁵, o que caracteriza um problema no papel institucional do Poder Judiciário, especialmente diante do caráter redentor que o texto constitucional assume pelo um movimento constitucionalista⁶⁷⁶. Isso porque os documentos constitucionais representaram a criação de fixações que visavam a estabilização, racionalização, proteção e garantia de liberdade⁶⁷⁷, o que

⁶⁷⁴ STRECK, 2017c, p. 83.

⁶⁷⁵ RAMOS, 2015, p. 109.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁷⁷ HESSE, 1998, p. 43.

tornou a interferência do Poder Judiciário via controle de constitucionalidade um tema controverso.

Essas observações permitiram identificar uma expansão do Poder Judiciário, que se manifesta em dupla face: o crescimento do Judiciário no sentido institucional pelo aumento de suas competências e a repercussão dessa expansão em posturas adotadas pelos juízes⁶⁷⁸. No Brasil, esse quadro foi agravado por um imaginário jurídico que apostou no ativismo judicial, conferindo uma dimensão interpretativa à autoridade judicial⁶⁷⁹, de modo que reconheceu num Poder Judiciário ativista algo necessário à concretização de direitos fundamentais⁶⁸⁰, pensamento especialmente difundido pela doutrina brasileira da efetividade⁶⁸¹.

Esse panorama levou ao que Lenio Streck denomina algaravia conceitual, isto é, um estado de poluição semântica que obscurece esse fenômeno e desagua na utilização do termo “ativismo judicial” para explicar questões diametralmente opostas⁶⁸². Esse estado de confusão conceitual encontra, no Brasil, um ambiente doutrinário de defesa de “bons ativismos judiciais”, isto é, o ativismo judicial direcionado à concretização de direitos, como uma aposta para a resolução dos problemas de eficácia presentes na realidade brasileira⁶⁸³, o que denota a mixagem teórica entre duas situações distintas: o aumento da interferência do Poder Judiciário provocado pela necessidade de viabilizar direitos consagrados pela Constituição e a atividade jurisdicional que instrumentaliza o Direito em nome de uma postura supostamente progressista.

Isto posto, a tese constata que ativismo judicial e judicialização da política são fenômenos distintos. A judicialização da política se coloca enquanto fenômeno contingencial produzido por um contexto em que a efetivação de direitos é necessária ao enfrentamento de um déficit na atuação dos demais poderes. O ativismo judicial, por sua vez, está ligado a um problema hermenêutico, na medida em que deriva de uma postura do intérprete juiz que extrapola os limites constitucionais designados para a sua atuação.

⁶⁷⁸ TATE; VALLINDER, 1995a.

⁶⁷⁹ TASSINARI, 2016, p. 104.

⁶⁸⁰ TASSINARI, 2013, p. 26.

⁶⁸¹ BARROSO, 2006, p. 281–297.

⁶⁸² ABBOD; MENDES, 2019, p. 2.

⁶⁸³ STRECK; BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 76.

Nesse sentido, o ativismo judicial está relacionado ao grau de liberdade concedido ao intérprete juiz em detrimento do ordenamento jurídico produzido democraticamente, que tem na Constituição uma diretriz para o seu funcionamento. A Crítica Hermenêutica do Direito incide nesse ponto, na condição de teoria de base da tese, para viabilizar a conclusão de que essa liberdade fere os limites da autonomia do direito, uma vez que submete o cidadão a uma atribuição de sentido que decorre de discursos exógenos. A discricionariedade judicial relativa a esse grau de liberdade significou para o direito brasileiro tanto um mecanismo de superação do positivismo jurídico em sua vertente formal-exegética (não conseguindo superar as transformações que vieram depois disso) bem como, por outro lado, uma aposta no protagonismo judicial. Ativismo judicial e discricionariedade judicial são, portanto, duas faces da mesma moeda.

A crítica à discricionariedade judicial fundamenta ainda a distinção proporcionada pela Crítica Hermenêutica do Direito entre decisão e escolha. Nessa perspectiva, a escolha é um ato parcial no qual o sujeito escolhe, entre várias possibilidades, a solução que lhe parece mais adequada, o que significa uma postura tipicamente política. A decisão, por sua vez, envolve o comprometimento com algo que se antecipa, ou seja, com o todo do Direito construído pela comunidade política, de forma que esse comprometimento manifesta o esforço hermenêutico em apresentar a interpretação mais adequada.

As três perguntas fundamentais da CHD funcionam, assim, como critérios para a decisão judicial que verificam posturas ativistas ou, em sentido inverso, identificam demandas contingenciais voltadas a dar concretude a um direito definido constitucionalmente. Esses critérios são viabilizados por três indagações fundamentais: i) há direito fundamental com exigibilidade? ii) o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, isto é, concedido às demais pessoas? iii) para atender aquele direito, a alocação de recursos fere a igualdade e a isonomia?⁶⁸⁴. Uma vez que qualquer uma das três indagações seja respondida negativamente, verifica-se a presença do ativismo judicial. Esses critérios conferem um direcionamento para a complexa discussão sobre o ativismo judicial, colocando o que precisa ser debatido para a construção de limites à atuação do Poder Judiciário para que se chegue a um melhor equilíbrio entre a normatividade de direitos

⁶⁸⁴ STRECK, 2020b, p. 394.

fundamentais e as apostas no Judiciário como solução do déficit de efetivação de direitos constitucionais.

2) No segundo capítulo, a tese afirmou que existe um fundamento principiológico na primeira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito, presente no conceito de exigibilidade de direitos fundamentais. Esse fundamento remete a uma questão de normatividade constitucional que é inerente à pergunta pela existência de direito fundamental exigível. No contexto de tensão entre essa normatividade e o agir do Estado, a tese teve as suas atenções voltadas para a aplicação das três perguntas fundamentais da CHD para os direitos sociais a prestações, enquanto posições jurídicas subjetivas opostas em face do Estado. A partir disso se conclui que as três perguntas fundamentais configuram uma proposta de limite para o Poder Judiciário em demandas que envolvem o agir estatal, funcionando como condição para o enfrentamento crítico-reflexivo do debate sobre a prestação pública em sede de direitos sociais de caráter prestacional⁶⁸⁵.

Por esse motivo, a tese encarou a primeira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito como um problema normativo que tem seu fundamento no princípio da legalidade. Nesse sentido, o capítulo conclui que a primeira pergunta fundamental da CHD, que indaga a existência de direito fundamental com exigibilidade, é atravessa por um fundamento normativo que remete à legalidade constitucional. Esse fundamento foi explorado por meio de elementos de Teoria da Constituição que, alinhados ao paradigma hermenêutico, permitissem melhor compreender a abrangência da pergunta em análise.

A partir dessas premissas, a exigibilidade de direitos fundamentais foi apresentada em três faces complementares: a positivação de direitos em nível constitucional, a atribuição de força normativa a esses direitos e a presença de um Estado de Direito pautado na legalidade constitucional. Esses pontos contribuíram para demonstrar a ideia de que a exigibilidade de direitos fundamentais que integra a primeira pergunta fundamental da CHD é fundada na normatividade constitucional e, portanto, direcionada pelo princípio da legalidade. A tese chegou a essa conclusão passando pelos seguintes pontos:

O rompimento com o dualismo metodológico trouxe para o plano concreto o problema da concretização de direitos, fundamental para a discussão respeito da

⁶⁸⁵ STRECK, 2021b.

atuação do Poder Judiciário no Brasil e dos seus limites⁶⁸⁶. A partir da queda do muro que separou norma e realidade, característico do dualismo metodológico, o problema da falta de efetivação de direitos fundamentais no Brasil passa a ser encarado como um problema normativo que envolve a produção da norma em concreto, isto é, o problema da concretização passa a ser encarado enquanto uma questão hermenêutica, na qual a concretização significa a construção da norma jurídica no caso a ser decidido.

Coloca-se, então, o desafio de oferecer respostas constitucionalmente adequadas em países de modernidade tardia como é o caso brasileiro⁶⁸⁷. Isso porque o déficit de efetividade dos direitos fundamentais encontra obstáculos, inclusive no plano da viabilidade financeira, para que esses se convertam em políticas públicas. Desse problema derivam “escolhas trágicas”⁶⁸⁸ que geram um debate sobre o consequencialismo no direito que afeta a exigibilidade dos direitos fundamentais, colocando em pauta a sua força normativa.

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito, a tese procurou um caminho pelo qual se reconhece de que existem consequências para as decisões judiciais e que elas são levadas em consideração, no entanto isso não pode significar um ativismo judicial de fundo consequencialista⁶⁸⁹. Nesse sentido, a consideração das consequências de uma decisão judicial não pode ser o seu único fundamento, uma vez que existe um sistema jurídico de regras e princípios que antecede a decisão e que coloca as suas condições. Esse ponto é importante para ressaltar que a exigibilidade dos direitos fundamentais não pode ser esvaziada por critérios não jurídicos que interfiram como predadores da autonomia do direito, o que reforça a importância de se afirmar o potencial normativo das três perguntas fundamentais da CHD.

A condição de país de modernidade tardia faz com que a jurisdição constitucional se torne o lugar no qual se encontram os desafios à exigibilidade de direitos fundamentais, a exemplo das mencionadas escolhas trágicas.

Nesse contexto, é reforçada a importância do papel contramajoritário da jurisdição constitucional para o exercício democrático da função judicial, enquanto

⁶⁸⁶ STRECK, 2020b, p. 85.

⁶⁸⁷ STRECK, 2013a, p. 30.

⁶⁸⁸ CALABRESI; BOBBITT, 1978.

⁶⁸⁹ STRECK, 2014.

fator de proteção de diante de uma legalidade constitucional. Esse princípio, que sustenta a primeira pergunta fundamental da CHD, evidencia o balanço que se abstrai do segundo capítulo: a ideia de exigibilidade presente na primeira pergunta fundamental se funda em um sentido de Constituição construído a partir do Estado de Direito, que supõe não somente a força normativa da Constituição mas também o direito por parte do cidadão a respostas adequadas para a atuação democrática das cortes constitucionais.

Essas questões se tornam ainda mais evidentes quando se analisa o universo pesquisado na tese, que concerne aos direitos sociais a prestações estatais. Na medida em que a exigibilidade desses direitos torna possível a mobilização da via judicial para a satisfação das demandas advindas de tarefas impostas constitucionalmente ao Estado, se torna especialmente relevante o estabelecimento de limites à atuação do Poder Judiciário nessa seara. A primeira pergunta da Crítica Hermenêutica do Direito, assim, coloca um ponto de partida e um patamar mínimo que fundamenta uma resposta constitucionalmente adequada para o problema da concessão de direitos sociais por via judicial.

3) No terceiro capítulo, a segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito, que indaga a possibilidade de universalização de direitos fundamentais, foi discutida enquanto um problema para o Estado em face de tarefas definidas por direitos fundamentais a prestações. Nesse sentido, conferir o mesmo provimento jurisdicional aos demais cidadãos que estejam na mesma situação demanda a atuação do poder público, o que toca o papel do Estado na satisfação de direitos. No Brasil, isso se torna especialmente notório diante da demanda por efetivação de um projeto de Estado constitucionalmente definido.

A pergunta sobre a universalização de direitos fundamentais representa, assim, uma imposição do princípio republicano, segundo o qual o Estado se estrutura juridicamente para que o governo atue em prol do bem comum. Esse fundamento principiológico permitiu afirmar que, se um direito fundamental é deferido para uma pessoa, mesmo que se trate de um direito que demande prestações estatais, é preciso que esse direito possa ser universalizável, sob pena de que o Judiciário referende juridicamente a criação de um grupo social privilegiado por decisões judiciais individualizadas.

Esse ponto demonstra que uma prestação jurisdicional universalizável é decorrência do princípio republicano de modo que, por força desse princípio, toda

decisão judicial sobre direitos sociais precisa universalizável. Por conta disso, a segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito é não somente um critério que permite detectar a ocorrência do ativismo judicial, afastando-o da judicialização da política, mas também uma indagação que obrigatoriamente precisa ser atendida em virtude do seu lastro principiológico.

Essa conclusão é possível quando se observa a construção de um modelo de Estado Social que surge como uma solução de compromisso, respondendo à necessidade de intervenção do Estado na economia⁶⁹⁰. Nessa conjuntura, as prestações referentes a direitos sociais passam a exercer um papel de distribuição de resultados econômicos com o objetivo de financiar o desenvolvimento de forças produtivas e formação de mão-de-obra qualificada que propiciasse vantagens econômicas à circulação do capital⁶⁹¹.

Sob a ótica brasileira, essa questão social ganha destaque sob a égide de um projeto constitucional de natureza jurídica e política que resulta num aprofundamento do modelo de Estado Social, do qual resulta um “plus normativo” que caracteriza um Estado Democrático de Direito⁶⁹². Nesse cenário, o Estado revestido de tarefas constitucionalmente definidas, de modo que é compelido a prestar direitos sociais inerentes à cidadania.

Diante de um déficit de efetivação desses direitos, essas demandas passam a ser levadas ao Poder Judiciário, que se posiciona numa esfera de tensão em torno de políticas públicas que possam viabilizar esses direitos. Essa circunstância pode se manifestar em dois fenômenos que, como visto, são distintos: a judicialização da política (por uma questão de contingência) e o ativismo judicial (por um comportamento do intérprete juiz que ultrapassa os limites do Direito).

A titularidade de direitos inerente à condição cidadã ilustra o traço republicano presente na segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito, que conduz à constatação de que se o direito é deferido para um indivíduo, é preciso que ele seja ao máximo universalizado, sob pena de que a via judicial seja utilizada para apropriação particular da coisa pública. Ainda por força desse traço republicano, se mostram incompatíveis os privilégios oriundos da concessão de direitos subjetivos não universalizáveis. Assim sendo, se depreende que o agir republicano não permite que

⁶⁹⁰ NUNES, 2011.

⁶⁹¹ MORAIS, 2011a, p. 30.

⁶⁹² *Ibid.*, p. 69.

a ação do Estado beneficie indivíduos ou grupos específicos em detrimento do bem comum, motivo pelo qual o princípio republicano se manifesta como um pilar para a segunda pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito.

No plano institucional, a possibilidade de universalização de direitos atravessa a questão da capacidade institucional do Poder Judiciário para a interferência na implementação de políticas públicas, relativas à ação governamental que resulta de um processo orientado pela Constituição⁶⁹³. Essa atribuição de um viés normativo às políticas públicas, se por um lado viabiliza o seu controle judicial, por outro lado torna necessário um “filtro hermenêutico” que funcione para justificar a intervenção judicial em assuntos tipicamente políticos. Na linha do que se argumentou, esse filtro é proporcionado pelas três perguntas fundamentais da CHD, nas quais a segunda pergunta incide como elemento-chave ao indagar pela possibilidade de universalização do direito em análise.

Em suma, o terceiro capítulo da tese demonstrou que a segunda pergunta fundamental da CHD tem a sua aplicabilidade fundamentada no princípio republicano enquanto um projeto de Estado chancelado pela Constituição. Por consequência, a resposta negativa à pergunta pela possibilidade de universalização do direito conduz à verificação do ativismo judicial na ocasião do seu deferimento.

4) O quarto capítulo abordou a terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito, que indaga se, para a satisfação do direito, a transferência de recursos fere a igualdade e isonomia. O primeiro desdobramento obtido a partir dessa pergunta é a afirmação do princípio da igualdade como seu fundamento normativo que direciona a transferência de recursos resultante de decisões judiciais. Nesse sentido, a partir de uma Teoria da Justiça, se desenvolveu um debate sobre a igualdade/isonomia na alocação de recursos, tendo em vista o impacto que as decisões judiciais que se voltam à efetivação de direitos fundamentais podem provocar ao orçamento público.

Trata-se de uma pergunta que denota os desafios que envolvem os direitos de cunho prestacional, uma vez que a transferência dos recursos necessários ao cumprimento da decisão precisam obedecer ao princípio da igualdade que direciona a aplicação desses recursos. Nesse sentido, Fernando Scaff defende a necessidade

⁶⁹³ BUCCI, 2013, p. 109.

de um orçamento republicano, isto é, um instrumento jurídico e financeiro que se estruture para permitir que o poder público atue em favor do bem comum, aplicando uma função social à coisa pública, com o objetivo de efetivar direitos fundamentais em respeito à lei⁶⁹⁴.

Essa questão afeta o Poder Judiciário na medida em que as decisões judiciais passam a significar um aumento de custos para o poder público, especialmente diante de mudanças constitucionais que ampliaram o rol de prestações de responsabilidade do Estado⁶⁹⁵. Essas prestações precisam se adequar ao sistema orçamentário estabelecido pela Constituição, espaço em que o Direito e a Política se entrelaçam para a definição de prioridades e opções políticas que são executadas pelas leis orçamentárias que, apesar de representarem escolhas do Poder Executivo, são votadas e aprovadas no âmbito do Legislativo.

Nesse panorama, a tese conclui que a terceira pergunta fundamental da CHD contribui para a delimitação de limites e possibilidades tanto para decisões proferidas pelo Poder Judiciário como para o próprio espaço do legislador. Ambos, informados pelo princípio da igualdade e isonomia, devem obedecer a uma arquitetura constitucional que direciona os gastos do Estado estabelecendo, por um lado, gastos obrigatórios que incluem não somente despesas com direitos sociais, mas também os gastos com pessoal e dívida pública e, por outro lado, pressupondo um grau de liberdade do legislador que o permita fazer escolhas orçamentárias que, no limite, são indispensáveis a qualquer ato de governo.

Esses pontos formam um cenário conturbado entre Direito e Política, no qual o sistema orçamentário brasileiro é composto simultaneamente por uma estrutura que tem seu fundamento principiológico na Constituição (tópico 5.1) e uma margem de liberdade concedida ao legislador orçamentário para a realização de escolhas políticas (tópico 5.2).

O desafio que se coloca é o de atender a um fundamento de justiça no Direito, incorporado institucionalmente na forma do princípio da igualdade que representa uma finalidade distributiva, referendada no caso brasileiro pelos objetivos constitucionais. Muito embora não se possa negar a importância desse fundamento jurídico, é preciso considerar as limitações do Poder Judiciário na alocação de recursos. Os tribunais,

⁶⁹⁴ SCAFF, 2018, p. 267.

⁶⁹⁵ SCAFF, 2013b, p. 133–134.

assim, devem ter um papel subsidiário nessa alocação⁶⁹⁶, uma vez que o orçamento público nasce de um planejamento no qual os atores políticos exercem o seu papel.

Reforça-se a relevância de que o Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, exerça a sua função de guarda da Constituição, sendo capaz de “dizer não”, ou seja, de estabelecer negativas a condutas que divirjam do que estabelece a Constituição⁶⁹⁷. Diante do exposto até agora, é possível afirmar que a terceira pergunta fundamental da Crítica Hermenêutica do Direito, ao indagar se a alocação de recursos fere a igualdade/isonomia, estabelece um caminho para a construção desses limites, em outras palavras, uma forma de tornar mais nítida a fronteira da liberdade da escolha política no sistema orçamentário.

Quando se somam esses dois fatores, isto é, as vinculações constitucionais que impõem gastos obrigatórios associados aos custos que decorrem das decisões judiciais que deferem prestações relativas a direitos fundamentais, sobressai o risco de um quadro de ingovernabilidade no qual o espaço para a escolha política orçamentária se reduza ao ponto de impedir que o poder público cumpra o seu papel de criar políticas públicas que efetivem direitos. Justamente em face desse dilema que ganha relevo a terceira pergunta fundamental da CHD, ao reforçar o fundamento de igualdade e isonomia que deve direcionar a alocação de recursos por parte do Estado.

O quarto capítulo conclui, portanto, que a terceira pergunta fundamental complementa as anteriores no sentido de interditar arbitrariedades na alocação de recursos por decisões judiciais que deferem prestações relativas a direitos sociais, problema típico do ativismo judicial. A pergunta pela igualdade e isonomia na alocação de recursos possibilita, assim, o constrangimento a decisões judiciais ativistas, identificando, por consequência, violações ao sistema orçamentário previsto na Constituição.

Os resultados obtidos até aqui demonstram um ponto levantado desde a introdução da tese: as três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito representam questões que estão inevitavelmente conectadas. A análise que foi realizada na tese apresenta debates separados por opções de organização metodológica, sem deixar de considerar a conexão entre os temas levantados. Existe, portanto, uma confluência entre os tópicos trabalhados: uma decisão judicial que defira prestações relativas a direitos fundamentais exigíveis (primeira pergunta

⁶⁹⁶ WANG, D. W. L., 2020, p. 506.

⁶⁹⁷ SCAFF, 2016f.

fundamental) interfere no universo de sujeitos beneficiados por esses direitos (segunda pergunta fundamental), assim como na disponibilidade de recursos para atender a outras demandas do Estado (terceira pergunta fundamental).

5) Diante disso, o quinto capítulo tratou da aplicação das três perguntas fundamentais a situações concretas, demonstrando alguns pontos levantados ao longo da tese, relativos ao exercício hermenêutico que envolve a aplicação dessas perguntas, no qual a decisão judicial deve ser tomada por questões de princípio, mesmo diante de disputas interpretativas. Essas questões foram representadas nas três perguntas pelo fundamento de legalidade presente na ideia de exigibilidade de direitos fundamentais, pelo fundamento republicano que obriga a sua universalização e, por fim, ao princípio da igualdade e isonomia que deve direcionar a transferência de recursos para a efetivação de direitos.

A análise dos casos notórios do STF em sede de direitos sociais a prestações, delimitados no período entre 2018 e 2021, reforçou os elementos que compõem a sua aplicabilidade, possibilitando a identificação do ativismo judicial para que este não seja confundido com a judicialização da política, aspecto fundamental para que a doutrina possa exercer a sua função de constrangimento às decisões judiciais ativistas. A análise desses casos possibilitou afirmar que o ativismo judicial é, ainda, motivo de preocupação quando se observa a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Na condição de teoria de base do trabalho, a Crítica Hermenêutica do Direito exerce o papel de resistência contra o ativismo judicial, reunindo pressupostos de autonomia do direito aliados à democracia, por meio dos quais se torna possível estabelecer limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil. Esses limites reforçam compromissos institucionais que não se restringem ao Poder Judiciário, podendo ser vistos numa perspectiva mais ampla de uma atuação do Estado pautada na Constituição.

Num contexto de deterioração de espaços institucionais pelo avanço de posturas antidemocráticas por parte do Poder Executivo, os limites proporcionados pela colocação das três perguntas fundamentais são não somente adequados, mas, para além disso, configuram uma condição de possibilidade para a retomada e manutenção da estabilidade democrática nas instituições, reforçada com a garantia da autoridade do Direito.

Ao fim das contas, a tese tratou de demonstrar que o uso epistemologicamente correto das distinções entre ativismo judicial e judicialização da política é condição de

possibilidade para que se tenha respostas adequadas à Constituição e não adequadas a raciocínios de políticas, pragmatismo e decisões que se distanciam daquilo que chama na tradição de "decisões de princípio". Mais do que distinguir ativismo judicial de judicialização da política, o mais importante é saber usar uma criteriologia para esse desiderato. A dogmática jurídica brasileira não tem oferecido critérios para que se possa criticar o ativismo judicial. Ao contrário: o que se tem visto é a algaravia conceitual. A tese, nesse sentido, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, possibilita que se alcance uma resposta adequada ao Estado Democrático de Direito. Isso porque esse modelo de Estado não convive bem com o ativismo. Mas dizer isso não pode depender de uma "questão de opinião".

Nessa linha, a aplicação das três perguntas fundamentais da CHD e os dados levantados forneceram elementos que permitem identificar que o ativismo judicial no Brasil continua se fazendo presente em decisões judiciais proferidas não somente pelo STF, mas também nas demais instâncias do Judiciário. Embora a observação dos casos notórios do STF entre 2018 e 2021 apontaram que a judicialização da política conduziu a maioria das manifestações do Supremo em sede de direitos sociais de caráter prestacional, a existência de manifestações ativistas evidenciam que o problema do ativismo judicial persiste e é atual, precisando ser combatido.

Esses foram, em síntese, os pontos trazidos na tese. De volta ao começo, cabe recordar a pergunta que, para a tese, é fundamental: qual a "tese da tese? A resposta a essa pergunta é oferecida pelas conexões originais aqui construídas, centralizadas em afirmar o potencial normativo, isto é, a obrigatoriedade da aplicação das três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito em virtude de um lastro teórico e normativo que se desdobra a partir do debate que elas iniciam. Essas três perguntas exercem o papel de critérios para a verificação do ativismo judicial permitindo, conseqüentemente, o seu contraponto do ponto de vista hermenêutico.

Nesse sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito sustentou o enfrentamento ao ativismo judicial por intermédio de uma criteriologia presente nas três perguntas fundamentais, considerando que: i) a questão da exigibilidade de direitos fundamentais, a partir de uma Teoria da Constituição, tem fundamento na legalidade constitucional; ii) a indagação sobre a possibilidade de universalização desses direitos passa por uma Teoria do Estado que coloca a universalização como exigência do princípio republicano; iii) a pergunta pela igualdade e isonomia na alocação de

recursos, a partir de uma Teoria da Justiça, estabelece um fundamento de princípio para a destinação do orçamento público.

Consolidado esse lastro teórico e normativo, se torna possível compatibilizar a aplicação das três perguntas fundamentais da CHD com a necessidade de respostas adequadas à Constituição, de modo que elas efetivamente funcionem para o seu propósito de preservação dos pressupostos democráticos de análise do Direito.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G. Consequencialismo Jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1009, p. 123–135, 2019.
- ABBOUD, G. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a.
- ABBOUD, G. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, G. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021b.
- ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. de. **Introdução ao direito**: teoria, filosofia e sociologia do direito. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ABBOUD, G.; MENDES, G. F. A jurisdição constitucional da crise: pacto federativo, preservação dos direitos fundamentais e o controle da discricionariedade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1022, p. 103–124, 2020.
- ABBOUD, G.; MENDES, G. F. Ativismo Judicial: notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1008, p. 1–9, 2019.
- ABBOUD, G.; NERY JUNIOR, N. **Direito constitucional brasileiro**: curso completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ABRAHAM, M. **Teoria dos gastos fundamentais**: orçamento público impositivo da elaboração à execução. São Paulo: Almedina, 2021.
- ABRANCHES, S. **Presidencialismo de coalizão**: raízes e evolução do modelo político brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- AGRA, W. de M. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco (coleção filosofia)**. São Paulo: LeBooks, 2019.
- ASSIS, M. de. Dom Casmurro. In: OBRAS COMPLETAS DE MACHADO DE ASSIS I: ROMANCES COMPLETOS (EDIÇÃO DEFINITIVA). [S. l.]: E-book, 2015.
- ATALIBA, G. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BAHIA, A. G. M. F. M.; BACHA E SILVA, D. República e Constituição de 1988: ou Constituição sem república? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 15, n. 2, p. e33709, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/1981369433709>

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2016.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, L. R. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO AFIRMA QUE STF DEVE CORRESPONDER AOS SENTIMENTOS DA SOCIEDADE. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade?imprimir=1>

BERCOVICI, G. As possibilidades de uma Teoria do Estado. *In*: LIMA, M. M. B.; ALBUQUERQUE, P. A. de M. (org.). **Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 325–343.

BERCOVICI, G. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 61, p. 5–24, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0102-64452004000100002>

BERCOVICI, G. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERCOVICI, G.; MASSONETTO, L. F. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 49, p. 57–77, 2006.

BOBBIO, N. **Igualdad y libertad**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 888815/RS**. Recorrente: V D representada por M P D. Recorrido: Município de Canela. Relator: Ministro Roberto Barroso, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>. Acesso em: 21 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 601580/RS**. Recorrente: Fundação Universidade Federal de Rio Grande - FURG. Recorrido: Rodrigo da Silva Soares. Relator: Ministro Edson Fachin, 19 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691334>. Acesso em: 21 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3324-7/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Marco

Aurélio, 16 de dezembro de 2004. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363361>.
Acesso em: 22 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 1058333/PR**. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Eveline Bonfim Fenilli Spinola. Relator: Ministro Luiz Fux, 21 de novembro de 2018. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5220068>. Acesso em: 23 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 2429, de 2019**. Regula a realização de testes de aptidão física em concurso público por candidata gestante. Autoria: Senador Fernando Bezerra Coelho. Brasília, DF: Senado Federal, [2019]. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198849>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas Corpus nº 143641 São Paulo**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Pacientes: todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 25 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Requeridos: União, Estados e Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 26 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5592 Distrito Federal**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 11 de setembro de 2019. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5054307>. Acesso em: 26 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso extraordinário 657718/MG**. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Disponível em:
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária 3473/DF**. Autor: Estado do Maranhão. Réu: União. Relatora: Ministra Rosa Weber, 08 de abril de 2021. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6107487>. Acesso em: 30 jan. 2022. Inteiro teor do acórdão.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária 3518/DF**. Autor: Estado de São Paulo. Réu: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 15 de setembro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6235708>. Acesso em: 31 jan. 2022. Inteiro teor.

BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUFFON, M. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso**. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

CAENEGEM, R. C. Van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALABRESI, G.; BOBBITT, P. **Tragic choices**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978.

CALDWELL, H. **Otelo brasileiro de Machado de Assis: um estudo de Dom Casmurro**. 2. ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2008.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, J. J. G. O direito constitucional como ciência de direcção - o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). *In*: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, É. P. B. (org.). **Direitos fundamentais sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 11–31.

CANOTILHO, J. J. G. O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 25, n. 56, p. 25–40, 2002.

CARBONELL, M. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. *In*: MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M. (org.). **20 anos da Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARBONELL, M. Presentación: el neoconstitucionalismo en su laberinto. *In*: CARBONELL, M. (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

CARVALHO, J. M. de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

CINTRA, F. V. **A universalizabilidade lógico-ética na fundamentação do princípio jurídico da igualdade e da vinculação dos precedentes judiciais:**

contribuição para uma interpretação kantiana da teoria do discurso prático racional geral. Porto Alegre: Editora do autor, 2019.

COPELLI, G. M. **Construções entre filosofia da linguagem e teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil**. 2018. São Leopoldo, 2018.

COPELLI, G. M. Défis de republicanismo no Brasil: uma crítica à crítica contemporânea. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 43, p. 119–136, 2020. Disponível em: <https://doi.org/https://doi.org/10.22456/0104-6594.9515095150>

COPELLI, G. M. Desigualdade social e democracia: o caso brasileiro e o longo caminho em busca de uma sociedade de iguais. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 1211–1243, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2015.18824>

COPELLI, G. M. O Estado social no Brasil e (seus) novos limites. *In*: GORCZEWSKI, C.; JAQUES, M. D. (org.). **Políticas Públicas no Brasil: ensaios para uma gestão pública voltada à tutela dos Direitos Humanos**. Blumenau: Dom Modesto, 2019.

COPELLI, G. M.; MORAIS, J. L. B. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 20, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.17808/des.0.1396>

COURTIS, C.; ABRAMOVICH, V. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. *In*: COURTIS, C.; EDITORES, R. Á. S. (org.). **La protección judicial de los derechos sociales**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

D. KMIEC, K. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441–1478, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3481421>

DÍAZ, E. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. 9. ed. Madrid: Taurus, 2011.

DIEGO, M. O Hamlet brasileiro de Machado de Assis. **Remate de Males**, Campinas, v. 39, n. 2, p. 741–767, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.20396/remate.v39i2.8655531>

DWORKIN, R. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, R. Igualdade como ideal. **Novos Estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 77, p. 233–240, 2007a. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0101-33002007000100012>

DWORKIN, R. **Justice in robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, R. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

DWORKIN, R. Rights as trumps. *In*: WALDRON, J. (org.). **Theories of rights**. Oxford: Oxford University Press, 1984. v. 1, p. 153–167.

DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DYE, T. R. **Understanding public policy**. 14. ed. New Jersey: Pearson Education, 2013.

ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. **Constitucionalismo y democracia**. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. ISSN 1405-0218.

ENTERRIA, E. G. de. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madri: Editorial Civitas, 1994.

ENTERRIA, E. G. de. Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, v. 10, p. 11–61, 1984.

EXAME, N. Para Guedes, gestão do Orçamento deve ser desindexada e desvinculada. **Exame**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://exame.com/economia/para-guedes-gestao-do-orcamento-deve-ser-desindexada-e-desvinculada/>

FAORO, R. **Os donos do poder**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. *In*: , 2009, Curitiba. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2009. p. 95–113.

FERRAJOLI, L. **Democracia y garantismo**. Madri: Editorial Trotta, 2008.

FILHO, J. M. L.; LIMA, M. M. B. AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: O PENSAMENTO CONSTITUCIONAL NO IMPÉRIO. *In*: , 2010, Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: Fundação Boiteux, 2010. p. 6268–6279.

FIORAVANTI, M. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madri: Editorial Trotta, 2011.

GADAMER, H.-G. G. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARAPON, A. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCETE, J. M. G.; MORAIS, F. S. de; MACHADO, G. P. A hermenêutica constitucional financeira invertida no Brasil: a Constituição ainda baliza as escolhas orçamentárias? **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 159–184, 2020.

GARGARELLA, R. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GOZZI, G. Estado Contemporâneo. *In*: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (org.). **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 401–409.

GROSTEIN, J. **Ativismo judicial**: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019.

GUASTINI, R. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madri: Editorial Trotta, 2008.

GUEST, S. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford: Stanford Law Books, 2013. v. 148

HACHEM, D. W. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 618–688, 2013.

HACHEM, D. W. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404–436, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/RECHTD.2019.113.08>

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federal Da Alemanha**. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRSCHL, R. The judicialization of politics. *In*: GOODIN, R. E. (org.). **The Oxford handbook of political science**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 153–162. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199604456.013.0013>

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. Piketty: “A desigualdade no Brasil é da Europa no século 19”. **Revista IHU On-line**, São Leopoldo, p. 1–11, 2021. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/601119-piketty-a-desigualdade-no-brasil-e-da-europa-no-seculo-19>

JELLINEK, G. **Teoría general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

JÚNIOR, R. P. M. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito

contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.

KERSTENETZKY, C. L. **O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KMIEC, K. D. The origin and current meanings of “judicial activism”. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, p. 1441–1478, 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3481421>

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LASSALLE, F. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LAWN, C. **Compreender Gadamer**. Petrópolis: Vozes, 2007.

LIMA, D. P. **Constituição e poder: limites da política no Estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LIMA, D. P. **Legalidade e autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964**. Salvador: Jus Podivm, 2019.

LIMA, D. P.; NEVES, I. F. Ensino jurídico deve assumir compromisso com a defesa do Estado de direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 26–29, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/diario-classe-compromisso-ensino-juridico-defesa-estado-direito?imprimir=1>

LÍRIO DO VALLE, V. R.; DO ESPÍRITO SANTO DE OLIVEIRA DIAS, P. Indeterminação dos direitos sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 73, p. 207–228, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.21056/aec.v18i73.940>

LOPES, J. R. de L. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

LOSANO, M. G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o século XX**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MACCORMICK, N. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199571246.001.0001>

MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os artigos federalistas 1787-1788: edição integral**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MANUEL GARCÍA-PELAYO. **As Transformações do Estado Contemporâneo**. 2.

ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARSHALL, W. P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chapel Hill, v. 73, n. 02, p. 101–140, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.330266>

MATHIS, K. Consequentialism in Law. *In*: EFFICIENCY, SUSTAINABILITY AND JUSTICE FOR FUTURE GENERATIONS. Dordrecht: Law and Philosophy Library, 2012. v. 98, p. 3–29. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-94-007-1869-2_1

MATTOS, K. D.; VIEIRA, J. R. Uma ponte entre dois mundos: como o constitucionalismo social conectou o direito e a ciência política no Brasil pós-88. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 27, p. 377–402, 2017.

MAZZA, W. P. **Estado e Constituição: crise financeira, política fiscal e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHELMAN, F. I. **Brennan and democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2005. ISSN 00029319. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/3113806>

MIGUEL, L. F. Introdução - Igualdade e democracia no pensamento político. *In*: DESIGUALDADES E DEMOCRACIA: O DEBATE DA TEORIA POLÍTICA. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAIS, J. L. B. de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

MORAIS, J. L. B. de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAIS, J. L. B. de. O Estado constitucional: diálogos (ou a falta deles) entre justiça e política. *In*: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; CALLEGARI, A. L. (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica (Anuário)**: Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. p. 145–162.

MORAIS, J. L. B. de; BRUM, G. V. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 63, n. 16, p. 107–136, 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/60768/60061>

MORRISON, W. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

MOTTA, F. J. B. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MÜLLER, F. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, F. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, I. F.; LIMA, D. P. A atualidade de Raymundo Faoro e dos clássicos do pensamento político. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-02/diario-classe-atualidade-raymundo-faoro-classicos-pensamento-politico>

NUNES, A. J. A. **As voltas que o mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do Estado social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

“O ativismo judicial é uma lenda”, diz luís roberto barroso sobre trabalho do STF. Brasil: Roda Viva, 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZXFdQmP4pAU>

OLIVEIRA, M. A. C. de. **Contribuições para uma teoria crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

OLIVEIRA, R. T. de. **Decisão e história: uma exploração da experiência jurídica a partir das estruturas basais da decisão judicial**. 2013. - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3223>

PATINO, C. M.; FERREIRA, J. C. Critérios de inclusão e exclusão em estudos de pesquisa: definições e por que eles importam. **Jornal Brasileiro de Pneumologia**, Brasília, v. 44, n. 2, p. 84–84, 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-37132018000200084&lng=en&tlng=en

POGREBINSCHI, T. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POZZOLO, S.; DUARTE, É. O. R. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

RAMOS, E. da S. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RE, E. D. Stare Decisis. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 122, p. 281–287, 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176188>

REDAÇÃO DA REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. “Democracia esteve por um fio e

o Direito a segurou”, diz Lenio Streck. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-25/democracia-esteve-fio-direito-segurou-streck?imprimir=1>

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Justiça Federal concede licença-paternidade de 180 dias a pai de gêmeas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-03/justica-concede-licenca-paternidade-180-dias-pai-gemeas?imprimir=1>

ROBERTO GARGARELLA. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, México, v. 13, n. 28, p. 9–32, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, O. L. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13–52, 2010. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4056713%5Cnhttp://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4056713.pdf>

RONALD DWORKIN. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

ROSANVALLON, P. **The new social question: rethinking the Welfare State**. Princeton: Princeton University Press, 2000. ISSN 1098-6596.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13–50.

SCAFF, F. F. 50 anos de tributação e finanças. *In*: CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. São Paulo: Conjur, 2016a. p. E-book não paginado.

SCAFF, F. F. Do Estado fiscal ao Estado endividado na sociedade desejante. *In*: CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. São Paulo: Conjur, 2016b. p. E-book não paginado.

SCAFF, F. F. Emenda Constitucional 86 e o orçamento impositivo à brasileira. *In*: CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. São Paulo: Conjur, 2016c. p. E-book não paginado.

SCAFF, F. F. Liberdade do legislador orçamentário e não afetação: captura versus garantia dos direitos sociais. **Revista Fórum Direito Financeiro e Econômico**, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, p. 165–181, 2016d.

SCAFF, F. F. Não é obrigado a gastar: vinculações orçamentárias e gastos

obrigatórios. *In*: CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. São Paulo: Conjur, 2016e. p. E-book não paginado.

SCAFF, F. F. **Orçamento republicano e liberdade igual**: ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCAFF, F. F. Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas?imprimir=1>

SCAFF, F. F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, I. W.; TIMM, L. B.; BARCELLOS, A. P. de (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b. p. 133–153.

SCAFF, F. F. STF: O primeiro dever fundamental é dizer “não”. *In*: CRÔNICA DE DIREITO FINANCEIRO: TRIBUTAÇÃO, GUERRA FISCAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. São Paulo: Conjur, 2016f. p. E-book não paginado.

SCAFF, F. F.; NUNES, A. J. A. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHWABE, J. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SCHWARCZ, L. M. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SECCHI, L. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SILVA, F. P. da; NEVES, I. F.; LORENZONI, P. C. É perigoso (não) defender limites à atuação do Poder Judiciário nos dias atuais? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-19/perigoso-nao-defender-limites-atuacao-judiciario?imprimir=1>

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, P. E. A. da. Pesquisas em processos judiciais. *In*: MACHADO, M. R. (org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 275–320.

SOUZA, C. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 16, n. 8, p. 20–45, 2006.

SOUZA, P. H. G. F. de. **Uma história da desigualdade**: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013. São Paulo: Anpocs, 2018.

SOUZA NETO, C. P. de. Fundação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. *In:* (org.), L. R. B. (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 285–325.

STEIN, E. **A caminho do paradigma hermenêutico: ensaios e conferências**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2017.

STRECK, L. L. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018a.

STRECK, L. L. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 221–245, 2016a.

STRECK, L. L. Ainda e sempre a discussão acerca do positivismo kelseniano. *In:*

STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; ENGELMANN, W. (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. v. 13ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017a. p. 109–121.

STRECK, L. L. Alíquota zero das armas: ativismo “do bem” que faz mal para o direito! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 dez. 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-17/senso-incomum-liquota-zero-armas-ativismo-bem-faz-mal-direito>

STRECK, L. L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010a. Disponível em: <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.14210/nej.v15n1.p158-173>

STRECK, L. L. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2–37, 2011.

STRECK, L. L. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020b.

STRECK, L. L. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, n. 194, p. 7–22, 2012a.

STRECK, L. L. É a Constituição, estúpido! Ou: que não se use a CF contra ela mesma! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2021a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-09/senso-incomum-constituicao-estupido-ou-nao-use-cf-ela-mesma?imprimir=1>

STRECK, L. L. **Ensino, dogmática e negacionismo epistêmico**. São Paulo: Tirant lo blanch, 2020c.

STRECK, L. L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização

do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721–732, 2016b. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.v17i3.12206>

STRECK, L. L. *et al.* Eugenia à brasileira: inconstitucionalidade de normas hierárquicas de saúde. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-01/opinioao-covid-19-eugenia-brasileira?imprimir=1>

STRECK, L. L. Há um recurso no Supremo tratando de uma coisa chamada homeschooling. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-10/lenio-acao-stf-tratando-algo-chamado-homeschooling?imprimir=1>

STRECK, L. L. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020d.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

STRECK, L. L. Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/observatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao>

STRECK, L. L. Interpretar e concretizar: em busca da superação da discricionariedade do positivismo jurídico. *In*: LUCAS, D. C.; SPAREMBERGER, R. F. L. (org.). **Olhares Hermenêuticos sobre o Direito**. Ijuí: Editora Unijuí, 2006. p. 327–398.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.

STRECK, L. L. Matar o gordinho ou não? O que escolha moral tem a ver com direito? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito?imprimir=1>

STRECK, L. L. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: FERRAJOLI, L. (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

STRECK, L. L. O que é isto, o ativismo judicial, em números? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2013c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>

STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, L. L. O STF, os concursos e as crenças religiosas: a história de um

equivoco. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2020e. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-03/senso-incomum-stf-concursos-crencas-religiosas-historia-equivoco>

STRECK, L. L. Os 30 anos da Constituição: o papel do direito e da jurisdição constitucional. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 18, n. 27, p. 91–109, 2020f. Disponível em: <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v18i27.p91-109.2020>

STRECK, L. L. Posfácio: diálogos (neo)constitucionais. *In*: NEOCONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO JURÍDICO: AS FACES DA TEORIA DO DIREITO EM TEMPOS DE INTERPRETAÇÃO MORAL DA CONSTITUIÇÃO. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010b. p. 199–244.

STRECK, L. L. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Jus Podivm, 2018d.

STRECK, L. L. Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018e. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-vozas-ruas-qual-valor-constituicao?imprimir=1>

STRECK, L. L. Todos os brasileiros pais de gêmeos ganharão 180 dias de licença? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2017b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/senso-incomum-todos-brasileiros-pais-gemeos-ganharao-180-dias-licenca?imprimir=1>

STRECK, L. L. Todos os brasileiros pais solteiros ganharão 180 dias de licença paternidade? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2021b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-25/senso-incomum-todos-pais-solteiros-ganharao-180-dias-licenca-paternidade>

STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017c.

STRECK, L. L.; BARRETTO, V. de P.; OLIVEIRA, R. T. de. 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**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75–83, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2009.12.07>

STRECK, L. L.; LIMA, M. M. B. Lei das políticas públicas é “Estado social a golpe de caneta?” **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, W. **Tempo comprado**: a crise adiada do capitalismo democrático. São

Paulo: Boitempo, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamentos de Especial Relevância (2021)**.

Brasília, 2022a. Disponível em:

http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF&pagina=julgamentos_especial_relevancia_2021. Acesso em: 4 fev. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatório de atividades 2019**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/centralDoCidadaoAcessoInformacaoGestaoEstrategica/anexo/2020_01_24_13.08_RelatoriodeAtividades2019_completo.pdf.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatório de atividades 2020**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatório de atividades 2021**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022b.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatório de Gestão 2018**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/presidenciaSTFPublicacoes/anexo/relatorio_de_gestao_2018.pdf.

TASSINARI, C. A relação direito e política em tempos de protagonismo judicial: elementos introdutórios sobre a dinâmica entre os três poderes. *In*: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; BRAGATO, F. F. (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. São Leopoldo: Karywa Unisinos, 2019. v. 15.

TASSINARI, C. **A supremacia judicial consentida**: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política. 262 f. 2016. - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/ClarissaTassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y

TASSINARI, C. Desafios democráticos no contexto da dinâmica entre Poderes: os perigos das tentativas de sobreposições institucionais. *In*: STRECK, L. L.; ROCHA, L. S.; TEIXEIRA, A. V. (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Blumenau: Dom Modesto, 2021.

TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. *In*: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (org.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995a. p. 1–10. Disponível em: <https://doi.org/10.5860/CHOICE.33-3542>

TATE, C. N.; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995b. ISSN 0009-4978. Disponível em: <https://doi.org/10.5860/CHOICE.33-3542>

TEIXEIRA, A. V. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 037–057, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s1808-24322012000100002>

TRINDADE, A. K.; DE OLIVEIRA, R. T. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311–326, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2017.93.09>

VERÍSSIMO, M. P. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: WANG, D. W. L. W. (org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 53–73.

VIANNA, L. W. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIEIRA, O. V. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>

WALDRON, J. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/9781444310399.ch15>

WANG, D. W. L. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2019v21e124-2018>

WANG, D. W. L. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539–568, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s1808-24322008000200009>

WARAT, L. A. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48–57, 1982. Disponível em: <https://doi.org/https://doi.org/10.5007/%25x>

WOLFE, C. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

WOLFGANG SARLET, I. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações / Fundamental rights to social benefits and crisis: some Remarks. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 459–488, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.v16i2.6876>

ANEXO A

SOLICITAÇÃO DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA NO SITE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Solicitação de Pesquisa :: STF - Supremo Tribunal Federal

31/07/2019 17:53

Solicitação de Pesquisa



servando-se a ordem de chegada. Solicitamos verificar a.

Ressaltamos que **não** aceitamos pesquisas por telefone.

Seção de Pesquisa de Jurisprudência- STF

Formulário para Solicitação

Nome Completo: Isadora Ferreira Neves

E-mail: isadoraneves@gmail.com

Telefone para contato: 73 991015756

Cidade: São Leopoldo / RS

Tipo de Pesquisa: Jurisprudência

Assunto: Casos Notórios

Legislação: Prezados, Sou doutoranda em Direito pela Unisinos/RS e estou fazendo uma pesquisa sobre judicialização da política. Por questões metodológicas, necessito de informações a respeito dos critérios utilizados para a definição dos casos notórios destacados na sessão de jurisprudência do site. Quais são os critérios que definem os casos notórios? Existe algum ato administrativo que regule essa escolha? Qual seria o órgão responsável por definir os casos notórios que serão destacados no site? Gostaria ainda, se for possível, que me encaminhassem a lista dos casos notórios referentes aos anos de 2017, 2018 e 2019 (até então, caso já exista essa definição). Desde já agradeço imensamente a atenção e colaboração. Atenciosamente, Isadora Ferreira Neves Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) como bolsista CAPES/PROEX e membro do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6778278829147343>

ANEXO B

RESPOSTA À SOLICITAÇÃO DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA NO
SITE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Gmail - (mb) 41604 - Jurisprudência - Casos Notórios

18/08/2019 22:04



Isadora Neves <isadoraneves@gmail.com>

(mb) 41604 - Jurisprudência - Casos Notórios

1 mensagem

Pesquisa de Jurisprudência <Pesquisa@stf.jus.br>
Para: "isadoraneves@gmail.com" <isadoraneves@gmail.com>

2 de agosto de 2019 18:00

Prezada Isadora,

O serviço **Pesquisas Prontas**, disponibilizado pela Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, unidade da Secretaria de Documentação, permite acesso facilitado a pesquisas previamente consolidadas e a acórdãos de grande notoriedade (**Casos Notórios**).

Os "**Casos Notórios**" são precedentes relevantes previamente selecionados pela própria Coordenadoria de Análise de Jurisprudência, levando em conta não apenas aspectos eminentemente jurídicos, mas também políticos, econômicos e sociais. Assim, não há nenhum ato administrativo que regule essa escolha.

Ademais, no portal está disponível uma lista dos casos mais notórios julgados pelo Supremo Tribunal Federal e seus respectivos processos até o ano de 2017.

Posteriormente, atualizaremos com os casos de 2018 e 2019 (cujos acórdãos já foram publicados).

Atenciosamente,



Coordenadoria de Análise de Jurisprudência

Secretaria de Documentação

De: isadoraneves@gmail.com [mailto:isadoraneves@gmail.com]**Enviada em:** quarta-feira, 31 de julho de 2019 17:53**Para:** Pesquisa de Jurisprudência <Pesquisa@stf.jus.br>**Assunto:** 41604 - Jurisprudência - Casos Notórios

Número de registro da solicitação: 41604