



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE COM
RESIDÊNCIA JUDICIAL**

MARINA MARINHO DAVINO DE MEDEIROS

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO DISTORÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA
NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

**JOÃO PESSOA
2022**

MARINA MARINHO DAVINO DE MEDEIROS

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO DISTORÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA
NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prática Judicante com Residência Judicial pela Escola Superior da Magistratura, convênio do Tribunal de Justiça da Paraíba com a Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Área de concentração: Curso de Preparação à Magistratura.

Orientador: Prof. Dr^a. Fernanda Isabela de Oliveira Freitas.

**JOÃO PESSOA
2022**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

M488a Medeiros, Marina Marinho Davino de.

O ativismo judicial como distorção da argumentação jurídica na construção das decisões judiciais [manuscrito] / Marina Marinho Davino de Medeiros. - 2022.

43 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, 2022.

"Orientação : Profa. Dra. Fernanda Isabela Oliveira Freitas, Coordenação do Curso de Direito - CCJ."

1. Teoria da decisão judicial. 2. Interpretação jurídica. 3. Argumentação jurídica. 4. Ativismo judicial. I. Título

21. ed. CDD 345

MARINA MARINHO DAVINO DE MEDEIROS

O ATIVISMO JUDICIAL COMO DISTORÇÃO DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA NA
CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prática Judicante com Residência Judicial pela Escola Superior da Magistratura, convênio do Tribunal de Justiça da Paraíba com a Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Área de concentração: Curso de Preparação à Magistratura.

Aprovada em: 14/06/2022.

BANCA EXAMINADORA

Fernanda Isabela O. Freitas

Prof. Dr^a. Fernanda Isabela Oliveira Freitas (Orientadora)
Instituto Federal da Paraíba (IFPB)

Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira.

Profa. Dr^a. Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira
Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP)

MANIFI MARIA ANTUNES Assinado de f
DE MELO:4717813 MARIA ANTU
Dados: 2022.1

Prof. Me. Manuel Maria Antunes de Melo
Escola Superior da Magistratura (ESMA)

À minha avó materna, Eunice, pelo apoio
e amor incondicionais, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Acredito que, nessa vida, para que seja possível alçar altos voos, além de intensa preparação, dedicação e, sem dúvidas, superação de obstáculos, precisamos de apoio. De nada valeria cada conquista se não pudesse compartilhá-la com aqueles que direta ou indiretamente contribuíram com o meu sucesso. Por isso, agradeço sinceramente por tudo o que pude vivenciar e aprender neste processo de especialização.

Primeiramente a Deus, autor da vida, que até aqui me ajudou e a quem sempre serei grata por tudo o que tenho e sou. Também a Nossa Senhora de Fátima, por sua eterna e especial intercessão.

Aos meus pais, Carlos Alberto e Gerlane, por sempre se dedicarem de forma irrestrita para que eu pudesse ter as melhores oportunidades de estudo. À minha irmã, Mariana, por sempre acreditar no meu potencial e me incentivar.

A todos os professores deste curso que, no decorrer dos encontros, foram injeções de ânimo e motivação constantes a todos os alunos. Em especial, agradeço ao professor Bianor Arruda, este responsável por ministrar a disciplina “Hermenêutica Jurídica” pela qual iniciei meus estudos – ainda embrionários – sobre o tema e, certamente, sem os aprendizados ali obtidos, o presente trabalho não seria possível.

À Professora Fernanda Freitas, que generosamente me auxiliou com sua brilhante orientação, sempre disponível para sanar quaisquer dúvidas e com quem pude discutir e aprender sobre a temática do presente estudo.

A todos os meus grandes amigos, que conservo de longas datas, pela torcida inigualável, pelo apoio ao meu futuro e pela compreensão nos momentos de ausência. E aos bons frutos de amizade que pude colher através deste curso, meus especiais colegas da ESMA.

Encerro mais um ciclo em minha vida, uma etapa importante e de inúmeros conhecimentos adquiridos. A pós-graduação trouxe consigo experiências abrangentes e, além disso, o exercício da paciência e resiliência, necessárias a atravessar – e sobreviver – ao período pandêmico para, ao fim, obter-se o prêmio. Assim, como diz o apóstolo Mateus, após a tempestade, vem a bonança.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto do ativismo judicial enquanto problema hermenêutico que reflete na construção das decisões, tema este especialmente disciplinado pela hermenêutica jurídica e pela teoria da decisão e da interpretação judiciais. Especificamente, através do estudo da argumentação e das noções acerca da teoria da decisão judicial, defendeu-se a aplicação do princípio da fundamentação das decisões judiciais e do acesso à justiça, em defesa da segurança jurídica no combate às decisões pautadas em aspectos subjetivos, privilegiando o poder de argumentação em seu caráter positivo. Para tanto, serão enfrentados os problemas da discricionariedade e do voluntarismo judicial como reflexos do subjetivismo dos magistrados na construção das decisões. Ademais, entendendo a influência do neoconstitucionalismo e das bases principiológicas e fundamentais do Estado Democrático de Direito, diante de omissões legislativas e/ou executivas, se percebe a atuação do Judiciário na garantia de direitos fundamentais através das decisões judiciais, como forma de preenchimento de lacunas. Por fim, diante de tais noções, analisou-se a decisão da ADO 26/DF como exemplo prático de decisão ativista no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Neste estudo, de abordagem essencialmente teórica, o método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, o método de pesquisa utilizado foi o bibliográfico e a técnica de pesquisa foi a documentação indireta.

Palavras-Chave: Teoria da Decisão Judicial, Interpretação Jurídica, Argumentação Jurídica, Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The present work aims to understand judicial activism as a dysmorphia of legal argumentation in the construction of judicial decisions, a theme that is especially disciplined by legal hermeneutics and by the theory of judicial decision and interpretation. Specifically, through the study of arguments and notions about the theory of judicial decision, the application of the principle of the reasoning of judicial decisions and access to justice will be defended, in defense of legal certainty in the fight against decisions based on subjective aspects, privileging the power of argument in its positive character. In order to do so, the problems of discretion and judicial voluntarism will be faced as reflections of the subjectivism of magistrates in the construction of decisions. Furthermore, understanding the influence of neoconstitutionalism and the principiological and fundamental bases of the Democratic State of Law, in the face of legislative and/or executive omissions, it is possible to perceive the role of the Judiciary in guaranteeing fundamental rights through judicial decisions, as a way of filling gaps . Finally, in view of such notions, the decision of ADO 26/DF was analyzed as a practical example of an activist decision within the scope of the Federal Supreme Court. In this study, with an essentially theoretical approach, the method of approach used was the hypothetical-deductive, the research method used was the bibliographic and the research technique was indirect documentation..

Keywords: Judicial Decision Theory, Legal Interpretation, Legal Argumentation, Judicial Activism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	NOÇÕES BASILARES SOBRE TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, INTERPETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICAS.....	13
2.1	A teoria da decisão judicial e o dever de fundamentação das decisões sob a ótica do novo CPC.....	13
2.2	Interpretação jurídica e o processo valorativo das normas.....	16
2.3	A argumentação jurídica como ferramenta na construção de decisões.....	19
3	O ATIVISMO JUDICIAL ENQUANTO REFLEXO NEGATIVO DO VOLUNTARISMO JUDICIAL.....	22
3.1	O ativismo judicial enquanto problema hermenêutico e reflexo das subjetividades dos magistrados.....	22
3.2	Legitimidade democrática sob a ótica do ativismo judicial: entendimento sobre a discricionariedade dos juízes.....	25
4	ANÁLISE PRÁTICA DE DECISÃO JUDICIAL.....	29
4.1	ADO 26/DF e a aplicação da Lei nº 7.716/89 para punir condutas homofóbicas e transfóbicas: uma análise decisória.....	29
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
	REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como tema o ativismo judicial como distorção da argumentação jurídica na construção das decisões judiciais, especialmente disciplinado pela hermenêutica jurídica e pela teoria da decisão e da interpretação judiciais. Para compreender este recorte temático, inicialmente, necessário se faz uma breve compreensão sobre a evolução da teoria da decisão judicial e como, atualmente, o sistema processual brasileiro trata o dever de fundamentação das decisões.

Após, no próprio processo de construção da *norma-decisão* aplicável a cada caso concreto, estudou-se a interpretação e a argumentação jurídica em paralelo com a hermenêutica e com o círculo hermenêutico de Gadamer. Como modalidade crítica, buscou-se entender como o processo valorativo das normas, apesar de necessário, pode ser influenciado pelas subjetividades do próprio magistrado na construção das decisões e, entendendo tais percepções, foi analisado o caso prático do julgamento da ADO 26/DF como decisão paradigma fruto do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal e, através dele, discutidos seus reflexos na aplicabilidade das teses ali fixadas.

O Código de Processo Civil estabeleceu diversos deveres aos sujeitos do processo, entre eles, merecem destaque o de fundamentação adequada das decisões judiciais, inovação trazida pelo art. 489 do CPC e os deveres de coerência e integridade contidos no art. 926, *caput* do mesmo diploma legal. Acontece que, antes mesmo de se construir qualquer decisão judicial, o juiz precisa fazer, conforme leciona Bezerra Neto (2015), duas travessias: dos eventos aos fatos e do texto da lei ou enunciado normativo à norma jurídica. Para tanto, devem ser atendidos alguns critérios que guardam relação direta com a própria harmonia entre os Poderes constitutivos de um Estado Democrático de Direito.

Assim, após cumprir os mencionados deveres, o primeiro deles de cariz analítico e o segundo de cariz hermenêutico (ZANETTI JR, 2016), deve o magistrado, no processo interpretativo, obediência não só ao ordenamento, mas também à adequação daquele *decisium* à sociedade. Isto porque, de modo fim, a decisão judicial servirá a um determinado contexto social, razão pela qual a valoração feita pelo operador no processo de tradução da norma jurídica precisa ser fruto de

reflexões, comparações, contextualizações e críticas através de uma análise dos fatos e eventos de cada caso concreto.

De tal modo, na construção de decisões judiciais, apesar de estarem os magistrados sujeitos a subjetividades intrínsecas à condição humana, é em seu aspecto negativo, ou seja, quando afetam diretamente os critérios de julgamento, que há margem para o temido voluntarismo judicial. Tal instituto se traduz, portanto, na atitude do magistrado que realiza ou finaliza a construção da decisão judicial diante de situações de discricionariedade. Em tal processo, muitas vezes, em razão da influência direta das subjetividades do próprio juiz na construção da decisão, esta torna-se muito mais uma decisão pessoal (política) do que pretendente à realização de valores sociais.

Isso porque, genuinamente, o que se pretende por aquele que diz o Direito é a aceitação de determinada decisão judicial pelo contexto no qual ela será inserida. Em suma, é evidente que o juiz pretende que os sujeitos que se submeterão ao produto de sua argumentação jurídica aceitem-na e, melhor, executem-na. Para tanto, eis o papel-chave do convencimento em seu aspecto positivo, este necessariamente utilizado na argumentação jurídica, fruto do círculo hermenêutico e com a finalidade de promover a adequação da decisão judicial.

Por outro lado, não se está a criticar o necessário processo de valoração das normas pelo intérprete, mas sim, o problema da arbitrariedade dos aplicadores quando da argumentação jurídica na defesa de vertentes subjetivas da interpretação do direito. Diante de tal obstáculo no fenômeno jurídico da interpretação, pretende-se combater justamente a figura do juiz voluntarista, ou seja, aquele que caminha em sentido contrário aos elementos objetivos do ordenamento, buscando a execução, muito mais, de valores pessoais do que sociais.

Apesar de saber que a própria condição humana faz o operador ser dotado de subjetividades, é a influência negativa delas que macula o processo de interpretação jurídica. Assim, quando se aplica uma carga valorativa que deturpa a argumentação jurídica no processo de construção das decisões, o resultado é o ativismo judicial em seu aspecto negativo de modo a, muitas vezes, comprometer a própria segurança jurídica. Diante de tal problema hermenêutico e do direito, através desta pesquisa, procura-se entender quais as consequências da invasão da subjetividade dos julgadores no processo de interpretação jurídica e, conseqüentemente, na construção da decisão judicial?

Com isso, a pesquisa foi realizada para fins de demonstrar a seguinte hipótese: se a valoração das normas é feita, na prática, em defesa de vertentes subjetivas da interpretação do direito e, em combate a isto, se existe a possibilidade de construir decisões adequadas ao contexto social orientadas por processos argumentativos que valorizem elementos objetivos do ordenamento jurídico, sem o comprometendo a segurança jurídica.

Para tanto, trabalhou-se o princípio da fundamentação das decisões judiciais e do acesso à justiça, em defesa da segurança jurídica no combate às decisões pautadas em aspectos subjetivos, privilegiando o poder de argumentação em seu caráter positivo.

Em relação ao aspecto social desta monografia, a relevância se dá de forma dupla: a primeira delas é a defesa da adequação da decisão judicial ao contexto social apresentado e não às preferências ideológicas do magistrado, a segunda pretende compreender o ativismo judicial com interface nas decisões judiciais, subjetividades e preferências ideológicas dos magistrados em defesa do dever de fundamentação das decisões judiciais para viabilizar a segurança jurídica. De tal modo, cumpre-se o papel social deste estudo pela defesa da adequação da decisão judicial ao contexto social apresentado e não às preferências ideológicas do magistrado.

Na presente pesquisa, portanto, tem-se como objetivo geral analisar o instituto do ativismo judicial enquanto consequência do 'excesso' de subjetividade dos julgadores no processo de argumentação jurídica para a construção de decisões judiciais. Entre os objetivos específicos, destacam-se os seguintes: (a) entender a teoria da decisão judicial e o atual modelo processual do dever de fundamentação das decisões; (b) diferenciar a interpretação e a argumentação jurídicas enquanto métodos de construção de decisões judiciais; (c) demonstrar as consequências da invasão das subjetividades e preferências ideológicas dos magistrados nas decisões judiciais; (d) compreender o ativismo judicial enquanto problema hermenêutico com interface nas decisões judiciais, especificamente no caso concreto da ADO 26/DF.

No tocante ao método de abordagem, foi utilizado, predominantemente, o hipotético-dedutivo, uma vez que a fundamentação será baseada na formulação de hipóteses, que, após discutidas e testadas, conduzirão à solução da problemática, corroborando-a ou não. Por sua vez, cumpre destacar que a abordagem do tema será essencialmente teórica, e, portanto, o método de pesquisa aqui utilizado foi o

bibliográfico e documental de modalidade descritiva quanto aos objetivos, haja vista o amplo arcabouço doutrinário acerca da teoria da decisão judicial, da argumentação jurídica e do ativismo judicial. A técnica de pesquisa utilizada no estudo analítico do presente trabalho foi a documentação indireta, notadamente: teses de doutorado, manuais, artigos jurídico-científicos e fontes referenciais diversas, como a própria legislação processual e extraprocessual, além da análise da ADO 26/DF.

Quanto à estruturação do desenvolvimento da monografia, no primeiro capítulo, foram compreendidas as bases da teoria da decisão judicial e seu desenvolvimento para análise do atual modelo: o da decisão fundamentada. Como premissas, foram compreendidas a interpretação e a argumentação jurídica enquanto ferramentas necessárias ao processo de construção das decisões judiciais.

No capítulo seguinte, o tema do ativismo judicial enquanto reflexo negativo do voluntarismo foi tratado como problema hermenêutico decorrente da figura do juiz voluntarista. Para tanto, compreendeu-se, inicialmente, a metáfora dos tipos de juiz sob a ótica de François Otis e, posteriormente, discutiu-se o problema da discricionariedade dos juízes como reflexo das subjetividades dos magistrados.

Por fim, no capítulo último, foi feita a análise prática com considerações acerca do julgamento da ADO 26/DF, principalmente no que se refere às bases argumentativas ali utilizadas para defender a aplicação da Lei nº 7.716/89 para punir condutas homofóbicas e transfóbicas.

2 NOÇÕES BASILARES SOBRE TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, INTERPETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICAS

Antes de se abordar efetivamente o tema, necessário se faz compreender as bases da teoria da decisão judicial e como se deu seu desenvolvimento até o modelo atual de decisão fundamentada. Para tanto, imprescindível analisar as premissas, da interpretação e da argumentação jurídicas enquanto ferramentas necessárias ao processo de construção das decisões judiciais.

2.1. A teoria da decisão judicial e o dever de fundamentação das decisões sob a ótica do novo CPC

A decisão judicial pretende resolver um crise de certeza ou de adimplemento trazida à última *ratio* do Poder Judiciário quando não fora possível sua resolução pela via administrativa ou autocompositiva. Assim sendo, cabe ao juiz, funcionário público dotado de investidura e responsável por dizer o direito, a tarefa de conhecer ou descobrir a vontade do legislador posta na norma através da interpretação jurídica. (BEZERRA NETO, 2015). A partir disso, construir uma decisão judicial possivelmente mais adequada ao caso concreto através da análise dos fatos relevantes da lide trazidos pelas partes quando da apresentação da demanda ao Judiciário.

Através das revoluções sociais dos séculos XVIII e XIX, com os ideais iluministas das Revoluções Industrial e Francesa, se construiu uma forte influência para as bases filosóficas do constitucionalismo do século XX, este essencial à formação do Estado Democrático de Direito. Este, por sua vez, surge com prestígio aos direitos humanos e privilégio à consecução dos direitos e garantias individuais e coletivos. Com isso, mudou-se, igualmente, a própria ordem jurídica que, com respeito à separação dos Poderes, passa a priorizar a vontade do povo na própria formação das normas através da escolha direta de seus representantes.

De tal modo, a figura do juiz, conseqüentemente, modificou-se profundamente ao longo dos anos. O magistrado que, antes, era sujeito passivo não interferente nem na constituição nem no conteúdo da norma, agora o faz por meio da jurisdição constitucional “determinando a aplicabilidade/inaplicabilidade na norma, o seu conteúdo e seus limites, tudo em nome do pacto político inscrito nas normas constitucionais”. (BEZERRA NETO, 2015. p. 210).

Acompanhando e evolução destes movimentos, a escola positivista em muito influenciou a teoria da decisão judicial. Na verdade, em sua tentativa de purificar a norma jurídica do processo de valoração pelo intérprete, acabou por não atacar o problema da arbitrariedade dos aplicadores na interpretação do direito. (ZANETI JR., 2016). Atualmente, o momento pós-positivista se preocupa em superar a noção do direito como manifestação pura e simples do poder estatal em busca de decisões que, além de adequadas ao contexto normativo, também estejam adequadas ao contexto social, levando em conta a preservação de direitos e garantias fundamentais, como vias à satisfação das bases principiológicas e democráticas do Estado de Direito.

Pelas lições positivistas, compreende-se que as leis são objetivas e decorrentes de um processo de manifestação do poder estatal que, apesar de levar em consideração direitos e garantias fundamentais, depende, igualmente, de um processo de valoração e interpretação normativa realizado justamente pelo homem. Sabendo disso, e, principalmente, que é indissociável à condição humana a existência de subjetividades, o objetivo principal da teoria do direito contemporânea é a busca pela redução da discricionariedade judicial a fim de coibir a arbitrariedade na argumentação jurídica e, conseqüentemente, no processo de construção das decisões judiciais.

Em verdade, o juiz, apesar de atribuir carga valorativa quando da interpretação, sendo esta inerente à sua humanidade, não deve tornar-se agente político no decorrer do processo de argumentação. Isso porque, antes de mais nada, é ele pertencente ao próprio Estado Democrático de Direito fundado em um projeto político que possui, por si só, valores e normas éticas próprias decorrentes da Constituição que o criou.

De tal modo, a partir da percepção de tais problemáticas no processo de construção das decisões, a nova teoria da decisão judicial busca impedir, justamente, o “decisionismo decorrente da livre atribuição de sentido no processo de interpretação.” (ZANETI JR, 2016). Pautada nisso e, principalmente, na necessária vinculação do sujeito-juiz à Constituição do Estado ao qual se subordina, que tal teoria tem como principal premissa reduzir a discricionariedade quando da “livre” criação do direito pelo julgador.

Para tanto que, o Código de Processo Civil de 2015, com privilégio ao modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes e ao debate sobre a

interpretação e aplicação do direito, traz critérios analíticos para controle da discricionariedade judicial, principalmente nos artigos 489, com o dever de fundamentação das decisões judiciais e no art. 926, com os deveres de estabilidade, coerência e integridade.

A decisão judicial, produto da interpretação e argumentação realizadas pelo magistrado, pretende cumprir, segundo Zaneti Jr (2016), duplo compromisso: um interno, prestando tutela jurisdicional justa, efetiva, célere e adequada aos sujeitos daquele processo e um externo, preservando a coerência e a integridade do ordenamento jurídico. Ocorre que, para que sejam cumpridos os deveres estabelecidos pelo próprio sistema processualista, faz-se necessário, igualmente, cumprir critérios analíticos e hermenêuticos no processo valorativo com a finalidade de evitar a discricionariedade na construção das decisões.

Nessa perspectiva, a aplicação do direito passa a ter caráter mais democrático, em razão do respeito às bases éticas da Constituição, conseqüentemente mais garantista já que guarda preocupação especial com os direitos e garantias fundamentais e, por fim, mais racional, com vias a coibir decisões políticas impregnadas de concepções subjetivas dos próprios juízes.

Em vista disso, o novo modelo processualista voltado a combater a arbitrariedade nas decisões judiciais em respeito à segurança jurídica e ao modelo de precedentes vai de encontro justamente à figura do juiz voluntarista que, pela deturpação interpretativa, se utiliza de fundamento subjetivos na construção de suas decisões.

Em análise fim, a decisão, além de precisar cumprir o duplo compromisso acima citado, precisa, também, ser inteligível pelos próprios sujeitos do processo. É, portanto, nesta tarefa que está o poder da argumentação como instrumento à defesa da adequação da norma jurídica ao caso concreto através da interpretação dos fatos e provas.

Tudo isso se resume ao elo principal: a linguagem, assim, na tarefa de tradução e contextualização das normas do sistema de acordo com as normas constitucionais, conforme Bezerra Neto (2015, p. 210), busca-se pelo processo hermenêutico a coerência na interpretação pelo distanciamento da subjetividade do juiz. Portanto, como nova proposta ao processo argumentativo e adequação da valoração normativa, se pretende o demérito da vontade individual do magistrado para que passe este a pensar como sujeito inserido em uma comunidade com um

projeto político próprio do Estado que a rege e não como um agente político que cria uma norma-decisão e pretende sua aceitação a qualquer custo.

2.2. Interpretação jurídica e o processo valorativo das normas

A interpretação parte da análise de signos linguísticos em um processo de compreensão destes (GRAU, 2021). Por sua vez, o processo interpretativo jurídico, pretende atribuir sentido básico a uma norma válida através da determinação de códigos, palavras ou signos linguísticos contidos no discurso normativo para que se guie o agir de um certo modo e não de outro. Neste sentido, o principal objetivo da interpretação jurídica é “alcançar um sentido válido de uma comunicação normativa, que manifesta uma relação de autoridade.” (FERRAZ JR, 2018, p. 273).

Assim sendo, toda e qualquer interpretação jurídica inicia-se com a decodificação dos signos e símbolos linguísticos para que se entenda, primeiramente, a linguagem e, após, o conteúdo normativo. A segunda etapa é justamente a argumentação jurídica que, complementando a interpretação, constrói a decisão judicial supostamente adequada ao caso concreto.

Enquanto atividade interpretativa que busca compreender a linguagem (textos normativos, diversos meios de prova e narrativa fática), fornecendo os fundamentos necessários à decisão judicial, a atividade argumentativa justifica, de modo descritivo, da decisão judicial por meio de argumentos que buscam convencer os destinatários daquela decisão (BEZERRA NETO, 2018). Neste processo, ainda, destaca-se a pedra de toque entre a interpretação e a argumentação jurídicas: a atividade hermenêutica. Isso porque, como destaca Ferraz Jr. (2018), diante dos conteúdos normativos essencialmente plurívocos, caberá à ciência jurídica estabelecer alguns limites através da descrição do próprio fenômeno interpretativo.

Assim, partindo-se da premissa do conteúdo aberto das normas, “o ato interpretativo dogmático se vê aprisionado dentro de uma correlação dilemática entre dogma e liberdade, isto é, entre a necessidade de determinar objetivamente os pontos de partida e a possibilidade subjetiva de, ao final, sempre se encontrarem diversos sentidos.” (FERRAZ JR, 2018, p. 277)

A multiplicidade dos valores contidos no texto normativo, ou seja, na *res a ser traduzida*, provoca naquele que interpreta a necessária reflexão de que cada coisa possui sua própria estrutura e, portanto, significação intrínseca. Como resultado

disso, para que seja feita uma articulação linguística mais fidedigna, sugere-se, primeiro, fazer incidir a norma já interpretada à realidade para, depois (e, como consequência disso), reconhecer o sentido dos fatos que determinariam a vontade da lei.

Em verdade, a tarefa de buscar, a todo o custo, uma tradução da vontade da lei leva aquele que a interpreta a perceber que tal vontade não é efetivamente alcançável. Isso porque, no processo interpretativo para a construção de decisões, o mesmo objeto (leis, fatos, provas e eventos) é traduzido em duas línguas diversas: o seu sentido inicial, em sua gênese, e aquele que se alcança pelo aplicador da lei (neste caso, pelo magistrado). Assim, entendendo que tudo partirá da observação, o critério da tradução repousa numa característica do próprio objeto.

É na tarefa da decodificação que os métodos interpretativos, o teleológico e o axiológico, buscam justamente integrar a multiplicidade de valores contidos na norma. O modo como é feita tal decodificação origina os tipos de interpretação estudados pelo professor Tércio Sampaio: a interpretação especificadora, restritiva e extensiva.

A primeira pressupõe que o sentido da norma cabe no enunciado legislativo, sendo, portanto, desnecessários maiores esforços interpretativos já que o conteúdo da norma e a letra da lei estão em sintonia, cabendo ao intérprete tão somente constatar este fenômeno. Defende, portanto, que a interpretação deve seguir o sentido natural e usual da norma.

Já a interpretação restritiva busca limitar o sentido de uma norma que, por sua natureza, é mais ampla em sua expressão. De tal modo, a interpretação restritiva corresponde a uma paráfrase que decodifica uma mensagem codificada num código fraco por meio de um código forte. (FERRAZ JR, 2018, p. 320). Parte-se de uma noção vaga e ambígua para uma especificação mais restrita do texto normativo.

Por último, tem-se a interpretação extensiva, que visa ampliar o sentido da norma para além do que se diz no enunciado legal. Isso porque, a mensagem parte da decodificação em um código forte para um fraco, promovendo a valoração da norma pelo próprio intérprete. Tal tarefa pressupõe uma postura mais ativa do intérprete e é bem por isso que a própria dogmática busca limitar seu uso, na tentativa de evitar excessos. Assim, a extensão do sentido que se busca atribuir está intrinsecamente contida no próprio espírito da lei.

De tal modo, é plenamente válido o receio de o agente criar uma nova norma através da atividade interpretativa uma vez que o desafio do processo valorativo das normas, no decorrer do processo interpretativo, está justamente no voluntarismo. Como vias a coibir o aspecto negativo deste fenômeno, a interpretação e a hermenêutica jurídicas atuam como ferramentas necessárias para estabelecer limites à própria linguagem, até porque, é por meio dela que o objeto da interpretação se apresenta.

Sendo, então, processo interpretativo decorrente da compreensão de textos e da realidade (normas jurídicas) e a norma de decisão do caso aquela expressa na sentença judicial, a norma (decorrente do texto normativo) é construída pelo próprio intérprete no decorrer do processo de concretização do direito (GRAU, 2021). Assim, através de tal processo, que produz como resultado a *norma da decisão*, o juiz (intérprete) alcança a solução à crise de certeza ou de adimplemento que a ele fora apresentada através da lide.

Partindo-se da premissa de que o enunciado normativo é alográfico, ou seja, necessita de dois agentes para que seu sentido se complete (o autor e o intérprete), o processo de determinação do conteúdo normativo é feito a quatro mãos. Em um primeiro momento, se compreende e reproduz e, em um segundo momento, se direciona o produto interpretativo (*norma da decisão*) para que determinado conflito seja decidido.

Diante deste cenário, ciente de que, a cada caso concreto, existem diferentes compreensões sobre enunciados normativos, realidade, fatos e eventos, é inviável pensar em uma única solução correta. Neste sentido, a norma a qual se alcança através do processo interpretativo é objeto de justificação para aquela decisão que, levando em conta a análise do caso concreto, escolheu determinada interpretação entre as várias possíveis de modo a construir uma – acredita-se – norma jurídica adequada.

O fato é que, a interpretação, por si só, permite diversos caminhos e estes mesmos decorrem tanto da primeira análise (autor/legislador), quanto da segunda (intérprete/juiz). O resultado é: existem múltiplas respostas, de modo que não se pode falar em uma única interpretação objetivamente verdadeira. Portanto, a argumentação jurídica, atrelada à compreensão linguística, atua enquanto peça fundamental no processo de concretização do direito e de justificação da decisão (supostamente adequada) ao caso.

Dessarte, entender (e usar) a argumentação é tarefa fundamental ao magistrado que, pela sua decisão, utilizará tal ferramenta a seu favor na compreensão dos signos linguísticos e tradução de seus significados à norma da decisão. Contudo, é na fundamentação e na justificação que aquele responsável por construir uma decisão se depara com os obstáculos do voluntarismo judicial e da subjetividade.

2.3. A argumentação jurídica como ferramenta na construção de decisões

No processo de construção de uma decisão, duas ferramentas essenciais são utilizadas pelo magistrado: a fundamentação e a justificação. A primeira parte da referência extraída através da construção da realidade jurídica representada pelo fato jurídico em decorrência da atividade hermenêutica que interpreta a linguagem, a narrativa fática e os enunciados normativos. Já a segunda, demonstra como se atribuiu determinado sentido à linguagem através dos critérios utilizados no processo de valoração para respaldar e justificar as teses concluídas na sentença (BEZERRA NETO, 2018).

Em verdade, o juiz se utiliza da linguagem para persuadir tanto as partes do processo (receptores diretos da decisão), quanto a própria sociedade que, indiretamente afetada, também pode exercer controle sob determinada conclusão jurídica. Assim, através da fundamentação (linguagem descritiva), pretende o juiz demonstrar a aplicabilidade ou não de determinado enunciado normativo, por outro lado, através da argumentação (linguagem prescritiva), pretende convencer as partes acerca do posicionamento adotado demonstrando ser aquela decisão adequada à resolução da lide.

É justamente por isso que Bezerra Neto (2018) afirma ser a necessidade de convencimento uma ferramenta inerente à própria atividade judicial. Através dela, portanto, o juiz demonstrará como desenvolveu sua própria narrativa diante de determinada norma jurídica válida compreendida, contextualizada e interpretada à luz do caso concreto e em razão do processo hermenêutico.

Ainda que, antes de mais nada, esteja o julgador adstrito às suas próprias experiências pelo fato de ser a compreensão algo existencial dos sujeitos, é no processo hermenêutico, mais especificamente no diálogo entre o sujeito e o objeto, que se constrói, mediante constante revisão e revisitação de conceitos, determinado

sentido. De tal modo, “a interpretação começa sempre com conceitos prévios que se deve progressivamente substituir por outros mais adequados” (GRAU, 2021. p. 70).

Diante disso, para que a compreensão alcance suas possibilidades, imprescindível que as opiniões prévias sejam menos arbitrárias de modo a viabilizar ao intérprete uma experiência junto ao próprio texto que, consigo, traz sua opinião intrínseca. Caberá, portanto, àquele que o interpreta, uma consciência hermeneuticamente receptiva de modo a, antes de infectar o texto com sua pré-compreensão, deixar que ele mesmo o diga algo.

Partindo da premissa que interpretar nada mais é do que traduzir e, para isso, se faz necessário compreender, Gadamer (1991) sugere que este processo se dá através de um movimento circular, pelo que denomina “*círculo hermenêutico*”. A partir da análise do fato, se dá a compreensão e, após, a interpretação que traduz e valora o fato, neste processo, o intérprete reflete acerca da valoração feita e, a partir disso, compara, contextualiza e critica. Assim, o círculo da compreensão não se limita a valores puramente metodológicos, ele descreve um momento estrutural ontológico da compreensão (GRAU, 2021).

Portanto, durante o fenômeno dialogal de compreensão, trespassando a interpretação, se constrói a norma decisional como resultado da própria experiência do intérprete que, agora, cria novos sentidos e um deles se traduz na solução ao caso concreto, ou seja, na conclusão da atividade jurisdicional. Para tal resultado (a decisão jurídica), o magistrado faz a justificação através de argumentos e as próprias premissas de suas conclusões, na busca pelo convencimento das partes e adequação social.

É, por isso, que a decisão judicial se constrói mediante a sinergia entre dois momentos: o de fundamentação (pelos discursos descritivos e prescritivos) e o de justificação, mediante o discurso argumentativo. Vale salientar que, como não é possível dissociar a argumentação da realidade, este discurso, resultado de um processo valorativo, também depende da necessária atividade hermenêutica.

Ocorre que, sob a mesma lógica, também não há decisão judicial sem argumentação. De tal sorte que, em seu discurso, o magistrado busca nada mais além de justificar o processo valorativo em torno dessa atividade e a maneira como determinado argumento consolida a conclusão tomada na decisão judicial. Assim, fundamental compreender como se chegou aos fatos que compõem a narrativa do juiz e, conseqüentemente, à norma do caso concreto, pois imprescindível que as

atividades interpretativas e argumentativas sejam realizadas de modo consciente. (BEZERRA NETO, 2018)

Por vezes, em decisões mais complexas, caberá ao magistrado a aplicação das mais diversas técnicas interpretativas e argumentativas e, partindo-se da premissa da linguística e do processo de compreensão através do círculo hermenêutico e da atividade hermenêutica *per sí*, poderá o juiz evitar o subjetivismo através da autocrítica de suas pré-compreensões e das reflexões realizadas no interior do círculo hermenêutico e do processo valorativo. De tal sorte que, entendendo a valoração como dependente da própria sociedade e, conseqüentemente, das circunstâncias, busca o magistrado defender suas posições de modo mais universal e coerente.

Dessa forma, o objetivo aqui defendido com a atividade argumentativa consciente é o de que a linguagem seja utilizada tanto à justificação quanto à compreensão de modo a serem as decisões inteligíveis e discutíveis pela própria comunidade na qual ela emerge (e, obviamente, se aplica). Assim sendo, o juiz deve adotar uma postura de fidelidade aos valores intrínsecos de sua comunidade, garantindo – por fim – uma construção consciente de seus argumentos, reconhecendo, inclusive, seus limites. (BEZERRA NETO, 2018).

3 O ATIVISMO JUDICIAL ENQUANTO REFLEXO NEGATIVO DO VOLUNTARISMO JUDICIAL

Aqui se estuda o ativismo judicial enquanto reflexo negativo do voluntarismo e, conseqüentemente, como um modelo a ser coibido e evitado, por pretender a realização de preferências pessoais do magistrado em detrimento da vontade da Constituição. Assim, analisa-se tal situação – o ativismo judicial em sua vertente nociva – enquanto problema hermenêutico decorrente da figura do juiz voluntarista. Para tanto, discutiu-se o problema da discricionariedade dos juízes como reflexo das subjetividades dos magistrados.

3.1. O ativismo judicial enquanto problema hermenêutico e reflexo das subjetividades dos magistrados

A organização da democracia brasileira possui como prerrogativa constitucional a divisão dos Poderes da União entre Legislativo, Executivo e Judiciário, estes independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CRFB). O modelo de separação de poderes, com o sistema de freios e contrapesos proposto pelo filósofo Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”, prevê que cada poder, apesar de suas funções típicas, possui, de modo complementar, funções atípicas. Neste sentido, desde as revoluções sociais do século XVIII e XIX e, posteriormente, após o final da Segunda Guerra Mundial, ficou cada vez mais latente o avanço da justiça constitucional buscando esta uma maior viabilização dos direitos e garantias fundamentais através da função atípica do Poder Judiciário.

Em tempos passados, por exemplo, as matérias que hoje fazem parte da Constituição eram tratadas pelo processo político na legislação ordinária. No sistema constitucional brasileiro, que também segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a CRFB é, quanto à sua extensão, de natureza analítica e, por isso, trata de forma minuciosa sobre alguns assuntos, buscando dotar certos institutos e normas de uma proteção mais eficaz contra investidas do legislador ordinário. Assim sendo, devido à supremacia formal da Constituição, as normas inseridas em seu texto somente poderão ser modificadas mediante processo legislativo especial.

Ocorre que, por outro lado, como bem sinaliza Barroso (2009), algumas questões de grande repercussão política ou social vêm sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não por aqueles que, de fato, foram escolhidos pelo voto

popular como agentes políticos de representação direta dos cidadãos (art. 14, CRFB). Isso porque, ao contrário dos representantes do povo que compõem os demais Poderes, os juízes e membros dos Tribunais Superiores não são agentes públicos eleitos pelo voto. Contudo, pela própria gênese do sistema brasileiro, ao Judiciário e ao STF, em especial, a própria Constituição atribui o fundamento normativo de invalidação dos atos dos outros dois Poderes. A dúvida, assim, gira em torno da legitimidade e, principalmente, do limite para tal atuação.

Por isso, a figura do ativismo judicial que se traduz como uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2009, p. 25). Ocorre que, diante de situações em que o Legislativo não atua de modo satisfatório, distanciando-se da classe política e do próprio contexto social ao qual a norma, em seu fim último, deve se prestar, observa-se uma atitude mais proativa do Judiciário na concretização de valores constitucionais, o que gera interferência na atuação dos demais Poderes. Tratando, assim, o ativismo enquanto remédio – muitas vezes necessário – a diferença entre a cura e o envenenamento estaria justamente na dosagem.

Sendo necessária a análise de decisões paradigmáticas da Corte Suprema brasileira para perceber posições claramente ativistas como, por exemplo, o julgamento da ADPF 54 que julgou a descriminalização do aborto em casos de anencefalia; o julgamento da ADO 26/DF, que aplicou a Lei nº 7.716/89 para punir condutas homofóbicas e transfóbicas, além do o julgamento das ADC's 43, 44 e 54 que definiram a proibição de prisões logo após a condenação em segunda instância. Em todos estes julgamentos, sem adentrar no mérito de cada uma das decisões, existe uma postura ativista decorrente, em muito, da própria composição do Supremo enquanto onze tribunais isolados.

Diante das mudanças constantes na atual sociedade, o Poder Legislativo, com sua morosidade peculiar, muitas vezes não consegue alcançar a solução de situações emergentes e que necessitam de regulamentação com certa pressa (AQUINO FILHO; BRAZ e SILVA; ALVES, 2020). Assim sendo, muitas vezes, diante de lacunas legislativas ou de conceitos jurídicos indeterminados, na necessidade de se fazer valer direito e garantias fundamentais, abre-se margem a decisões que, por vezes, inovam na ordem jurídica, assumindo um caráter normativo. Isto, por sua vez, alerta Barroso (2009), é um grande reflexo da crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo.

Em verdade, “a realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes” (TEIXEIRA, 2012, p. 49). Contudo, o problema do ativismo nocivo está na realização da vontade do intérprete em detrimento da vontade da Constituição e da lei que, em última análise, é fruto de um processo legislativo decorrente da atuação de agentes políticos que representam a vontade do povo. De tal modo, a elaboração de decisões que respeitem os limites entre a racionalidade jurídica e política servem de molde ao necessário processo de construção hermenêutica a ser realizado pelo magistrado na busca pela solução ao caso concreto.

Não se está a criticar toda e qualquer decisão de cunho ativista, pelo contrário, reconhecê-las é o primeiro passo para compreender o porquê de sua existência. Em situações nas quais se vê em xeque direitos e garantias fundamentais que necessitam de execução e a insuficiência legislativa e/ou executiva em sua resguarda, é louvável a atuação “invasiva” do Poder Judiciário, desde que capaz de fundamentar racionalmente suas decisões. Contudo, compreendendo as transformações do Direito Constitucional e o fato de que o Judiciário pode operar sim importantes transformações sociais através da efetivação dos direitos fundamentais, na tarefa de construção de decisões judiciais através dessa nova visão constitucional do Direito, o voluntarismo judicial não pode ser a regra máxima desta ciência, porque isso é a sua própria negação. (BEZERRA NETO, 2019).

É justamente diante de situações excepcionais como, por exemplo, a da pandemia da COVID-19, que se legitima a atuação do judiciário através de decisões cada vez mais vanguardistas, ativistas e emancipadoras (AQUINO FILHO; BRAZ e SILVA; ALVES, 2020). Certa feita, em lúcido posicionamento, Bezerra Neto (2015, p. 37) salienta que o juiz do dia a dia é aquele capaz de enxergar o direito de forma contextualizada e, assim, apresentar respostas às demandas que lhe são postas. Ocorre que, é justamente na tarefa de interpretar o direito e, assim, transformar de enunciados normativos em norma da decisão, que se busca combater o *juízo de oportunidade* decorrente de uma opção subjetivamente procedida pelo agente quando da opção entre *indiferentes jurídicos*. (GRAU, 2021, p. 117).

Assim, fica o alerta do ex-ministro pelo que não se deve endeusar princípios ao ponto de se justificar, em nome da Justiça, uma discricionariedade judicial mascarada. Até porque, antes de mais nada, a democracia existe porque os juízes são servos da lei e, de um modo ou de outro, a independência judicial é vinculada a tal obediência (GRAU, 2021). Por isso, defende-se a adoção de critérios quando da realização das necessárias travessias que o magistrado precisa fazer na construção da norma da decisão. Somente assim, acredita-se possível combater o voluntarismo judicial presente na aplicação de técnicas à margem do sistema e, conseqüentemente, impregnadas de subjetivismos e discricionariedades.

3.2. Legitimidade democrática sob a ótica do ativismo judicial: entendimento sobre a discricionariedade dos juízes

Diante da quebra de paradigmas trazida pelo neoconstitucionalismo enquanto sistema que rompe com antigos cenários políticos típicos de regimes totalitários, houve uma conseqüente abertura principiológica trazida pelo movimento o que se reflete nas estruturas dos Estados Democráticos de Direito surgidos no pós segunda-guerra. Neste âmbito e, em paralelo com as noções de jurisdição constitucional, os teóricos do direito começaram a discutir a judicialização da política e o ativismo judicial e, assim, entender o problema da interpretação do direito e qual o tipo de argumento que pode, de forma legítima, compor uma decisão judicial (STRECK, 2016).

Enquanto que antes não havia terreno tão fértil à discussão de conflitos sociais uma vez que os direitos e garantias fundamentais não eram pauta para a Constituição, agora, através das modernas teorias jusfilosóficas, é possível superar o antigo sistema de regras do Direito para abranger os princípios, atualmente impregnados nos mais diversos ramos da ciência jurídica. É, portanto, diante desse transpasse entre a teoria das fontes (sob o critério positivista) para uma nova teoria da norma através da transformação do esquema sujeito-objeto para o paradigma compreensivo-interpretativo que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem, dando azo ao que Streck (2016) conceitua como “giro ontológico”.

É justamente com a superação das teorias positivistas pós-exegéticas a partir do giro ontológico-linguístico que se busca realizar o Estado Democrático de Direito, todavia, o jurista pós-moderno se vê despreparado para enfrentar o problema da

interpretação, da discricionariedade e da decisão judicial (LIMA, 2014). Em verdade, há um já citado problema positivista na impossibilidade de antevisão, pela norma, de todas as suas possibilidades de aplicação e abrangência de situações. Contudo, diante do caráter inexoravelmente hermenêutico do direito, surge um novo problema: o da justificação/fundamentação, teoria que pretende atingir decisões semelhantes futuras e, ao mesmo tempo, evitar decisionismos. No entanto, os discursos de adequação da norma se chocam justamente na mesma impossibilidade de abrangência, agora, dos modos de aplicação da norma. É o que sustenta Streck (2009, p. 7):

É preciso compreender que nos movemos numa impossibilidade de fazer coincidir texto e sentido do texto (norma), isto é, movemo-nos numa impossibilidade de fazer coincidir discursos de validade e discursos de adequação. É neste ponto que se dá o embate entre hermenêutica (filosófica) e a(s) teoria(s) discursiva(s). Objetivamente, não conseguimos atingir um saber que possa abranger todos os modos de aplicação dos textos jurídicos de uma vez.

Assim sendo, sob a forte influência do papel da jurisdição constitucional, na atividade necessária de interpretação do direito e, principalmente, de argumentação entende-se que não é todo e qualquer argumento que serve como fundamento válido de uma decisão judicial. Por isso, que a resposta jurídica “correta” seria aquela que pressupõe responsabilidade política, uma vez que em consonância com as exigências tanto democráticas quanto constitucionais e, por assim dizer, legítima, uma vez que não decorreria de uma escolha pela mera liberalidade do julgador. Apesar de não se poder negar que a postura mais atuante do Judiciário decorre da necessidade latente de garantia de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, não se deve confundir isso com a justificação de decisões irracionais baseadas em pura discricionariedade, frutos do ativismo em seu caráter mais nocivo.

Em verdade, pode o ativismo judicial ter diversas feições e, muitas vezes, para a proteção dos direitos fundamentais e garantia da supremacia da Constituição, assume-se uma postura – em sentido positivo – ativista. Natural e necessariamente, a realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, no entanto, é, muitas vezes, nos espaços “vazios” da norma, que o

juiz/intérprete/aplicador se vê diante de uma situação real que necessita ser resolvida (TEIXEIRA, 2012).

Decidir corretamente, portanto, requer, além da busca por critérios teórico-jurídicos, a consideração de que existem múltiplas respostas para questões jurídicas, devendo o aplicador, da melhor forma possível, encontrar a mais adequada (MONTEIRO, 2018). Muito mais do que se limitar a dar uma resposta ao caso concreto, o julgador precisa ponderar todos os elementos que o compõem em cotejo com o arcabouço normativo-constitucional no qual o Estado ao qual serve está adstrito. Assim sendo, o ativismo positivo atua – em caráter de exceção – justamente como modo de realizar fins e objetivos já estabelecidos constitucionalmente. O problema é que, no dito direito fundamental de se buscar uma resposta adequada à Constituição, “cada juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença ocorreu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou outro qualquer.” (STRECK, 2016, p. 729)

Eis, portanto, a difícil tarefa do magistrado contemporâneo e, aqui, se resgata as noções do juiz Hermes propostas por Ost (1993) que, apesar de traduzirem uma metáfora de juiz ideal, em verdade traduzem uma inegável reflexão: está o magistrado diante de uma rede. Essa rede, tanto de informações quanto de pessoas e normas, exige do aplicador, na tarefa de decidir, a harmonização de tais fatores de para superar o “paradoxo hermenêutico”, conforme Streck (2016), pelo fato de ser a compreensão algo existencial ao próprio indivíduo. Assim sendo, a consistente – e consciente – justificação da resposta dada pelo intérprete na construção da norma da decisão aplicável ao caso concreto é fruto da própria reconstrução do direito (e de suas fontes), em confronto com as tradições e em obediência à fundamentação jurídica para, por fim, gerar uma decisão legítima ao Estado Democrático de Direito em combate ao protagonismo judicial. (LIMA, 2014).

Na verdade, o juiz está cada vez mais diante de demandas que o pressionam a decidir acerca de direitos fundamentais, tão caros ao modelo atual de jurisdição. Na árdua tarefa de decidir, portanto, sopesam-se tais direitos com o objetivo-fim de respeitar a Constituição e evitar decisões particulares, impregnadas de pré-concepções e discricionariedades em busca da aplicação da norma com base no

contexto social no qual esta mesma se insere e ao qual busca, em sua finalidade, servir.

Inicia-se, assim, um longo debate na tentativa de se explicar os limites para a efetivação de direitos fundamentais. Não se nega que tais direitos precisam ser efetivados, contudo, fazê-lo de modo responsável e coerente, respeitando a democracia e mantendo-se fiel à realidade parece ser a melhor e mais sustentável forma de efetivação (BEZERRA NETO, 2015). Diante disso, nesta mesma atividade, o intérprete (juiz) estaria a argumentar aquilo que antes mesmo de interpretar, já compreendeu, por isso que a fundamentação e justificação das decisões judiciais têm como pano de fundo um todo coerente de princípios.

4 UMA ANÁLISE PRÁTICA DO ATIVISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA ADO 26/DF

4.1 ADO 26/DF e a aplicação da Lei nº 7.716/89 para punir condutas homofóbicas e transfóbicas: uma análise decisória

No estado social-democrata pátrio, destacam-se como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, assume o Estado brasileiro um modelo de *welfare state*, no qual se prevê direitos sociais em todo o texto constitucional, o que demanda do Poder Público uma atitude intervencionista para promoção e garantia de tais direitos através de serviços públicos. (PORTILHO, GONÇALVES e CALDAS, 2020).

O ativismo judicial se traduz enquanto “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2009, p. 25-26). Neste cenário, portanto, o Judiciário atua como balança jurídica de controle das atividades estatais ao passo que, muitas vezes, em resultados de decisões, ultrapassam-se os limites de atuação para suprir determinada lacuna não abrangida pelo Legislativo e/ou Executivo.

Diante da estruturação adotada pelo modelo constitucional brasileiro, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CRFB/88), de modo que, no decorrer do amplo rol de competências atribuídas à corte, fortalece-se e amplia-se um processo de acúmulo de poder, o que reflete na própria tomada de decisões. Por outro lado, cabe o alerta de Barroso (2009) ao sustentar que o país passa, nos últimos anos, por uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo o que, conseqüentemente, amplia o Judiciário quando da atuação em nome da Constituição, em conformidade com o próprio desenho institucional já vigente. Apesar de conscientes acerca das atribuições que a própria Constituição delegou ao STF, não é correto utilizar isso como pano de fundo para a justificação de decisões mediante argumentos de políticas e não por princípios. (STRECK, 2013).

Possui a corte suprema competências para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. Entre suas atribuições, cabe ao STF o julgamento das Ações do controle abstrato (concentrado) de constitucionalidade, são elas: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI ou ADIn), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF). Cada uma destas ações possui objetivos diversos e, pelo julgamento perante o tribunal constitucional, em suma, será dada, em última análise, a efetivação de algum(ns) direito(s) fundamental(ais).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi incluída pela Lei nº 12.063 (BRASIL, 2009) e tem por objetivo declarar a omissão de medida que torne efetiva norma constitucional. Ou seja, é necessária quando o poder público deixa de praticar uma conduta (*non facere* ou *non praestare*) exigida pela Constituição ou a conduta é adotada de forma insuficiente. Estas condutas deveriam ser adotadas para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais carentes de intermediação, em suma, cabem quando a norma tem sua efetividade dificultada pela falta de elaboração da medida.

Assim, como não pode o cidadão deixar de exercer um direito garantido pela constituição em razão da omissão do legislador, atua-se perante o judiciário através de dois instrumentos: o mandado de injunção (MI) ou, no caso em apreço, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). A diferença é que, uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão pressupõe a existência de uma norma constitucional de eficácia limitada sem norma regulamentadora nem prazo razoável para o legislativo sanar a mora inconstitucional. (PORTILHO, GONÇALVES e CALDAS, 2020, p. 7).

Neste sentido, a Lei nº 7.716 (BRASIL, 1989) prevê os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e as punições para essas condutas. O preconceito decorre do pensamento existente sobre inferioridade ou nocividade de certas pessoas ou grupos sociais, assim, “é subjetivo, interior, está no intelecto da pessoa, configura um pré-julgamento negativo com relação a outro indivíduo ou grupo” (LAURIA, 2018, p. 534). A discriminação, por sua vez, é a exteriorização do preconceito por atos e/ou palavras (LAURIA, 2018). Diante disso, muito embora o ordenamento jurídico brasileiro já reconhecesse como racismo

qualquer discriminação de raça, cor, religião ou etnia, ainda não se reconhecia como crime a homofobia, por não haver lei específica.

A Lei nº 7.716/89 não traz, expressamente, previsão para punição de condutas homofóbicas e transfóbicas. A doutrina e a jurisprudência, por sua vez, afirmavam que o rol de elementos de preconceito e discriminação do art. 20 era taxativo. Vale salientar que, antes mesmo da ADO em questão, em 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou mandado de injunção no STF no qual pediu o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadrassem no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que fossem entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Como resultado, o STF, por maioria, julgou procedente o MI para reconhecer a mora do Legislativo e determinação a aplicação, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação ali prevista para a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. (CAVALCANTE, 2022).

Posteriormente, em 2013, foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), ADO com o objetivo de se criminalizar as condutas homofóbicas e transfóbicas em todas as suas formas, além daquelas em que a discriminação é movida tão somente pela orientação sexual e identidade de gênero, ou seja, trazer a estas violações específicas uma punição efetiva e repressiva com igual rigor utilizado nos crimes de racismo. Assim, a ideia seria enquadrar a homofobia e a transfobia enquanto espécies do gênero racismo, uma vez que elas implicam, necessariamente, no rebaixamento da população LGBTQI+, evitando a hierarquização do preconceito em 'tipos' diferentes (PORTILHO, GONÇALVES e CALDAS, 2020) e, como o conceito de racismo é amplo, não haveria como limitá-lo a uma definição biológica.

Como resultado do julgamento da ADO/26, foram fixadas as seguintes teses:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08.01.1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine");

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

(STF. Plenário ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

Existe um dever imposto pela CRFB/88 ao Congresso Nacional para que este crie normas de punição de condutas discriminatórias. Assim, a Constituição Federal possui norma impositiva em relação a tais comportamentos, na qual, além de incriminar condutas deste tipo nos incisos XLI e XLII do art. 5º, atribui ao Poder Legislativo o dever de legislar para punir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Em suma, tendo em vista o lapso temporal existente entre a promulgação da Constituição até os dias atuais, perdura ao longo de mais de trinta anos o estado de inconstitucional omissão normativa, pelo que enseja a atuação do legislador. Diante disso, o Min. Celso de Mello afirmou que haveria duas possibilidades de o STF agir: a primeira seria apenas cientificar o Congresso, indicando a necessidade de adoção,

em prazo razoável, de medidas necessárias à efetivação da norma constitucional; ou reconhecer, imediatamente, que a homofobia e a transfobia se enquadram, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89. Ocorre que, pela praxe, o que se observa é que o mero apelo ao legislador não é solução eficaz, dada a indiferença do Legislativo, de tal modo que, como resultado do julgamento, além de reconhecer a omissão, o Tribunal reconhece o princípio da reserva legal como necessário para criar crimes e, por fim, criminaliza a conduta.

Assim, o resultado deste julgamento que configurou atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo, teve por objetivo, também, preservar os direitos da personalidade, assim como a essencial dignidade da pessoa humana (inerente a qualquer ser simplesmente pelo fato de dotar da condição humana). De tal modo, a decisão pretendeu inibir comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar criminosamente o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero. (CAVALCANTE, 2022).

Como resultado disso, a aplicação da Lei nº 7.716/89 para condutas homofóbicas e transfóbicas resulta da aplicação do método da interpretação conforme a Constituição, de tal modo que, interpretando o conceito de “raça” ali previsto pode – e deve – abranger também orientação sexual e identidade de gênero:

A solução propugnada não sugere a aplicação analógica das normas penais previstas na Lei 7.716/1989 nem implica a formulação de tipos criminais ou cominação de sanções penais.

É certo que, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, o tema pertinente à definição de tipo penal e à cominação de sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de parlamento.

Assim, inviável, em controle abstrato de constitucionalidade, colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, a omissão denunciada pelo autor da ação direta, procedendo-se à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT.

Na verdade, a solução ora proposta limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei 7.716/1989), pois os atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido em sua dimensão social, ou seja, o denominado racismo social. (STF. Plenário ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944)).

Não se pode esquecer que, no Estado Democrático de Direito, o STF adota a função contramajoritária de efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos da maioria ou omissões que se tornem lesivas, diante da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica (CAVALCANTE, 2022). De tal modo, além de se prever formalmente, é necessário que se assegure efetivamente às minorias a plenitude no exercício dos direitos fundamentais estes já assegurados a todos, em busca da igualdade material e em respeito à isonomia. Em lúcida manifestação no julgamento em questão, posicionou-se o eminente Min. Celso de Mello:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458--MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

– Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. (STF. Plenário ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).á

No mesmo julgamento, O Min. Luís Roberto Barroso também reconheceu a omissão legislativa. Ele observou que é papel do STF, no entanto, estabelecer diálogo respeitoso com o Congresso e também com a sociedade, se o Congresso atuou, a sua vontade deve prevalecer. Se não atuou e havia um mandamento constitucional nesse sentido, que o Supremo atue para fazer valer o que está previsto na Constituição. Assim, sustentou o Ministro:

25. O segundo plano diz respeito à matéria em discussão. A regra geral é que o STF se comporte com autocontenção, deixando o maior espaço de atuação possível ao Legislativo. Isso vale para questões econômicas, administrativas, sociais etc. Porém, quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, aí se justifica uma postura mais proativa do STF. Porque essa é a missão principal de uma suprema corte: assegurar direitos fundamentais e proteger a democracia. Mesmo contra a vontade das majorias. Direitos fundamentais são oponíveis inclusive às majorias políticas. São trunfos contra a maioria, na formulação clássica de Ronald Dworkin [26].

26. No caso em exame, os dois fatores que alargam a fronteira da interpretação constitucional em relação às competências legislativas estão presentes: existe omissão inconstitucional e trata-se de respeito a direitos fundamentais – à liberdade, à igualdade, à integridade e à própria vida de pessoas integrantes do grupo LGBTI+, um grupo indiscutivelmente vulnerável como até mesmo o mais empedernido conservador haverá de reconhecer. (STF. Plenário ADO 26/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MI 4733/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 13/6/2019 (Info 944).

A omissão do Congresso quando da elaboração de norma específica que criminalizasse a homotransfobia é grave e vai de encontro a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988), que assegura o mínimo de respeito à pessoa considerando que todos são iguais em valor e dignidade e, portanto, devem ter garantidos os mesmos direitos. Contudo, apesar de se reconhecer a gravidade da omissão legislativa, a própria burocratização estatal contribui negativamente para a judicialização de relações sociais, o que demandado Judiciário atuação atípica e causa, muitas vezes, a “deslegitimação da Política em relação à sua tarefa essencial de buscar a realização dos valores determinados pela sociedade no cotidiano dessa mesma sociedade.” (TEIXEIRA, 2012, p. 38).

Diante disso, o ativismo judicial nasce em decorrência, também, da complexização das relações sociais e da necessidade de se recorrer ao Judiciário para resolver conflitos que originalmente não eram por ele resolvidos, resultando na judicialização como reflexo de uma perspectiva político-institucional. Assim, como resultado da elevada burocratização, progressiva judicialização das relações sociais e consequente distanciamento entre Estado e indivíduo, o ativismo judicial em seu caráter positivo tem por fim último a realização dos fins e objetivos estabelecidos pela Constituição e, em uma análise específica do caso concreto em estudo, houve, apesar de alguns excessos, a atuação com tal fim.

Desse modo, cientes e conscientes das diversas modalidades de ativismo judicial e entendendo que sua existência decorre de inúmeras questões já mencionadas no presente estudo, o atual cenário político-institucional reflete um sistema que carrega consigo uma crise de representatividade e, por isso, merece ser repensado. Não se busca, todavia, defender a atuação judicial discricionária legitimada pela deficiência da gênese organizacional do próprio Estado, mas sim, entender os motivos de sua existência e, com isso, buscar estratégias tanto para diminuir as constantes omissões e inércias quando da promoção e garantia de direitos fundamentais, quanto para defender a atividade judicial com respeito a

técnicas de argumentação coerentes e conscientes, evitando discricionariedades. Até porque, atualmente, não pode o Judiciário igualmente se omitir diante das ofensas aos direitos fundamentais (muitas vezes perpetradas pelo próprio Estado), se assim o fosse, o cidadão não haveria a quem recorrer.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por finalidade discutir o problema das consequências da invasão da subjetividade dos julgadores no processo de interpretação jurídica e, conseqüentemente, na construção da decisão judicial. Para tanto, foram abordadas noções acerca da teoria da decisão judicial, bem como da evolução do modelo constitucional e sua influência para a teoria da argumentação jurídica.

Inicialmente, mediante um resgate histórico necessário, estudou-se a teoria da decisão judicial e como ela sofreu influências em seu processo de evolução até os tempos atuais. Através da superação do modelo positivista clássico e dos regimes totalitários do pós Segunda Guerra, compreendeu-se o modo como a nova tendência dos Estados Democráticos de Direito foi essencial às bases neoconstitucionais e ao modelo processualista atual que adota a teoria da fundamentação da decisão judicial.

Após isso, foram compreendidas a interpretação e a argumentação jurídicas enquanto ferramentas necessárias e imprescindíveis à construção das decisões judiciais. Enquanto que a primeira possui como principal objetivo “alcançar um sentido válido de uma comunicação normativa, que manifesta uma relação de autoridade.” (FERRAZ JR, 2018, p. 273), a segunda pretende, pela fundamentação e justificação, através das linguagens descritivas e prescritivas, justificar o processo valorativo em torno da decisão e a maneira como determinado argumento consolida a conclusão tomada na norma da decisão.

Por outro lado, analisou-se o ativismo judicial enquanto reflexo negativo do voluntarismo e, conseqüentemente, como um modelo a ser coibido e evitado por pretender a realização de preferências pessoais dos magistrados em detrimento da vontade da Constituição. Inicialmente, através do estudo acerca da metáfora dos três tipos de juiz, sob a ótica da abordagem de François Ost, se concluiu que são eles apenas o início de um longo debate na tentativa de se explicar os limites para a efetivação de direitos fundamentais.

Assim, entendendo que, no decorrer da construção de decisões judiciais, estaria o intérprete (juiz) argumentando aquilo que antes mesmo de interpretar, já compreendeu, defende-se a importância da fundamentação e justificação das decisões judiciais com respeito intrínseco a um todo coerente de princípios e,

principalmente, às bases do Estado Democrático de Direito. De tal modo, compreendendo-se o problema hermenêutico do ativismo judicial em seu caráter nocivo, ou seja, aquele que, confessadamente, atende a preferências subjetivas e pessoais do intérprete e não à vontade da lei e o ordenamento jurídico, busca-se abordar a própria lacuna político-institucional do sistema brasileiro quando o Estado é inerte e/ou omissivo quanto à garantia de direitos fundamentais.

De modo prático, entendendo as mudanças constantes da sociedade moderna, muitas vezes, diante de lacunas legislativas ou de conceitos jurídicos indeterminados, na necessidade de se fazer valer direito e garantias fundamentais, abre-se margem a decisões que, por vezes, inovam na ordem jurídica, assumindo um caráter normativo. Isto, por sua vez, alerta Barroso (2009), é um grande reflexo da crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo.

Diante disso, o que se defende é, reconhecendo que as decisões de cunho ativista devem ser exceção quando direitos e garantias fundamentais precisem de execução em virtude da insuficiência legislativa e/ou executiva em sua resguarda, é louvável a atuação “invasiva” do Poder Judiciário, desde que capaz de fundamentar racionalmente suas decisões. Assim, defende-se a adoção de critérios quando da realização das necessárias travessias que o magistrado precisa fazer na construção da norma da decisão, de modo a evitar o voluntarismo judicial na aplicação de técnicas à margem do sistema e, conseqüentemente, impregnadas de subjetivismos e discricionariedades.

Isto porque, antes do neoconstitucionalismo, não havia terreno tão fértil à discussão de conflitos sociais uma vez que os direitos e garantias fundamentais não eram pauta para a Constituição enquanto que, agora, através das teorias jusfilosóficas, a superação do antigo sistema de regras do Direito abrange os princípios, atualmente impregnados nos mais diversos ramos da ciência jurídica. Com a superação da teoria das fontes para a teoria da norma e a invasão da filosofia pela linguagem, se abre espaço para o giro ontológico-linguístico (Streck 2016), de caráter significativo para a realização do Estado Democrático de Direito. Todavia, o problema do jurista pós-moderno: o despreparo para enfrentar o problema da interpretação, da discricionariedade e da decisão judicial. (LIMA, 2014).

Em vista disso, o ativismo judicial pode ter diversas feições e, muitas vezes, para a proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da

Constituição, assume-se uma postura – em sentido positivo – ativista. Decidir corretamente, portanto, requer, além da busca por critérios teórico-jurídicos, a consideração de que existem múltiplas respostas para questões jurídicas, devendo o aplicador, da melhor forma possível, encontrá-la. (MONTEIRO, 2018).

O problema é que, no dito direito fundamental de se buscar uma resposta adequada à Constituição, apesar de cada juiz ter convicções e ideologias próprias, não significa que a decisão judicial está autorizada a ser um reflexo de suas subjetividades. Por isso, faz-se necessária uma fundamentação que demonstre que a sentença ocorreu por argumentos de princípio, e não de política, de moral ou outro qualquer. (STRECK, 2016, p. 729).

Assim, entendendo a difícil tarefa do magistrado contemporâneo de harmonizar os fatores pertencentes à rede em que está inserido de modo a superar o paradoxo hermenêutico, a consciente justificação da resposta dada pelo intérprete na construção da norma da decisão é fruto da própria reconstrução do direito (e de suas fontes), em confronto com as tradições e em obediência à fundamentação jurídica para, por fim, gerar uma decisão legítima ao Estado Democrático de Direito em combate ao protagonismo judicial. (LIMA, 2014).

Por fim, foi analisada a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADO 26/DF, que fixou como uma de suas teses a aplicação da Lei nº 7.716/89 para punir condutas homofóbicas e transfóbicas. Diante da estruturação adotada pelo modelo constitucional brasileiro, cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CRFB/88), de modo que, no decorrer do amplo rol de competências atribuídas à corte, fortalece-se e amplia-se um processo de acúmulo de poder, o que reflete na própria tomada de decisões.

Possui a corte suprema competências para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. No julgamento da ADO em questão, a qual pretendia sanar a omissão legislativa quanto ao seu dever constitucional de legislar para punir condutas deste tipo. Sendo o objetivo principal a criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas em todas as suas formas, além daquelas em que a discriminação é movida tão somente pela orientação sexual e identidade de gênero, para que a homotransfobia fosse enquadrada enquanto espécie do gênero racismo, garantindo, assim uma punição mais severa a tais comportamentos.

Analisando-se as teses ali fixadas no julgamento, bem como os argumentos utilizados principalmente pelo Min. relator Celso de Mello e pelo Min. Luis Roberto Barroso, pela praxe, não seria suficiente o mero apelo ao legislador, dada a indiferença do Legislativo, de tal modo que, como resultado do julgamento, além de reconhecer a omissão, o Tribunal reconhece o princípio da reserva legal como necessário para criar crimes e, por fim, criminaliza a conduta. Assim, defendeu-se que, além de simplesmente prever formalmente, é necessário que se assegure efetivamente aos vulneráveis a plenitude de exercício dos direitos fundamentais já assegurados a todos, em busca da igualdade material e em respeito à isonomia.

Não restam dúvidas, portanto, que a omissão do Congresso quando da elaboração de norma específica que criminalizasse a homotransfobia é grave e vai de encontro a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Contudo, apesar de se reconhecer a gravidade da omissão legislativa, a própria burocratização estatal contribui negativamente para a judicialização de relações sociais o que demanda do Judiciário atuação atípica, diante disso, o ativismo judicial nasce em decorrência, também, da complexização das relações sociais. Contudo, em um Estado cada vez mais distante do indivíduo, o ativismo judicial em seu caráter positivo tem por fim último a realização dos fins e objetivos estabelecidos pela Constituição.

Dessa forma, cientes e conscientes de que o que se busca coibir é uma atuação judicial discricionária, fruto de decisionismos e subjetividades e legitimada pela deficiência da gênese organizacional do próprio Estado, é imprescindível entender os motivos de sua existência e, com isso, buscar estratégias tanto para se diminuir as constantes omissões e inércias quando da promoção e garantia de direitos fundamentais. Por isso, defende-se uma atividade judicial com respeito a técnicas de argumentação coerentes e conscientes, evitando subjetivismos e em respeito aos fins últimos do próprio Estado Democrático de Direito, evitando o protagonismo judicial, na busca pelo protagonismo dos próprios cidadãos e em respeito à segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AQUINO FILHO, F. P; BRAZ E SILVA, L. G; ALVES, T. P. **Um malvado favorito: o ativismo judicial em tempos de Covid-19.** Jota.info. Opinião & análise. 02 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/um-malvado-favorito-o-ativismo-judicial-em-tempos-de-covid-19-02052020>>.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Thesis: Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **Interpretação não é o mesmo que argumentação judicial.** Revista Consultor Jurídico, 15 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-15/bianor-arruda-interpretacao-nao-mesmo-argumentacao-judicial>>.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **Não é possível prever como será a interpretação jurídica.** Revista Consultor Jurídico, 24 de janeiro de 2018. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jan-24/bianor-arruda-nao-possivel-prever-interpretacao-juridica>>.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que Define um Julgamento e quais são os Limites do Juíz?** 1. ed. São Paulo: Noeses, 2018. *E-book*.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O voluntarismo judicial e as regras do jogo: a advertência de Paulo Bonavides.** Revista Consultor Jurídico, 13 de abril de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-abr-13/bianor-arruda-voluntarismo-judicial-advertencia-paulo-bonavides>>.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Parahyba Judiciária, Revista da Justiça Federal. V. 9. n. 9. 2015. **JÚPITER, HÉRCULES, HERMES E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: quem são e por que estes juízes decidem de forma tão diversa?** Disponível em: <<http://biblioteca.jfjb.jus.br/revista/index.php/revista/article/view/40>>.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **Teoria da decisão judicial e segurança jurídica: hermenêutica e argumentação no Novo CPC.** Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). XII Congresso. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/10/Bianor-Arruda.pdf>>.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **Voluntarismo judicial: quais são as regras do jogo?** Revista Consultor Jurídico, 23 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-23/bianor-arruda-voluntarismo-judicialquais-sao-regras-jogo>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Supremo Tribunal Federal. Publicado em 13 de junho de 2019. n. 944. Disponível

em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de março de 2015. Código de Processo Civil.** Brasília: Senado Federal, Secretaria de Editoração e Publicações. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/507525>>.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A Lei nº 7.716/89 pode ser aplicada para punir as condutas homofóbicas e transfóbicas.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ae581798565c3b1c587905bff731b86a>>.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método.** 4ª ed., trad. De Ana Agud Aparício e Rafael de Agapito. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021.

GRAU, Eros Roberto. **Os juízes, a lei e a Justiça.** Revista Práticas de Administração Pública. v. 3, nº 2. mai./ago. 2019. p. 63-68. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/pap/issue/view/1561>>.

LAURIA, Mariano Paganini. **Leis Penais Especiais comentadas artigo por artigo.** Salvador: Juspodivm, 2018.

LIMA, Danilo Pereira. **Discricionariedade judicial e resposta correta:** a teoria da decisão em tempos de pós positivismo. Revista Nomos, do Programa de Pós-graduação em Direito – UFC. v. 34. n. 2. jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1218>>.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho**, n. 14, Alicante, 1993.

PORTILHO, G. J.; GONÇALVES, J. R.; CALDAS, P. G. B. **O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF).** Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros. Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020. Disponível em: <<https://periodicos.processus.com.br/index.php/egjf/article/view/183>>.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?.** Revista Novos Estudos Jurídicos. Rio Grande do Sul. v. 15. n. 1. jul. 2010. Disponível em: <<https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308/0>>.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política:** a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente

adequada. Espaço Jurídico Journal os Law(EJL). Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <
<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>>.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema da discricionariedade dos juizes”**. Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet. N. 1. 2009. Disponível em: <
https://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>.

STRECK, Lenio Luiz. **O pós-positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e hermes) – Dois decálogos necessários**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória. n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em: <
<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/77>>.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial nos Limites entre Racionalidade Jurídica e Decisão Política**. Revista Direito GV. 2012. Vol. 8.

ZANETI Jr., Hermes. **Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica?**. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 259, set. 2016.