

## **Proposta de análise do chamado “ativismo judicial” pelo prisma da discricionariedade legislativa**

Proposal of an analysis of the so-called “judicial activism” by the prism of legislative discretion

<sup>1</sup> André Trapani Costa Possignolo

### **RESUMO**

Este artigo aborda o controle judicial da constitucionalidade das leis, trabalhando o ativismo judicial, mas pela perspectiva da discricionariedade legislativa. O objetivo é propor uma metodologia para o debate de questões relativas a direitos fundamentais a partir do nível de discricionariedade que a Constituição deixa ao legislador. Essa proposta muda o foco do Poder Judiciário para o Legislativo, permitindo outro ângulo para a análise do ativismo judicial. A pesquisa bibliográfica utiliza fontes sobre a separação dos poderes e as adaptações que essa teoria sofreu pela transformação dos direitos fundamentais, bem como sobre o papel do Poder Judiciário e o ativismo judicial. Utiliza, ainda, decisões judiciais para ilustrar a metodologia proposta. A partir do método dialético, apresenta, como resultado, um caminho de análise da constitucionalidade da atuação legislativa que evidencia questões que podem ficar ocultas quando não se foca na discricionariedade que a Constituição deixa ao Legislativo. A conclusão é de que a metodologia aumenta a necessidade de se voltar à Constituição no debate sobre a atuação judicial. Com isso, além de não se ignorar a teoria da separação dos poderes, tampouco, se desconhece a necessidade de efetivar os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Separação dos poderes. Controle de constitucionalidade. Direitos Fundamentais. Poder Legislativo. Poder Judiciário.

### **ABSTRACT**

This paper approaches the constitutional judicial review of laws, addressing judicial activism, but in the view of legislative discretion. The goal is to propose a methodology to debate matters regarding fundamental rights from the discretion level allowed to the legislator by the constitution. This propose changes the focus from judicial branch to legislative, allowing another angle to analysis judicial activism. The bibliographic research is supported on sources about separation of powers and the adaptations that this theory went through because of transformations in fundamental rights, as well as about the role of judicial branch and judicial activism. It also uses judicial decision to illustrate the proposed methodology. Through the dialectic method, it presents, as results, a way to analyze the constitutionality of legislative acts that reveals questions that may stay hidden when not focused on the level of discretion that the Constitution leaves to the legislator. The conclusion is that the methodology increases the necessity to turn to the Constitution in the debate about judicial activism. As a result, besides not disregarding the theory of separation of power, the proposal also not ignores the need for realization of fundamental rights.

Keywords: Separation of powers. Constitutional review. Fundamental rights. Legislative branch. Judiciary branch.

---

<sup>1</sup> Universidade do Estado de Mato Grosso, [andre.possignolo@unemat.br](mailto:andre.possignolo@unemat.br).

## 1 INTRODUÇÃO

O cenário atual do direito é marcado pela forte presença do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, exercendo o controle de constitucionalidade das leis e, de modo geral, a construção das normas jurídicas a partir da interpretação dos textos normativos. Nessa atividade, sobre o pretexto de concretização dos mandamentos constitucionais, não são raras as decisões que criam preceitos não evidentes no texto (legal ou constitucional) ou mesmo alteram o sentido normativo pretendido pelo Poder Legislativo.

Com isso, surgem debates sobre o ativismo judicial e o papel do Poder Judiciário diante da Constituição, em especial dos direitos fundamentais. Contudo, esse debate envolve uma outra questão, não tão em evidência, que é colocada como tema desse artigo: a discricionariedade legislativa.

Por discricionariedade legislativa, entende-se o limite de atuação autônoma que a Constituição deixa ao legislador, dentro do qual ele pode, de forma autônoma, ainda que de maneira fundamentada, escolher quais são as normas jurídicas que regem nossa sociedade.

Nesse sentido, o objetivo do artigo é propor uma metodologia para o debate de questões relativas a direitos fundamentais a partir do nível de discricionariedade que a Constituição, no atual modelo do Estado Democrático de Direito, deixa ao legislador. A partir disso, será possível analisar por outro ângulo a questão do ativismo judicial.

Essa pesquisa bibliográfica conta com obras sobre a separação dos poderes e as transformações que essa teoria sofreu desde sua implementação, o que será abordado na seção 2, e sobre o papel do Poder Judiciário, em especial o debate sobre o ativismo judicial, bem como a posição alexiana já explicitamente defendida sobre a discricionariedade legislativa, tratados na seção 3. A partir dessas leituras, utiliza-se o método dialético para as análises e discussões sobre a discricionariedade legislativa na atualidade, trazendo para fins ilustrativos, os casos da prisão decorrente de condenação em segunda instância — *Habeas Corpus* (HC) 84.078 e 126.292, STF —, a inconstitucionalidade da descriminalização do aborto — casos aborto I e aborto II, respectivamente, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BVerfGE) 39 e 88, 203, da Corte Constitucional Alemã, também conhecidos como casos aborto I e aborto II —, ou mesmo de sua criminalização — HC 124.306, STF —, a criminalização da LGBTQI+fobia — Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26, STF, e Mandado de Injunção (MI) 4.733, STF — e a regulamentação do direito de greve dos servidores público — MI 670, 708 e 712, STF —, selecionados conforme a conveniência e a preferência do autor de modo a ilustrar diferentes aspectos da discussão.

## 2 CONSTITUCIONALISMO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes, em seu modelo mais conhecido, foi teorizada pelo pensador iluminista, Montesquieu (1996), e teve sua normatização e aplicação debatida no surgimento dos Estados Unidos da América, o que foi contemplado nos artigos federalistas, na obra publicada por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (2001). Os preceitos assentados por esses autores foram amplamente contemplados pela Constituição estadunidense e, posteriormente, adotado por outros países, como o Brasil.

Esse modelo político, no contexto de ruptura com o absolutismo em que foi criado, tinha uma função bem clara, a de limitar os poderes do governante, impedindo abusos, em especial no que tangiam os chamados direitos naturais, os quais, na perspectiva de John Locke (1998), eram centrados na liberdade, propriedade e vida<sup>2</sup>.

É válido lembrar, porém, que os direitos fundamentais consolidados na Constituição não tinham, ainda, a força vinculante que apresentam hoje, de modo que sua implementação dependia da lei. Essa relação pode ser percebida no conceito de liberdade de Montesquieu, enquanto “direito de fazer tudo o que as leis permitem” (MONSTESQUIEU, 1996).

Essa preponderância do Legislativo nessa primeira fase, denominada Estado Liberal de Direito (STRECK, MORAIS, 2014), é facilmente compreendida pelo papel de cada um dos três Poderes nesse momento histórico.

Diferente do Judiciário, considerado pelos federalistas o Poder mais fraco, e do Legislativo, cujo poder não se concentrava em uma só pessoa, o Poder Executivo precisava de uma limitação. Portanto, apesar de se assemelhar com monarcas e mesmo outras figuras que, sozinhos, exercem o governo de um povo (HAMILTON; JAY; MADISON, 2001), era limitado, tanto por seu mandato temporário, quanto pela sua vinculação à lei. Nas palavras de Bobbio (1995, p. 39), “o poder legislativo não é atribuído ao “príncipe” (isto é, ao Poder Executivo), mas a um colegiado que age junto a ele, com a consequência de que o governo fica subordinado à lei”, impedindo-se, assim a temida reunião do Legislativo e do Executivo na mesma pessoa, que impediria a liberdade (MONSTESQUIEU, 1996).

O Judiciário era considerado o Poder menos perigoso para os direitos políticos por não controlar nem a força nem as finanças, tanto que as configurações do Estado precisavam ser pensadas

---

<sup>2</sup> A visão de Locke sobre direitos naturais foi a adotada na redação das declarações de direitos do século XVIII e, posteriormente, nas constituições. Apesar, de constituições, como a estadunidense preverem o direito à busca da felicidade, tipicamente rousseauiano, percebe-se que o centro das ideias de Rousseau (2001; 2002) sobre participação política e a propriedade como origem da desigualdade entre os homens não foi contemplada.

para protegê-lo da ingerência dos poderes políticos, o que foi feito, em especial, a partir de garantias como a vitaliciedade dos juízes (HAMILTON; JAY; MADISON, 2001).

Essa falta de preocupação com o Judiciário pode ser melhor compreendida a partir do papel reduzido que lhe era atribuído. Ao juiz cabia apenas aplicar a lei, sem exercer qualquer atividade de interpretação do texto, salvo quando a lei era omissa, obscura ou imprecisa (BOBBIO, 1995).

Tal configuração é muito associada aos pensamentos de Montesquieu (1996, p. 170), para quem as sentenças nunca devem ser “mais do que um texto preciso da lei”; bem como de Beccaria (1999, p. 33), para quem o juiz deve manter-se na estrutura silogística, e jamais consultar o espírito das leis ou interpretá-las, o que seria “dique aberto à torrente de opiniões” fazendo a aplicação da lei depender da “violência das paixões” do juiz.

O Legislativo, porém, era o Poder que representava os interesses do povo. Esse poder já contava com ampla limitação por ser diluído entre os vários parlamentares, representantes das conflitantes vontades do povo (HAMILTON; JAY; MADISON, 2001). Era exatamente o Legislativo que tinha preponderância nesse cenário inicial, cabendo-lhe a função de limitar o Executivo e o Judiciário, que nada podiam fazer que não autorizado pela própria lei (STRECK, MORAIS, 2014).

Apesar disso, o modelo constitucionalista previa a existência de algo acima do Legislativo: a Constituição, que delimitava, principalmente, a forma como os parlamentares eram eleitos e como deveriam aprovar as leis. Essas limitações, portanto, de cunho meramente formal, já que as limitações materiais pelos direitos fundamentais não se inseriam no plano jurídico<sup>3</sup>.

O primeiro passo dessa limitação ocorre já nos primórdios da teoria da separação dos poderes, pelos federalistas. Para eles, como as competências do Legislativo eram dadas pelo Poder Constituinte, expressão direta da vontade da nação (SIEYÈS, 2009), caberia ao Judiciário tornar sem efeito (“*void*”) as leis produzidas fora dos poderes atribuídos pela Constituição (HAMILTON; JAY; MADISON, 2001).

Apesar de essa teoria não ter sido adotada expressamente pela Constituição estadunidense, foi acolhida pela Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison* (CORWIN, 1914). Isso deu início à prática do *judicial review* e ao controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário,

---

<sup>3</sup> Os direitos fundamentais tinham uma força mais política que jurídica, o que pode ser bem ilustrado com o pensamento de Locke (1998) de que se o Legislativo agisse contrariamente ao encargo que lhe foi confiado, desrespeitando a vida, propriedade ou liberdade do povo, restava ao povo utilizar de violência contra esse corpo legislativo agora destituído de legitimidade.

ainda que em uma função mais restrita de “legislador negativo”, ao qual só cabia declarar leis sem efeito.

A reconfiguração do balanço entre os três Poderes ocorre gradativamente, diferente do que análises como a das gerações de direitos fundamentais, de Karel Vasak, fazem crer (PÉREZ-LUÑO, 1987). Todavia, para os fins desse artigo, é possível mencionar, de forma simplificada, os principais marcos históricos que indicam as adaptações da teoria da separação dos poderes. No primeiro quarto do século XX, configura-se um aumento de funções do Poder Executivo, que vem em resposta às crises do liberalismo clássico (STRECK, MORAIS, 2014).

A humanidade presencia eventos significativos, como a primeira guerra mundial, que demandou uma maior intervenção do Estado na indústria para mobilizá-la para fins bélicos, e a revolução industrial, que criou uma nova classe social, a operária, da qual surgiram várias demandas sociais, alavancadas pela crise gerada com a quebra da bolsa de Nova York, em 1929, e as ideias comunistas. Passa-se a cobrar uma nova postura do Estado, não apenas de não lesar direitos, mas também de promovê-los, a qual é acompanhada, no campo econômico, pelo keynesianismo, no campo político, pelo Estado Social de Direito e, no campo jurídico, pelos direitos sociais.

Isso não acarreta, contudo, uma mudança formal na estrutura dos três Poderes, mas, ao mesmo tempo em que a Constituição passa a exigir novas posturas dos Estados, ainda que sem a mesma força jurídica vinculante que os direitos fundamentais apresentam na atualidade, o Legislativo abre maior campo de discricionariedade ao Executivo, que passa a ter esse papel positivo em relação aos direitos fundamentais.

A partir da segunda metade do século XX, porém, como resultado da segunda guerra mundial, inicia uma tendência de fortalecimento das normas constitucionais, em especial das que consagram direitos fundamentais.

Com o chamado Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949, passa-se a entender a necessidade de remeter ao direito de forma mais vinculante a uma ordem de valores (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019). A partir desse novo modelo, os direitos fundamentais ganham, em especial, as características da supremacia constitucional e a aplicabilidade imediata, que Streck e Morais (2014) chamam de *plus* normativo. Com isso, o legislador, além de precisar obedecer ao processo formal de criação de leis, deve cuidar para que seu conteúdo esteja em

conformidade com deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2019).

Tais deveres, portanto, criam duas situações ao legislador ao limitar as esferas do não decidível e do decidível (FERRAJOLI, 2015), ou seja, impõem proibições ao que o legislador pode decidir, como a proibição de retirar a liberdade de expressão, e obrigações sobre o que o legislador não pode deixar de decidir, como o mandamento constitucional para que se regulamente o direito de greve do servidor público (artigo 37, VII, da Constituição) ou mesmo a proibição de proteção deficiente a um direito fundamental, da qual pode ocorrer, inclusive um mandado de criminalização de determinada conduta (SARLET, 2006).

Essas transformações no modelo político-jurídico são o ponto de partida do atual debate entre os limites da discricionariedade do Legislativo, visto que esse não tem mais total autonomia na produção das leis, bem como dos limites de atuação do Judiciário, a quem é dado o papel de guardião da Constituição.

### **3 O ESPAÇO DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA NA ATUALIDADE**

De maneira geral, o debate entorno da questão aqui abordada toma como foco os limites de atuação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, o ativismo judicial. Contudo, debater o ativismo judicial, na maioria dos casos (exceto quando a atuação judicial invade competências típicas do Poder Executivo ou do Ministério Público), equivale a pensar os limites da discricionariedade do Poder Legislativo. Nesse sentido, é possível fazer a mudança do enfoque, o que pode trazer um novo ponto de vista sobre o assunto.

Mas antes de entrar na questão legislativa, é interessante trazer alguns pontos de como o tema tem se desenvolvido entorno do Poder Judiciário.

Ao falar de ativismo judicial, Barroso (2012) faz uma diferenciação do conceito com a judicialização da política, sendo essa última uma atuação legítima do Poder Judiciário de tirar do debate político uma questão que não poderia ser decidida por afetar direitos fundamentais. O ativismo, portanto, ocorre quando o Judiciário age além do que lhe permitem os limites semânticos do texto constitucional, o que pode ocorrer dentro das duas situações descritas na seção anterior: quando há proibição de decidir de determinada forma e quando há obrigação de decidir alguma questão.

O primeiro caso ocorre quando há uma decisão legislativa em determinado sentido, mas o Poder Judiciário compreende que essa decisão não é constitucionalmente adequada. Esse entendimento pode aparecer: (1) pela simples declaração de inconstitucionalidade do texto

legislativo ou sua não recepção pela Constituição; (2) pela declaração de nulidade parcial com ou sem redução de texto ou; (3) pela interpretação conforme a Constituição (STRECK, 2014). De maneira simplificada, pode-se dizer que haverá ativismo no primeiro e no segundo caso quando algum sentido que possa ser extraído do texto legal, em especial o sentido que lhe quis ser atribuído pelo legislador, seja compatível com as normas constitucionais. No terceiro caso, haverá ativismo, quando o sentido mais próximo do que o legislador quis dar ao texto estiver de acordo com as normas constitucionais, mas o Judiciário quis atribuir sentido diverso.

Além disso, também se configura ativismo judicial quando ocorrer uma distorção do sentido do texto constitucional pelo Poder Judiciário, defendendo a existência de normas constitucionais que não se enquadram nos sentidos adequados do texto<sup>4</sup>.

O segundo caso ocorre quando o Poder Judiciário entende pela existência de um mandamento constitucional que o Legislativo não cumpriu, seja de forma deliberada ou por inação, ou que cumpriu de forma insatisfatória, dando proteção insuficiente a um direito fundamental.

Nesse ponto, além do ativismo gerado por uma interpretação inadequada do texto constitucional, há uma segunda questão: na inação do Legislativo, o mandamento constitucional deve ser efetivado pelo Judiciário.

Há posicionamento no sentido de que o Judiciário jamais pode criar normas, ainda que haja o descumprimento de um dever positivo de fazê-lo pelo Legislativo (FERRAJOLI, 2015). Essa posição tem base, especialmente na teoria da separação dos poderes e na falta de competência e legitimidade democrática do Poder Judiciário.

Em contraponto, pode-se argumentar que, se há uma omissão legislativa inconstitucional, há uma falha do Estado como um todo, e a ausência da regulamentação de um direito fundamental não deve ser suportada pela sociedade (BARROSO, 2015). Desse modo, cabe ao Judiciário criar as bases para a aplicação dos direitos fundamentais. Esse posicionamento pode ser extraído de decisões do STF, como a que regulamenta a greve dos servidores públicos e a que amplia a incidência dos crimes de racismo para hipóteses de LGBTQI+fobia, que serão analisados mais abaixo.

---

<sup>4</sup> Não se desconhece a discussão sobre a forma legítima de construção do sentido do texto constitucional. Há autores que indicam que a interpretação do texto deve ser feita a partir de pré-compreensões formadas pela sociedade (HABERLE, 1997), pela democracia deliberativa (HABERMAS, 1997), pela busca da resposta correta por meio de princípios (DWORKIN, 2010) dentre muitas outras. Aqui, deixo esse debate em suspenso e apenas me refiro ao sentido adequado da Constituição.

Se esses conceitos de ativismo judicial já não deixam pontos abertos o suficiente, ainda há uma divergência quanto à tolerância ao ativismo judicial.

Streck, Barreto e Oliveira (2009), por exemplo, ao analisar o caso da união estável homoafetiva, se colocam totalmente contrários a qualquer forma de ativismo judicial, de forma que é melhor confiar apenas naquilo que a Constituição claramente garante a impor o sentido que se gostaria que ela tivesse.

Já o ministro Luís Felipe Salomão (2019), do Superior Tribunal de Justiça sustenta posição mais moderada ao defender o ativismo judicial, considerado como a interpretação expansiva da lei, apenas para a proteção de direitos de minorias. Nesse sentido, o Poder Judiciário, em regra, mantém-se em suas funções típicas de análise de casos dentro de uma legalidade estrita, salvo para exercer a função contramajoritária atribuída pelos direitos fundamentais.

Por fim, Barroso (2015; 2018) se posiciona favoravelmente ao ativismo judicial, colocando o Judiciário como uma corte iluminista com a função de “empurra[r] a história na direção do progresso social e da libertação de mulheres e homens” (BARROSO, 2018, p. 249-250).

Não se pretende esgotar todos os posicionamentos sobre o ativismo judicial nessas três categorias, mas apenas ilustrar que se trata de uma debate complexo e, por muitas vezes, envolta de interesses políticos.

É daí que se apresenta a presente proposta, a de uma troca na perspectiva para analisar o mesmo problema, substituindo a pergunta “o quando o Poder Judiciário deve atuar frente às decisões ou falta de decisão legislativas?” por “qual é o grau de autonomia do Poder Legislativo na criação ou não criação de leis?”

De fato, a questão da discricionariedade legislativa, ainda que menos popular que o debate sobre ativismo judicial, não é de todo ignorada. Alexy (2014), em especial, defende uma discricionariedade bem restrita. Isso se dá em razão de seu conceito de princípios como mandamentos de otimização de direitos fundamentais, o que só permite que a lei seja aquela que os efetiva na maior medida, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Diante disso, o autor defende que o Legislador apenas tem discricionariedade para tomar decisões nos casos em que se verifica incerteza quanto às questões normativas ou epistêmicas, ou seja, dúvida quanto à configuração de um direito ou quanto ao conhecimento, especialmente científico, que vá embasar a tomada de decisão.

Tal posição acaba reduzindo o papel do legislador e, portanto, da vontade popular, a um mero regulador de situações jurídicas pré-estipuladas constitucionalmente, tirando a função

tradicional de regulamentar (ainda que de forma limitada pela Constituição) as relações sociais (THEODORO, POSSIGNOLO, 2019). Todavia, não é intenção desse artigo debater essa posição, mas sim demonstrar como a mudança de perspectiva, já abordada por Alexy, pode ser enriquecedora ao debate.

A ideia aqui proposta é, portanto, entender como proceder com a análise colocando o legislador em foco. Para isso, diante de uma decisão judicial que debata a constitucionalidade de uma lei ou de uma omissão legislativa, é preciso se perguntar se a Constituição impõe ao legislador uma proibição de legislar ou uma obrigação de legislar sobre o tema em debate ou se, do contrário, se a decisão ou omissão legislativas se encontram dentro dos limites de discricionariedade que a Constituição permite ao legislador.

Com isso, dá-se um enfoque ao texto constitucional e as normas dele decorrentes, e não apenas à decisão do caso em si. Irei analisar isso a partir de alguns casos decididos no Supremo Tribunal Federal.

O primeiro caso escolhido é o da possibilidade de prisão decorrente da decisão condenatória do tribunal de segunda instância.

Nesse caso, pela metodologia de análise proposta<sup>5</sup>, o jurista, em vez de questionar se a falta dessa possibilidade fere o interesse constitucional da efetividade da persecução penal, deve se perguntar: (a) se é possível e cabível extrair do texto constitucional uma obrigação de prender com a decisão condenatória em segunda instância; (b) se é possível e cabível extrair do texto constitucional uma proibição de prender em segunda instância; ou se (c) se as normas constitucionais não obrigam nem proibem, deixando para o legislador a discricionariedade para a prisão em segunda instância.

Nesse caso, diferente do que se defende implicitamente na decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292, não há, na Constituição, texto normativo do qual se possa extrair uma obrigação clara ao legislador de criar uma norma que autorize a prisão decorrente da condenação em segunda instância, ainda que não estejam esgotados os recursos, ou seja, não há uma obrigação constitucional de prender em segunda instância.

Obviamente, porém, há um mandado implícito de que o legislador deve garantir a efetividade da persecução penal, cabendo, sim, a utilização de argumentos fáticos para mostrar que a opção legislativa feriu essa obrigação. Todavia, requer-se um ônus argumentativo forte para: a)

---

<sup>5</sup> Não por coincidência, a forma de construção da argumentação segue a mesma linha que Dworkin (2010) utiliza ao tratar dos casos difíceis.

mostrar que o atual sistema processual penal não cumpre esse mandamento, b) mostrar que a prisão com a condenação em segunda instância é uma medida adequada para a garantia desse mandamento, e, principalmente, c) mostrar que não se está ferindo um outro comando constitucional com essa decisão.

Restam as possibilidades da proibição desse tipo de prisão e da discricionariedade do legislador. Na decisão do HC 84.078, o Supremo decidiu pela hipótese da proibição. Mas, para fins argumentativos, vamos explorar a possibilidade da discricionariedade legislativa.

Parte-se, portanto, da premissa de que não há proibição ao legislador em permitir a prisão em segunda instância na norma extraída do artigo 5º, LVII da Constituição, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, e do artigo 8, parágrafo 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Portanto, apenas para podermos prosseguir, vamos considerar que é correto o argumento de que prender não corresponde a presumir culpado.

Nessa hipótese, deve-se saber se o legislador tomou alguma decisão para regulamentar a questão. Isso foi feito com a redação do artigo 283 do Código de Processo Penal, “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar *ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado*” (grifo nosso), sendo clara a opção no final do texto.

Na opção da obrigação de regulamentar a prisão decorrente da condenação em segunda instância, dentro da complexa argumentação que se precisaria fazer, esse artigo seria inconstitucional, mas não nas hipóteses de proibição constitucional dessa prisão ou de discricionariedade legislativa.

Para aprofundar ainda mais o raciocínio, considere-se que seja um caso de discricionariedade legislativa, mas a questão não houvesse sido regulada em lei. Mesmo assim, não caberia ao Judiciário criar essa restrição de direito, pois, deve interpretar as limitações a direitos fundamentais de maneira restrita, como resultado do conceito consolidado de Estado de Direito. Outra questão para análise envolve o crime de aborto até o terceiro mês, que foi enfrentada pela 1ª Turma do STF no HC 124.306.

A Constituição brasileira não apresenta qualquer comando claro no sentido de proibir a regulamentação do aborto ou de obrigar sua criminalização, mas apenas direitos mais gerais, que norteiam a questão.

Sob a metodologia aqui proposta, uma primeira possibilidade seria a de considerar que existe um mandado constitucional de criminalização do aborto, do qual resultaria que qualquer descriminalização do aborto seria proteção insuficiente do direito à vida. Inclusive, foi esse o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, em 1975, reafirmado, em 1993 (casos aborto I, BVerfGE 39, e aborto II, 88 BVerfGE 203<sup>6</sup>).

Contudo, sem um texto mais explícito sobre assunto tão polêmico, tanto politicamente quanto epistemologicamente, não é possível extrair esse comando constitucional de um comando mais geral de proteção e respeito à vida.

A posição oposta seria a de que a constituição desautoriza o legislador de proibir o aborto, de forma que o aborto seria interesse assegurado por um direito fundamental, como o direito geral de liberdade. Nessa hipótese, defendida pela primeira Turma do STF em casos de gravidez até o terceiro mês, vale o mesmo contra-argumento utilizado acima.

Resta, portanto, a discricionariedade legislativa para os casos gerais de aborto, a qual foi exercida nos artigos 124 a 128 do Código Penal. Em outras palavras, não havendo decisão clara do constituinte por uma ou outra opção política, deve-se presumir que ele não quis engessar a questão, mas deixar para que a sociedade delibere democraticamente sobre o assunto.

Essa argumentação, contudo, é válida para os casos gerais de aborto. Havendo circunstâncias específicas, como o fato de o aborto ser decorrente de estupro, de o feto não ter possibilidade de vida fora do útero ou de haver risco à saúde da mãe terão outras normas constitucionais influenciando na decisão, como as que contém os direitos à integridade física e psíquica.

Para finalizar, vamos analisar duas hipóteses de alegada omissão legislativa: o caso do direito de greve do servidor público, avaliado nos MI 670, 708 e 712, e da criminalização da LGBTQI+fobia, debatido na ADO 26 e no MI 4.733.

Como sempre, a pergunta inicial a ser feita é se o constituinte obriga ou proíbe a criação de lei em determinado sentido, ou se deixa a decisão para o legislador<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> O acesso às decisões foi feito a partir do “Boletim de Jurisprudência Internacional” sobre aborto do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2018, p. 16-19).

<sup>7</sup> No caso do direito ao ensino domiciliar (RE 888.815), embora não tenha sido escolhido para análise nesse artigo, é interessante notar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que a regulamentação ou não dessa prática está dentro dos limites da discricionariedade legislativa, decidindo, por maioria, não regulamentar em substituição à vontade do legislador, conforme queria o Ministro Barroso, nem declarar eventual regulamentação inconstitucional, como queriam os ministros Fux e Lewandowski.

O texto do artigo 37, VII, “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”, deixa evidente a obrigação de regulamentar o direito de greve do servidor público.

Já no caso da criminalização da LGBTQI+fobia, em que pese a proibição da criminalização ser facilmente descartada, é necessária uma argumentação mais robusta para defender sua obrigatoriedade. Tal argumentação pode perpassar pelo princípio constitucional da não discriminação de qualquer natureza (artigo 3º, IV e artigo 5º, *caput*), pelo direito fundamental de igualdade (artigo 5º, *caput*), pelo mandado expresso de criminalização ao racismo contido no inciso XLII, e pelo mandado expresso de punição de discriminações do inciso XLI, ambos do artigo 5º da Constituição. Para fins de argumentação, vamos considerar a existência de um mandado de criminalização da LGBTQI+fobia.

Em ambos os casos, o debate não se exaure na discussão da discricionariedade legislativa, que, especialmente nos casos de dever de legislar, é apenas o ponto de partida da discussão.

Deve-se passar para a seguinte questão, agora voltada ao Poder Judiciário: na omissão inconstitucional do legislador, cabe ao julgador regular a questão?

Essa questão é posta mais no sentido de mostrar os limites da metodologia de análise a partir da discricionariedade legislativa. Contudo, é interessante destacar que a linha de raciocínio e, portanto, a resposta não necessariamente precisa ser a mesma em todos os casos.

No caso da greve dos servidores públicos, não seria cabível imputar ao servidor público o prejuízo pela omissão do Estado, o que lhe ensejaria um benefício decorrente de seu próprio erro. Portanto, caberia ao Judiciário regulamentar o direito ou não regulamentar, deixando ilimitado o exercício do direito de greve. Contudo, como a última hipótese prejudicaria toda a sociedade, resta a opção pela regulamentação (que deveria ser) provisória.

Por outro lado, no caso da criminalização da LGBTQI+fobia, o Poder Judiciário precisa enfrentar uma questão mais complexa, se lhe é permitido estender a incidência de (ou até criar um) tipo penal não previsto pelo legislador, seja por escolha, seja por omissão.

Essa questão, porém, já foi decidida pelo próprio Poder Constituinte como forma de proteger os indivíduos contra o poder do Estado. Tal decisão consta no inciso XXXIX do artigo 5º: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Portanto, pode-se perceber, quanto à questão do ativismo judicial, que a mudança do foco dos limites do Poder Judiciário para os limites do Poder Legislativo permite evidenciar algumas questões que podem ficar ocultas e, mais ainda, que revelam argumentos mais sustentados em

opções políticas pessoais de quem argumenta e privilegiar os mais sustentados nas normas constitucionais.

Contudo, é bom destacar que a resposta para as perguntas levantadas não é tão evidente como pode ter parecido na exposição e necessita de uma argumentação a partir das normas jurídicas. De fato, optou-se, nesse artigo por não se aprofundar no mérito das questões, mas apenas mostrar os caminhos que elas abrem para a discussão a respeito de direitos fundamentais.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A concretização das normas constitucionais, em especial a efetivação dos deveres de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, não apenas pelo Estado, mas também pelos particulares, é um dos grandes desafios políticos e jurídicos da atualidade.

Esse desafio, fruto das transformações que os direitos fundamentais, e o Direito como um todo, sofreram nos últimos séculos, não foi adequadamente acompanhado por uma evolução teórica, ou mesmo dogmática, do equilíbrio entre os três Poderes do Estado.

Como resultado, surge um debate, na academia e nos próprios Poderes, sobre quais são os limites de atuação do Poder Judiciário, a quem restou o papel de guarda da Constituição e, portanto, de fiscalização da constitucionalidade dos atos dos Legislativo e Judiciário.

De um lado, há os que defendem o papel mais ativo do Judiciário na concretização do Direito, mesmo quando não há respaldo claro no texto constitucional; de outro, há os que, embora não neguem a função de guarda da Constituição, pregam uma postura mais voltada ao texto, sem o grau de autonomia, ou discricionariedade, que se verifica em número significativo de decisões, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, denunciando-se o chamado ativismo judicial.

Um debate que parta de premissas tão distintas, dificilmente gerará frutos significativos. Diante disso, o presente artigo, também inserto nesse debate, propôs um outro prisma para se enxergar a mesma questão com o intuito de que a mudança da perspectiva possibilite maiores confluências de entendimento sobre a revisão judicial das leis a partir da Constituição.

A proposta de metodologia aqui apresentada é a de analisar a questão da constitucionalidade das leis, não a partir dos limites da atuação do Judiciário, mas dos limites da autonomia conferida ao Legislativo pela Constituição. Essa proposta se ilustrou com os casos da prisão decorrente de condenação em segunda instância, da inconstitucionalidade da descriminalização e da criminalização do aborto, da criminalização judicial da LGBTQI+fobia e da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

A partir dessa metodologia, o jurista, bem como o Poder Judiciário, ao analisar a inconstitucionalidade de uma lei, deve-se questionar se a legislação fere alguma norma constitucional, ou se o legislador atua dentro dos limites de sua discricionariedade, caso em que não caberá ao Poder Judiciário intervir.

O mesmo deve ocorrer na análise da inconstitucionalidade de uma omissão, seja ela proposital ou fruto da inércia legislativa, em que se deve questionar se é estabelecida uma obrigação de legislar, ou se a omissão está dentro da autonomia legislativa.

Como visto, essa abordagem nem sempre permite resolver todo o problema, em especial no caso de omissões inconstitucionais, nas quais ainda é necessário saber se cabe ao Judiciário substituir a vontade legislativa. Todavia, ela possibilita evidenciar questões que poderiam ficar ocultas na simples discussão do caso, que, da forma como tem ocorrido, facilita a prevalência de argumentação ideológica, levando o debate para longe do texto constitucional.

A proposta aqui apresentada, portanto, garante uma maior definição dos limites da atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, de modo que a separação dos poderes, ao mesmo tempo que não seja evocada de maneira rasa para impedir qualquer atuação judicial, sem considerar toda a evolução dos direitos fundamentais, também não seja totalmente desprovida de sentido, inviabilizando a concretização da vontade popular por seus legítimos representantes.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. especial, p. 24–50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar da Faculdade de Direito de Valença**, Valença, v. 16, n. 1, p. 217-266, jan.-jul./2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Documentação. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Seção de Jurisprudência Internacional e Gestão do Tesouro. **Boletim de jurisprudência internacional: aborto**. Brasília: Supremo Tribunal Federal: 2018. 3 v.
- CORWIN, Edward Samuel. Marbury v. Madison and the doctrine of judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 12, n. 7, p. 538-578, 1914.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The federalist**. The Guideon Edition. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio-Henrique. Concepto y concepción de los derechos humanos. **DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Madrid: Biblioteca Miguel de Cervantes, n. 4, p. 47–66, 1987.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem da desigualdade**. Tradução de Maria Lacerda de Moura. [S. l.]: Ridendo Castigat Moraes Editora, 2001. Livro eletrônico.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Maria Lacerda de Moura. [S. l.]: Ridendo Castigat Moraes Editora, 2002. Livro eletrônico.
- SALOMÃO, Luís Felipe. “Juiz só deve agir na afirmação de direitos em posições contramajoritárias”. [Entrevista cedida a] Danilo Vital. **Conjur**, Anuário da Justiça, 23 mar. 2019. Disponível em: [encurtador.com.br/bexJ3](http://encurtador.com.br/bexJ3). Acesso em ago. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista opinião jurídica**, v. 4, n. 7, p. 160–209, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: Qu’est-ce que le Tiers État?** 5. ed. Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. *Epub*.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. 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, jul.-dez./2009.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. *Epub*.

THEODORO, Marcelo Antônio; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Crítica à máxima parcial da “necessidade” de Robert Alexy a partir da ideia de “políticas” de Ronald Dworkin. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 20, n. 2, p. 187-202, jul./dez. 2019.

**Recebido em:** agosto de 2020.

**Aprovado em:** agosto de 2020.

**Como citar este trabalho:**

POSSIGNOLO, A. T. C. Proposta de análise do chamado “ativismo judicial” pelo prisma da discricionariedade legislativa. **Zeiki**, Barra do Bugres, v. 1, n. 1, p. 102-117, (2020).