

UMA VISÃO DO GARANTISMO DE FERRAJOLI SOBRE A INFLUÊNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO NO PROCESSO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI NO BRASIL

*A VIEW OF FERRAJOLI'S GUARANTEE ON THE INFLUENCE OF
NEOCONSTITUTIONALISM ON THE PROCESS OF INTERPRETATION AND
APPLICATION OF THE LAW IN BRAZIL*

Nestor Eduardo Araruna Santiago¹

Plácido Barroso Rios²

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar os equívocos no processo de interpretação e aplicação das normas jurídicas no Brasil sobre influência do neoconstitucionalismo, o qual leva o intérprete a ponderar sobre a aplicação prevalente de um princípio sobre os demais que gravitam em torno da mesma causa, trazendo a moral para o interior do direito, e, com ela, elevada carga de subjetividade na decisão. O constitucionalismo principialista, também chamado de neoconstitucionalismo, seria o responsável pela reaproximação entre o direito e a moral, desenvolvendo uma nova dogmática da interpretação constitucional em que haveria obrigatória distinção entre normas e princípios, uma vez que estes seriam aplicados mediante ponderação. Contrário a esse entendimento, Luigi Ferrajoli apresenta o constitucionalismo garantista como o caminho preciso para salvaguardar a essência e os valores da constituição, afastando a moral do direito, trazendo como fundamento para a correta aplicação da lei o processo de subsunção da norma, afastando com isso o arbítrio do julgador e restabelecendo a densidade normativa do texto constitucional.

1 Doutor, Mestre e Especialista em Direito, pela Universidade Federal de Minas Gerais. Estágio Pós-Doutoral, pela Universidade do Minho. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Professor Associado na Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) Advogado Criminalista. E-mail: nestorsantiago@unifor.br.

2 Doutorando em Direito Constitucional (2022); Mestre em Direito e Gestão de Conflitos, pela Universidade de Fortaleza (Unifor), 2017. Promotor de Justiça titular da 67ª Promotoria dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Coordenador do Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal no Estado do Ceará (GAESF). E-mail: placido@mpce.mp.br ou placido@edu.unifor.br

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Ponderação. Ativismo Judicial. Garantismo. Subsunção. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This article aims to analyze the misconceptions in the process of interpreting and applying legal norms in Brazil regarding the influence of neoconstitutionalism, which leads the interpreter to ponder the prevalent application of one principle over others revolving around the same cause, bringing morality into law, and along with it, a high level of subjectivity in decision-making. Principled constitutionalism, also known as neoconstitutionalism, is said to be responsible for the reconnection between law and morality, developing a new dogmatic of constitutional interpretation where there would be a mandatory distinction between norms and principles, since the latter would be applied through balancing. In contrast to this understanding, Luigi Ferrajoli presents garantist constitutionalism as the precise path to safeguard the essence and values of the constitution, distancing morality from law, bringing as a foundation for the correct application of the law the process of subsumption of the norm, thereby removing the arbitrator's discretion and re-establishing the normative density of the constitutional text.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism. Balancing. Judicial Activism. Garantism. Subsumption. Legal Certainty.

INTRODUÇÃO

A teoria do constitucionalismo garantista – ou simplesmente, garantismo – de Luigi Ferrajoli é muitas vezes mal compreendida no Brasil, soando aos ouvidos menos atentos como uma tese voltada unicamente a potencializar a salvaguarda dos interesses dos réus, numa percepção errônea e desfocada do sistema de garantias firmado no texto constitucional. O conceito de garantismo pressupõe uma densa barreira de defesa contra a discricionariedade e o arbítrio, fundamentos indispensáveis à hígida função jurisdicional do Estado.

Segundo Streck (2012, p. 17), o Estado Legal difere do Estado Constitucional pelo fato de o primeiro não ser dotado de uma constituição ou ter uma constituição flexível, enquanto o segundo é dotado de uma lei superior, uma constituição rígida, qualquer que seja sua concepção filosófica ou metodológica. No constitucionalismo (Estado Constitucional), são vistas duas concepções distintas: a do constitucionalismo jusnaturalista e a do constitucionalismo positivista (muito embora advirta Streck (2012, p. 15) que os defensores do jusnaturalismo não admitam essa distinção, se autodeclarando não positivistas ou pós-positivistas). Inobstante filiados a diversas

correntes, o que interessa no presente texto é saber que os pontos de convergência entre os jusnaturalistas são os de enxergar as normas de direitos fundamentais como princípios ético-políticos, com uma forte diferenciação entre princípios e regras constitucionais.

Pois é exatamente sobre este constitucionalismo jusnaturalista ou principialista e argumentativo, também chamado de neoconstitucionalismo, que recaem as críticas do presente artigo. Esta forma de interpretar e aplicar as normas jurídicas, utilizando-se o intérprete da ponderação e não da subsunção, estaria tornando vaga e imprecisa a tarefa de aplicar a norma jurídica, afastando o julgador de sua função eminentemente jurisdicional.

Para bem entender o problema, fundamental trazer à análise exemplos práticos emanados de decisões exaradas pelas Cortes Superiores, donde se observam reconhecidas dificuldades no processo de interpretar e aplicar a norma jurídica no Brasil, com destaque para uma súmula vinculante que teria por essência a função de pacificar entendimento sobre questão constitucional já discutida e sedimentada no Supremo Tribunal Federal.

Mas se é verdade que o neoconstitucionalismo seria responsável por equívocos no processo de interpretação e aplicação da norma, maior verdade ainda é saber que, tendo como base o mesmo neoconstitucionalismo, importantes inovações e relevantes contribuições foram trazidas para o aprimoramento do sistema jurídico brasileiro, notadamente no que concerne ao reconhecimento dos direitos fundamentais. Para tanto, basta observar que o neoconstitucionalismo no Brasil tem como um de seus maiores expoentes o ministro do STF Luís Roberto Barroso. Segundo Barroso (2005, p. 12), o marco filosófico do neoconstitucionalismo estaria no pós-positivismo, entendendo-se este como a reaproximação entre o Direito e a Ética, e, como marco teórico, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Foi exatamente este embate entre o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo principialista e o constitucionalismo normativo ou garantista defendido por Luigi Ferrajoli que Streck chamou da “mais importante temática do direito na contemporaneidade” (2012, p. 59). Diferentemente do constitucionalismo normativo ou garantista, o constitucionalismo argumentativo ou principialista se caracteriza basicamente pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, sendo estes dotados de normatividade mais fraca, sujeitos, portanto, à ponderação ou ao balanceamento, enquanto as normas estariam sujeitas à subsunção diante do caso concreto.

O problema é que a sistemática da ponderação de valores tira muitas vezes o magistrado da posição de aplicador da lei para transformá-lo num criador da lei, cabendo-se-lhe a tarefa de mensurar, dentre os valores aplicáveis ao caso, aquele que seria mais “adequado” à solução do litígio. Como bem reforça Ferrajoli (2012),

o neoconstitucionalismo enxerga o direito (até mesmo os direitos fundamentais) por meio de uma lente axiológica, tratando-os como princípios morais, trazendo a moral novamente para o interior do direito. É isso que faz com que a aplicabilidade das leis obedeça a uma regra de balanceamento dentre aquelas elegíveis para solucionar a questão jurídica, deixando o direito permeável ao subjetivismo e arbítrio do julgador, gerando, por conseguinte, falta de segurança jurídica e de uniformidade nas decisões judiciais.

E aqui já é possível observar que essa forma de aplicação das normas jurídicas, embora dê ao intérprete mais flexibilidade para solucionar o litígio, traz consigo certa dificuldade na correta compreensão da lei, não apenas pela sociedade, mas também pelos próprios julgadores.

Focando nessas premissas iniciais, o artigo foi dividido em três capítulos buscando bem separar todas essas temáticas e fazer uma ligação harmônica entre elas. O primeiro versa sobre o chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo principialista, procurando demonstrar a base metodológica e científica utilizada na interpretação e aplicação das normas jurídicas. O segundo mergulha na análise de algumas decisões judiciais que justificaram diversos questionamentos e deram azo ao presente estudo, explorando o ativismo judicial e sua relação com o neoconstitucionalismo, a demonstrar os impactos e as consequências que decisões manejadas sob o pálio da ponderação podem trazer ao ordenamento jurídico nacional. Finalmente, no terceiro e último capítulo, propõe-se desvendar o problema e apontar uma solução sob as luzes do constitucionalismo garantista de Ferrajoli. É neste último capítulo que o leitor passará a compreender que o caminho para o correto desate dessas questões impõe a redescoberta da força normativa da Constituição, afastando o direito da moral e aplicando as normas jurídicas no plano da subsunção, e não mais da ponderação: é o que propõe o constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli.

A base de pesquisa utilizada será a bibliográfica e documental, seguindo uma metodologia qualitativa, com arrecadação de material doutrinário, assim como levantamento de julgados de tribunais nacionais, em que se buscará primeiro entender os conceitos e a distinção entre o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo garantista de Ferrajoli, para só então procurar entender os fundamentos utilizados pelo operador do direito nessa temática, explorando os perigos que essa nova sistemática representa para o Estado Democrático de Direito.

I O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO BASE TEÓRICA PARA O ATIVISMO JUDICIAL

Não é difícil compreender o porquê do nascedouro do movimento pós-positivista ao término da segunda grande guerra, período que marcou a humanidade pela

barbárie responsável pela morte de milhões de pessoas. Segundo Barroso (2005, p. 3), o marco histórico do novo direito constitucional na Europa foi o período pós-guerra, em especial na Alemanha e Itália. No Brasil, o movimento só ocorreria anos mais tarde com a Constituição de 1988, fruto dos movimentos que eclodiram no país após o golpe de 1964, culminando com a restauração da ordem democrática. De um modo geral, esse mais recente capítulo da história do direito constitucional no mundo foi marcado pela construção de um novo Estado que tivesse como alicerces a democracia e a defesa dos direitos humanos.

O positivismo responsável por trazer a cientificidade de volta ao direito e expurgar o caráter metafísico do jusnaturalismo teria chegado à sua decadência com a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram toda sorte de atrocidades, embora não tenham ferido as balizas da ordem jurídica então posta (BARROSO, 2005, p. 4). Foi com esse espírito que se buscou fundar um novo marco filosófico do direito constitucional na segunda metade do século XX. Nascia assim o chamado *pós-positivismo*, fruto da superação histórica do jusnaturalismo e do fracasso político do positivismo. Todavia, o que parecia ser uma importante descoberta, logo apresentou traços de semelhança com o jusnaturalismo que imperou no direito a partir do século XVI, notadamente quanto a ignorar a legalidade estrita e procurar fazer uma releitura do direito sob os olhos da moral.

Dessa forma, sob o argumento da construção de uma moderna hermenêutica constitucional, tendo como base a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, o que se desenhava de fato era uma nova forma de ver o direito, voltando a moral a ocupar lugar de elevado destaque. Barroso (2005) se refere a essa nova tendência como a da “Supremacia da Constituição” e, por conseguinte, a supremacia do Poder Judiciário, uma vez que caberia a este a defesa dos direitos fundamentais ancorados no novo texto constitucional. O período é marcado pelo advento dos Tribunais Constitucionais, com a construção de todo o marco teórico necessário para abraçar a discricionariedade e o ativismo judicial. O novo papel do juiz não seria apenas o de conhecimento técnico, para uma correta interpretação da vontade do legislador na aplicação da lei, mas também, como bem pontuou Barroso (2005, p. 10), o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as possíveis.

Toda essa transformação exigirá nova forma de interpretar o texto constitucional e uma postura diferente do “antigo” julgador. Na visão de Barroso (2005, p.10), as constituições modernas são acima de tudo textos dialéticos, sendo natural que haja muita colisão entre normas constitucionais que resguardem bens jurídicos distintos, cabendo ao juiz criar o direito a ser aplicado no caso concreto mediante a ponderação, visto que a subsunção não seria capaz de resolver todos os problemas dessa nova sociedade envolta em círculos concêntricos de direitos, com naturais colisões de

interesses. Nesse vasto espaço, onde a ponderação e a razoabilidade terão papel decisivo na interpretação e aplicação da lei, assevera Barroso que não estará mais o Judiciário sujeito à lógica da separação dos poderes (2005, p. 11).

Tassinari (2013) adverte que somente a partir da noção do constitucionalismo democrático com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) o Poder Judiciário, de modo geral, inaugurou uma postura ativista, tornando viva e eficaz as normas afetas aos direitos humanos. E aqui se vê a dimensão que o problema representa quando se aponta a base teórica fundada no neoconstitucionalismo como responsável pela defesa e aplicabilidade dos direitos e das garantias fundamentais.

Legitimado por esse caminho, escudando-se sempre no forte argumento da defesa dos direitos fundamentais hauridos no constitucionalismo democrático, o Judiciário brasileiro vem avançando cada vez mais os limites traçados à atividade jurisdicional, arvorando-se muitas vezes como corresponsável pela construção da lei, causando perplexidade ao invadir espaços que estariam até então reservados ao legislador como se vê nos exemplos abaixo colacionados.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), incluiu no Código Penal o art. 217-A (BRASIL, 1940), descrevendo a conduta de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de quatorze anos como crime. No caso, dentre os vários critérios existentes e elegíveis à configuração do tipo penal (fatores psicológicos, sociais, culturais etc.), o legislador fez a opção pelo critério estritamente biológico, elegendo o marco etário como fator objetivo na construção do tipo penal (FERREIRA; SANTIAGO, 2021). Portanto, em sendo a pessoa menor de quatorze anos, estará consumado o delito, independente de o sexo ter ocorrido com ou sem o consentimento do ofendido, ou de ser a *vítima* pessoa em situação de rua, virgem, não virgem, prostituta, delinquente, enfim, aos olhos do legislador, ocorrendo a prática sexual ou libidinoso contra menor de quatorze anos estará consumado o delito.

No caso, advertem Ferreira e Santiago (2021) que o intuito da lei foi afastar das decisões judiciais julgamentos negativos voltados contra a vítima, e não contra o ofensor. De fato, em delitos dessa natureza, não é raro que se coloque no banco dos réus a ofendida, vista frequentemente como uma adolescente libertina, provocadora, ou simplesmente compreendida como pessoa pervertida pela vida de miséria e infortúnios, e não o verdadeiro violador da norma jurídica. Como bem dizem os autores, a análise social de moralidade do ofendido (elemento alheio ao direito) não pode ser aceito como proteção ao réu e mitigação à conduta criminosa, uma vez que implica uma abordagem discriminatória e, portanto, inaceitável como fundamento de defesa.

Inobstante a clara opção do legislador, não foram poucas as decisões judiciais que se afastaram desse desiderato, absolvendo inúmeros réus sob fundamento de que já estaria afastado quando da finalização do processo legislativo e sepultado

com a edição da nova norma jurídica. Todavia, tamanhas foram as divergências nos pronunciamentos judiciais a esse respeito que se fez necessária a edição de uma súmula pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 593), reafirmando aos órgãos do Poder Judiciário: “o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de quatorze anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente” (BRASIL, 2017). A súmula não veio pacificar nenhuma questão de elevada complexidade no mundo jurídico a não ser impor aos órgãos judicantes a obrigação de cumprir a norma legal da forma como esta foi concebida, extirpando análises subjetivas ou valorativas que retirassem o alcance e o objetivo da Lei nº 12.015, de 2009, que deu nova redação ao art. 217-A do Código Penal.

Mais recentemente, julgando um caso de injúria racial (BRASIL, 2022), o STF entendeu que este crime seria uma espécie do gênero racismo, sujeito à imprescritibilidade. O cerne do litígio era definir se o crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, poderia ser considerado crime de racismo, uma vez que não contemplado pelo legislador dentre os tipos penais firmados na Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (BRASIL, 1989). No caso, entendeu o relator, ministro Edson Fachin, que “excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência”.

No mesmo julgamento, o ministro Nunes Marques abriu a divergência entendendo que somente o legislador poderia estabelecer a imprescritibilidade de um delito. Asseverou o ministro não ser possível interpretar a prescrição de forma extensiva, por se tratar de uma exceção feita pelo constituinte, não cabendo ao STF, por mais grave que seja a infração penal, ampliar as hipóteses de imprescritibilidade estabelecidas pelo legislador.

Desconsiderando, porém, essa condição, por maioria de votos o STF alargou o conceito legal dos crimes resultantes de preconceito de raça ou cor, atribuindo ao crime de injúria real a condição de crime de racismo, e, portanto, sujeito à imprescritibilidade firmada pelo constituinte em relação a delitos de igual natureza. A questão ficou plenamente resolvida quando, premido pelo julgamento do STF, aos onze dias do mês de janeiro do ano dois mil e vinte e três, o legislador aprovou a Lei nº 14.532 (BRASIL, 2023), acrescentando à antiga redação da Lei nº 7.716, de 1989, o art. 2º-A, tipificando a injúria racial como espécie de crime de racismo.

Sem descurar da importância da adequação dessa conduta como racismo e, muito mais, pela forte repressão que deve ser feita a esse tipo de comportamento em

qualquer estado minimamente civilizado, impõe-se reconhecer que o Brasil adotou um caminho contrário ao estabelecido pelo Estado Democrático de Direito. Ou seja, primeiro o legislador cria a lei para depois o judiciário aplicá-la, condenando a conduta e aplicando-lhe uma sanção (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*), não o contrário.

Caso também bastante explorado pela mídia foram os julgados do STF referentes à possibilidade, ou não, da execução da sentença penal condenatória em segunda instância. Inobstante a redação de o art. 283 do Código de Processo Penal vedar expressamente a prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória (BRASIL, 1941), o STF decidiu no ano de 2009, por sete votos a favor e quatro votos contra, que um condenado pelo TJ/MG poderia recorrer em liberdade, uma vez que ainda não havia transitado em julgado a sentença penal condenatória (BRASIL, 2010). Contudo, em fevereiro de 2016, o STF voltou a analisar o mesmo tema (BRASIL, 2016), só que, desta feita, desfazendo seu anterior entendimento e, curiosamente, com o mesmo placar anterior (sete votos contra o HC e quatro votos a favor), alterando sua jurisprudência com o fim de agora afirmar o contrário: ser possível a prisão antes do trânsito em julgado, desde que após condenação em segunda instância. Neste julgado, a decisão foi capitaneada pelo ministro Teori Zavascki. Após esta decisão, a Corte ficou em completo descompasso, passando alguns ministros a decidirem monocraticamente pela possibilidade da prisão em segunda instância, enquanto outros decidiam monocraticamente pela impossibilidade. Dependendo da distribuição aleatória do STF, o réu ficaria preso ou aguardaria em liberdade o trânsito em julgado do processo. Em outubro de 2016, o novo posicionamento foi mantido no julgamento de liminares que questionavam a constitucionalidade do art. 283 do CPP (BRASIL, 2019a, 2019b, 2020). Porém, três anos depois, quando do julgamento do mérito das mesmas ADCs, em novembro de 2019, o Supremo reformulou seu posicionamento sobre o tema, entendendo pela constitucionalidade do art. 283; portanto, o mesmo fato que há três anos era constitucional e possível para o STF, passou neste novo julgado a ferir a constituição, entendendo o colegiado do STF ser absolutamente vedada a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O detalhe importante é que no curso desses dez anos, enquanto o STF tentava achar uma solução para o desalinhamento dos seus ministros sobre a matéria, o legislador continuava impassivo afirmando pela redação do art. 283 do CPP e da própria Constituição federal que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1998). Neste caso, depois de longos anos, preponderou o entendimento firmado na norma jurídica.

Outro caso que marcou o Judiciário brasileiro ocorreu no julgamento do Habeas Corpus 124.306-RJ (BRASIL, 2017), sob a relatoria do ministro Marco Aurélio. A questão versava sobre pedido de revogação da prisão de cinco pessoas detidas em uma operação da polícia do Rio de Janeiro numa clínica clandestina de aborto. Depois

de pedido de vistas do ministro Barroso, a maioria dos ministros que integrava a Primeira Turma se posicionou favorável à descriminalização do aborto até o terceiro mês de gestação.

No caso, o STF concedeu a ordem com o fim de desconstituir a prisão preventiva sob dois fundamentos. O primeiro deles fruto de uma análise típica dos requisitos da prisão cautelar elencados no art. 312 do CPP (BRASIL, 1941) (riscos para a ordem pública, instrução criminal ou aplicação da lei penal). O segundo, com base no princípio da proporcionalidade e buscando conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 a 126 do Código Penal, excluiu do âmbito de incidência da norma penal a interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gravidez, criando o STF, à revelia do legislador, uma descriminalização da prática do aborto, desde que, segundo entenderam os ministros, a conduta abortiva tenha ocorrido até o terceiro mês da gravidez. E aqui, evidente que não se faz nenhuma consideração acerca da polêmica questão em torno da descriminalização do aborto, mas tão somente um estudo das razões que levaram os ministros a afastar a incidência do art. 126 do Código Penal, descriminalizando conduta até então típica aos olhos do legislador.

Outro exemplo por demais pitoresco se viu quando das discussões acerca da constitucionalidade da SV5, ao afirmar o Supremo Tribunal Federal, com força de súmula vinculante, que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (BRASIL, 2008). O mais interessante é que a SV5 nasceu com o desiderato de cancelar a Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo teor afirmava exatamente o contrário: “é obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar” (BRASIL, 2007). Impossível não se questionar se estariam de fato, STF e STJ, as duas mais altas Cortes de Justiça do país, interpretando e aplicando as mesmas normas e a mesma constituição, tamanha a disparidade entre os dois julgados.

O mais intrigante ainda é que, mesmo depois de discutida e editada a Súmula Vinculante 5 no colegiado do STF por deliberação unânime dos seus ministros, o Conselho Federal da OAB ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (Processo STF nº 4.385-PSV058) propondo o cancelamento da mesma SV5. Naquela oportunidade, diferentemente das deliberações unâнимes quando da criação da SV5, o colegiado ficou dividido por completo, vencidos os ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Luiz Fux, Celso de Mello e Cármen Lúcia, decidindo o STF, ao final, pela manutenção da SV5, mas, desta feita, apenas por maioria de votos.

Nos arrazoados do Conselho Federal da OAB, um dos fundamentos utilizados foi o fato de o próprio STF já ter exarado posicionamento divergente ao esposado na sua própria súmula, entendendo pelo exercício da ampla defesa em sua plenitude, seja no processo judicial, seja no administrativo, reconhecendo ser essencial neste a presença do advogado, tal qual ocorre no processo penal. Naquela oportunidade, a

Corte entendeu que as garantias constitucionais fundamentais implicam assegurar, em essência, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal em sua totalidade, formal e material (BRASIL, 2006).

Traço marcante em todas essas decisões, que ora são apresentadas a título de exemplo, é a carga valorativa que parece fluir de um estilo pessoal de julgar. E aqui se passa a analisar um dos principais pontos do problema: o juiz afastar-se do comando normativo positivado para aventurar-se num oceano principiológico de baixíssima densidade normativa. É nesse mar de princípios e numa escala de valores própria do julgador que a sentença buscará atender o que cada um pensa ser justo e adequado à solução do caso concreto. Evidente que tal sistema traz consigo profunda insegurança jurídica e perplexidade ao jurisdicionado.

Nesse azo, não é de se estranhar a existência de uma coletânea de decisões divergentes diante de casos absolutamente semelhantes. Dependendo do juiz e da sua forma particular de julgar, o mesmo fato poderá vir a ter decisões completamente distintas. A lei é a mesma para todos, mas a forma como o juiz cria o direito para adequá-lo ao caso concreto é personalíssima. Ignorando os postulados legais e enveredando por valores morais, alheios à ciência jurídica, as decisões perdem sua rigidez normativa e passam a revestir-se de uma plasticidade axiológica, gerando incertezas e trazendo enorme fragilidade às decisões emanadas do Poder Judiciário.

Vislumbrando a dimensão continental do país e as milhares de comarcas existentes no Brasil, cada uma titularizada por um ou mais magistrados, não é difícil imaginar que, seguindo essa mesma vertente principialista, estes estejam também a prolar decisões que atendam não à vontade e limites firmados pelo legislador, mas a um “juízo moral ou de proporcionalidade” que não encontra baliza a não ser na subjetividade com que cada magistrado interpreta e aplica o Direito. E aqui se percebe o caminho que o neoconstitucionalismo conduziu o Poder Judiciário brasileiro, trazendo consigo a marca indelével do ativismo judicial.

Atente que não se está a defender uma forma de engessamento do trabalho do juiz, obrigando-o a julgar sempre de maneira predeterminada, tornando o direito estático e sem vida, como que alheio às questões sociais que lhes são submetidas a desate. Como bem disse Alvim (2012, p. 2), uniformidade não significa apego a um entendimento para todo o sempre, e estabilidade também não é sinônimo de imutabilidade. O que se busca, assevera, é que “a uniformidade deve acontecer depois de um período de saudável desuniformidade, e gerar estabilidade”.

De fato, o que a sociedade espera do Poder Judiciário é a pacificação dos conflitos, o serenar das querelas. Não é possível navegar sempre em meio a tormentas, ou, pelo menos, caso elas apareçam, que não sejam eternas. O jurisdicionado tem o direito e o Judiciário tem a obrigação de dar certa previsibilidade no manejo das leis, já que as relações sociais dependem disso. A celebração de contratos, acordos, o dia a dia das

pessoas, das empresas, as transações comerciais, enfim, as relações sociais demandam um judiciário que lhes seja conhecido e confiável, um poder que mostre seu rosto para a sociedade. O cidadão não pode recorrer à justiça sem ter uma noção da resposta que a justiça dará àquela causa. De igual forma, não existindo razões plausíveis e em se tratando de condições uniformes, não é razoável que fatos semelhantes sejam julgados de forma tão diferente. Soa atentatório ao próprio critério de equidade.

É precisamente este o ponto a ser explorado no capítulo derradeiro deste artigo, apontando o constitucionalismo garantista de Ferrajoli como resposta para um caminhar mais preciso e uniforme do magistrado, porque, mediante a subsunção da norma e não da ponderação, a vontade do legislador volta a ser o condutor seguro na interpretação e aplicação da lei, retirando a moral do direito e restabelecendo as balizas ínsitas aos Poderes Legislativo e Judiciário no Estado Democrático de Direito.

3 A QUESTÃO SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

O que estaria então ocorrendo com o operador do direito no Brasil para, diante de uma mesma lei, extrair decisões completamente diferentes? Ferrajoli nos dá a resposta para esta indagação, afirmando que o problema não estaria nas leis, mas na forma como o julgador maneja o processo de interpretação para aplicação desta mesma lei.

São sobre estes pontos que Streck propõe um diálogo com Luigi Ferrajoli (2012), questionando se realmente o positivismo estaria esgotado e se o neoconstitucionalismo teria mesmo vindo para superar o positivismo, abrindo espaço para o ativismo judicial. A resposta vem de imediato, afirmando Ferrajoli (2012, p. 60): “Se, na verdade, sustenta-se que os juízes não devem se limitar a interpretar as normas de direito positivo, mas estão habilitados, eles mesmos, a criá-las – ainda que por intermédio da ponderação de princípios – então resulta violada a separação de poderes”.

Ferrajoli propõe uma concepção de constitucionalismo estritamente juspositivista ou garantista, tendo como primícia a separação entre Direito e Moral. Não defende o autor a superação do positivismo, mas o seu aprimoramento, cabendo ao legislador a observação dos direitos fundamentais firmados nos textos constitucionais como balizas inarredáveis na construção do direito positivo e, portanto, sujeito ao controle de constitucionalidade. O garantismo defendido por Ferrajoli traz consigo um equilíbrio necessário entre os poderes, evitando que o Judiciário construa leis invadindo esfera própria do legislativo. À medida que defende a força normativa da Constituição, trabalhando sempre na perspectiva de que as normas jurídicas são regras dotadas de aplicabilidade no âmbito da subsunção, afasta por completo a teoria neoconstitucionalista de separação ente regras e princípios, sendo os princípios,

segundos os neoconstitucionalistas, conceituados como valores morais aplicáveis ao caso concreto por meio da ponderação.

É nesse ponto que Streck demonstra plena concordância com a teoria garantista de Ferrajoli (2012, p. 61), afirmando que se o juiz se coloca numa posição, não de aplicador da lei, mas como crítico das opções do legislador, passando a lhe definir sentidos, perdem-se os parâmetros de controle sobre a sua atividade. A crítica encontra respaldo na obra de Ingeborg Maus (2000, p. 186-187), a qual assevera: “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática”.

Essa plasticidade trazida ao Direito por intermédio do pensamento neoconstitucionalista utilizou como ferramenta a errônea distinção entre regras e princípios. A criação dessa tese possibilitou ao juiz manipular o direito ao seu bel prazer, uma vez que os princípios não eram mais vistos e entendidos como normas, mas como valores morais. Após aberta essa “porta dos princípios” não se conseguiu mais fechá-la, existindo hoje um número incontável de princípios no ordenamento jurídico. Isso por um motivo muito simples. Como o juiz, premido pelo neoconstitucionalismo, além da função de julgar passou a assumir a função de criar o direito, cada julgador diante do caso concreto passou a trabalhar com uma interpretação baseada em princípios e, a partir daí, proferir a decisão que entenda mais adequada à solução da querela sujeita a julgamento.

A utilização de princípios muitas vezes vazios de significado e de força normativa nas decisões se banalizou de tal forma que a questão chegou a ser tratada com certo sarcasmo, como bem sublinhou Streck (2012, p. 65) quando afirma que, na “era dos princípios constitucionais” é possível retirar tantos princípios da constituição quantos bastem para a solução do caso da forma como pretende. Para tanto, elenca o que chamou de “incontável (e incontrolável)” elenco de princípios, exemplificando: princípio da não surpresa; princípio da afetividade; princípio do fato consumado; princípio da cooperação processual; princípio da humanidade; princípio da confiança no juiz da causa; princípio da situação excepcional consolidada (este, afirma Streck, “está no Top Five do panprincipiologismo que assola o direito de *terrae brasilis*), dentre tantos outros, afirmando que essa lista não é apenas longa, ela é interminável.

Como dispõe Ferrajoli, princípios não são valores, não havendo diferença ontológica entre princípio e regra. Os princípios existem no texto constitucional, mas para darem sentido e legitimidade às regras. Adverte Streck (2012, p.68) que não se pode aplicar uma regra sem um princípio instituinte, uma vez que esta regra não será portadora do “caráter de legitimidade democrática”. E aqui é necessária uma advertência em torno do tão badalado princípio da proporcionalidade: muitas vezes

ele é usado para o fundamento de decisões vazias e despidas de significado. Proporção nada mais é do que igualdade e equidade, não podendo o intérprete se valer dessa ferramenta para inovar no sistema jurídico.

Sob os mesmos fundamentos cai por terra a distinção que se costuma fazer quanto à aplicabilidade de regras e princípios, quando aquelas seriam aplicadas por subsunção, enquanto estes por ponderação. Essa distinção está errada, pois importa afirmar que os princípios trariam consigo uma carga valorativa, moral, enquanto as regras, não. Essa forma de ver o Direito é a responsável por trazer enorme fragilidade ao texto constitucional, pois esvazia o sentido e a aplicabilidade de regras e princípios constitucionais, ambos aplicáveis ao caso concreto por subsunção, e não ponderação. Acreditar na ponderação é deixar que cada julgador se utilize de critérios axiológicos para dizer o Direito, o que, como já bem demonstrado, afasta o direito de suas bases científicas, deixando-o permeável a fatores pessoais e subjetivos.

Porém, a crítica maior que se faz a essa teoria não é só em relação à insegurança jurídica que traz consigo, mas, principalmente, às distorções que causam a própria normatividade constitucional. É como se estivesse a viver o que Streck também chamou de “supraconstitucionalidade” (2012, p. 68), com os julgadores lançando mão de tantos princípios, parte deles até fora da constituição ou mesmo contrários ao texto constitucional, que estaríamos colocando em xeque a própria força normativa da Constituição.

Muito embora tenham sido exaradas críticas aos postulados neoconstitucionalistas que transportaram a moral para o direito e propuseram ao juiz usar da ponderação na aplicação dos princípios, distinguindo-os e separando-os das regras, importante lembrar que tais críticas circunscrevem-se aos adeptos do constitucionalismo principialista no Brasil, e não precisamente a Robert Alexy. E aqui mais uma vez Streck (2012, p. 72), quando este aponta para o neoconstitucionalismo brasileiro como responsável por reconhecer na constituição uma ordem de valores, cabendo ao intérprete o papel de encontrar e revelar estes valores. Para tanto, os teóricos brasileiros se valeram da teoria da argumentação jurídica de Alexy. Todavia, o fizeram sem um maior rigor teórico, prevalecendo no Brasil o entendimento da teoria como sendo a distinção entre regra e princípio, aplicando-se estes por meio da ponderação de valores. Em outras palavras, os adeptos da teoria no Brasil preferiram usar da ponderação como única forma de interpretar e aplicar a norma ao caso concreto. Assim, postos os princípios aparentemente colidentes em uma balança, aquele que aos olhos do juiz tiver maior peso leva, sendo, portanto, aplicado.

Não se olvide a miscelânea interminável de princípios criada pelos mesmos teóricos brasileiros ao interpretar e aplicar o texto constitucional. Em assim sendo, o que o juiz muitas vezes vai colocar na balança são princípios absolutamente vazios de densidade normativa, ou mesmo princípios que nem sequer existem ou são até

contrários à própria norma constitucional. Essa bolha especulativa de princípios ou este panprincipiologismo, como se referiu Streck (2012, p. 75), tornou o processo de aplicação da lei no Brasil uma “loteria do protagonismo judicial” fragmentando o Direito, retirando deste seu caráter normativo.

Como já foi dito e reprisado aqui, não cabe ao intérprete distinguir o que não o fez o legislador. Como bem pontuou Bacellar Filho (2012), a hermenêutica das normas definidoras dos direitos fundamentais deve nortear-se pela máxima efetividade, atribuindo-se ao texto normativo, quando da construção interpretativa da norma, o sentido que melhor expresse sua aplicabilidade, otimizando e maximizando o seu conteúdo.

E aqui já é possível entender que o fortalecimento dos direitos fundamentais não é justificado no ativismo judicial e na adoção da ponderação no sistema neoconstitucionalista, mas sim por força da análise subjetiva do intérprete que os reconheceu, dando-lhes a merecida eficácia. Porém, fácil perceber que estes mesmos direitos fundamentais correm muito mais riscos sob o enfoque do neoconstitucionalismo, porque estarão sempre reféns de uma interpretação com pouco ou nenhuma densidade normativa. Assim, da mesma forma que hoje se aplaudem decisões que deram vida e movimento aos direitos fundamentais, amanhã, nesta mesma ótica neoconstitucionalista, e a depender do intérprete, estes mesmos direitos podem perder toda sua força e eficácia.

Ao continuar o intérprete julgando sob o manto do constitucionalismo principialista, distinguindo princípios de normas e seguindo critérios de mera ponderação na sua aplicabilidade, por certo que continuaremos sujeitos à escala de valores de cada magistrado, submetidos, portanto, a incontáveis decisões contraditórias e despidas de densidade normativa, contrariando assim a separação de poderes e fragilizando o Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Fruto do constitucionalismo principialista, o ativismo judicial fragiliza a força normativa da Constituição quando propõe uma separação entre normas e princípios, aplicando estes pela ponderação enquanto apenas as normas obedeceriam ao critério da subsunção.

Essa ponderação consiste numa análise dialética de quais princípios gravitam sobre a causa, ponderando qual deles teria maior força valorativa sobre os demais, sendo, por conseguinte, aplicável ao caso sub judice. Esse comportamento do magistrado causou forte fissura no sistema normativo, uma vez que as normas deixaram de ser hauridas no texto da lei para serem concebidas pela vontade e juízo de valor do julgador. É que

a moral está novamente no interior do Direito, e não apenas no parlamento, podendo o intérprete valer-se de uma análise axiológica na aplicação da norma.

Essa atuação revestiu-se de inúmeros questionamentos, sendo a mais grave a perda da densidade normativa da Constituição, causando significativa insegurança jurídica e contradição nos julgados, muitas vezes frutos de um mesmo tribunal. Foi o que aconteceu com a SV5, a prisão em segunda instância, a descriminalização do aborto e inúmeros outros exemplos, provando que não existem limites a confrontar a discricionariedade e o arbítrio do intérprete, tendo como foco a atual teoria neoconstitucionalista.

O caminho para resolver essa intrincada questão está no constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli que afasta a Moral do Direito, desprezando a distinção entre norma e princípio e exorcizando a ponderação como forma de aplicação do Direito. Para Ferrajoli, tanto as normas como os princípios são revestidos de densa camada normativa e somente admitem aplicação ao caso concreto mediante a subsunção. Sob a ótica do garantismo, o juiz volta a ser aplicador do Direito, e não construtor do Direito, restaurando o Estado Democrático com o respeito devido à separação dos poderes e às atribuições próprias do parlamento.

A adoção do constitucionalismo principialista continuará conduzindo o Direito para um plano desconhecido e perigoso, aberto aos trilhos do arbítrio e ativismo judicial. A resposta às contradições e insegurança jurídica trazidas pelo neoconstitucionalismo passam por uma releitura do garantismo de Ferrajoli, restaurando as atribuições próprias do Poder Legislativo, abolindo a ponderação como forma de aplicação da lei, banindo a moral do Direito e, finalmente, por intermédio da subsunção das normas, resgatando a densidade normativa e fortalecendo a Constituição.

REFERÊNCIAS:

ALVIM, Teresa. I. Noções introdutórias – Tensão entre estabilidade e evolução – O que cabe à lei? O que cabe à jurisprudência? – Ambientes decisoriais. In: ALVIM, Teresa. **Direito jurisprudencial**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-jurisprudencial/1341524087>. Acesso em: 1º ago. 2023.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. ISBN 9788502189904. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502189904/>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v.

240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 1º ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmula Vinculante nº 5**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 7 maio 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1199>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 124306 RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09 ago. 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772396220>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula nº 593**. Julgado em: 25 out. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/sumulas/sumula-n-593-do-stj/1289711196>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 154248 DF**. Relator: Edson Fachin. Julgado em: 28 out. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1391052830>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 9 ago. 2023

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal Brasileiro. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078-7 MG**. Relator: Min. EROS GRAU. Tribunal Pleno. Julgado em 05 fev. 2009. Publicado em 26 fev. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292 SP**. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Tribunal Pleno. Julgado em 17 fev. 2016. Publicado em 26 fev. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 9 ago. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000**. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI. Tribunal Pleno. Julgado em 17 fev. 2016. Publicado em DJe-100 17 maio 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/862866932>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43 DF 4000886-80.2016.1.00.0000**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Tribunal Pleno. Julgado em 07 nov. 2019. Publicado em 12 nov. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1122954800>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44 DF 4000918-85.2016.1.00.0000**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Julgado em: 9 abr. 2019. Publicado em DJe-077 15 abr. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/863910941>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 54 DF**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Julgado em 25 mar. 2019. Publicado em DJe-061 28 mar. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/691362088>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 124306 RJ 9998493-51.2014.1.00.0000**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Primeira Turma. Julgado em 09 ago. 2016. Publicado em DJe-052 17 mar. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/772396220>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 31 jul. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=EMC&numero=45&ano=2004&ato=5ecUTRq1keR pWT67b>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 343**. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Tribunal Pleno. Julgamento em: 12 set. 2007. Publicação em: 21 set. 2007. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj- revista-sumulas-2012_29_capSumula343.pdf. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.365, de 2 de junho de 2022**. Altera as Leis nºs 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), e 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para incluir disposições sobre a atividade privativa de advogado, a fiscalização, a competência, as prerrogativas, as sociedades de advogados, o advogado associado, os honorários advocatícios, os limites de impedimentos ao exercício da advocacia e a suspensão de prazo no processo penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun. 2022. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14365&ano=2022&ato=1a2QTV61kMZpWT5f7>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 25.917 DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em: 1 jun. 2006. Publicação em: 1º set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 434.059 DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento em: 7 maio 2008. Publicação em: 12 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante nº 58**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento em: 30 nov. 2016.

BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília-DF. DOU 01/02/1999.

Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9784&ano=1999&ato=b19Mza65keNpWT17b>. Acesso em: 11 jun. 2023

BRASIL. **Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília-DF. DOU 19/04/1991.

Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=8112&ano=1990&ato=90boXVq1keFpWTfed>. Acesso em: 11 jun. 2023

BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília-DF. DOU 27/09/1995. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9099&ano=1995&ato=efcUzaU5UeJpWT3a7>. Acesso em: 11 jun. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 7078**, Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 22 out. 2003. Diário de Justiça, 9 dez. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 8830 AgR**, Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 23 fev. 2016. Diário de Justiça eletrônico, 11 mar. 2016.

CARTA CAMPINAS. **Defender a legalidade no Brasil se tornou um ato revolucionário**, diz Lenio Streck. 2018. Disponível em: <https://cartacampinas.com.br/2018/06/defender-a-legalidade-no-brasil-se-tornou-um-ato-revolucionario-diz-lenio-streck/>. Acesso em: 19 mar. 2023.

CNJ. **Qual a diferença entre racismo e injúria racial**. [201?] Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/195819339/qual-a-diferenca-entre-racismo-e-injuria-racial>. Acesso em: 11 jun. 2023

DIMOULIS, Dimitri. "Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico". In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. 1 ed. Rio de Janeiro: **Revista Lumen Juris**, 2009, v. 1, p. 213-226. Disponível em:

http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_juridico. Acesso em: 9 jun. 2023.

FERREIRA GOMES, Olegário Gurgel; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. GARANTISMO, ATIVISMO E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: REFLEXÕES HIPOTÉTICAS A PARTIR DO "FAZER ATIVISTA" DOS JUIZADOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 27, n. 10, p. 162-177, abr. 2021. ISSN 2358-1352. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5969>. Acesso em: 9 nov. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2020.v27i10.5969>

FERRAJOLI, Luigi. **A cultura jurídica e a filosofia analítica no século XX**. (Coleção saberes críticos). Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502213418. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502213418/>. Acesso em: 2 jun. 2023.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, 2000.

PEREIRA ROSSO, M. F.; SIQUEIRA, M.; BIRCK DE MENEZES, R.; BERTOLO DE ANDRADE, V. SÚMULA DO NÚMERO 343 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SÚMULA VINCULANTE Nº 5: a ausência de Advogado no Processo Administrativo Disciplinar acarreta Cerceamento de Defesa?. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 6, n. 2, 2011. DOI: 10.5902/198136947069.

Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7069>. Acesso em: 17 mar. 2023.

SANTIAGO, N. E. A; NOTTINGHAM, A. B. O garantismo e a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Estudos Criminais**, v. 64, janeiro/março/2017, p. 125-145.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 325, 2005.

STRECK, Lênio. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição da proteção deficiente (Untermessverbot) ou de como não há blindagem contra normais penas inconstitucionais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 97, mar. 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 572 p.

STRECK, Lênio. FERRAJOLI, Luigi; KARAN, André Trindade (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli / Alexandre Morais da Rosa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do A.

Recebido em: 15/04/2024

Aprovado em: : 28/06/2024