

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA I**

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

HORÁCIO MONTESCHIO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara, Horácio Monteschio – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-030-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXXI Congresso Nacional do CONPEDI Brasília - DF (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I reúne textos elaborados, submetidos e posteriormente aprovados por professores que integram o banco de avaliadores do CONPEDI. Todos os textos foram selecionados a partir de um processo de avaliação cega por pares, o que garante a seriedade do mecanismo de análise das contribuições acadêmicas. Os textos selecionados abordam temas os mais diversos dentro da temática Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Em todos eles observamos a criatividade e empenho dos pesquisadores no sentido de abordarem de forma criativa, racional e crítica as temáticas objeto de suas investigações, a exemplo dos impactos da constituição sobre a administração; globalização e constituição; comissões parlamentares de inquérito; proteção das diferenças pelo Supremo Tribunal Federal; estado de coisas inconstitucional; precedentes; direitos humanos e direitos fundamentais; reforma da constituição e constitucionalismo na América Latina.

Artigo elaborado por Lílian Cazorla do Espírito Santo Nunes , Pedro Ferreira Gama , Yan Bernardo de Almeida Andrade, cujo título é DO PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AOS EMBATES COM OS PODERES POLÍTICOS, destaca a presença de um acirramento de tensões políticas entre o Executivo, Legislativo e o Judiciário. Com o crescente destaque institucional da Corte Constitucional e os olhares da sociedade cada vez mais voltados aos seus julgamentos e decisões, o STF tem sido alvo das investidas da política a fim de conter seu protagonismo. O artigo tem por objetivo analisar, a partir da trajetória de valorização das Cortes Constitucionais, os frequentes embates políticos observados no Brasil entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, com foco nos recentes atritos entre o Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal.

Artigo elaborado por Carolline Leal Ribas, Renata Apolinário de Castro Lima, Roberto Apolinário de Castro cujo título é ESTADO EM EXCEÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA O ESTADO DE DEFESA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS BRASILEIRA E ARGENTINA o texto destaca a exploração estado de exceção, sua previsão constitucional, e realiza uma comparação entre as experiências do Brasil e da Argentina, no intuito de demonstrar sua potencial função como instrumento de reafirmação da democracia. O estado de exceção é uma medida emergencial que permite aos

governos suspender temporariamente certas normas legais e adotar ações extraordinárias durante crises que ameaçam a ordem pública e a segurança nacional.

Artigo elaborado por Raphael Salgado Cardoso Silva , Claudia Michelly Sales De Paiva Tonacio , Elda Coelho De Azevedo Bussinguer o qual possui o título INICIATIVA POPULAR E DEMOCRACIA: UM CAMINHO PROMISSOR OU UM OBSTÁCULO INSTRANSPONÍVEL? No texto há uma proposta de realizar uma análise crítica e detalhada do instituto da iniciativa popular na formulação de projetos de lei no Brasil, contemplando seu contexto histórico, características essenciais e as normativas que o regem conforme o ordenamento jurídico vigente e a doutrina constitucional prevalente. Este exame tem como foco central investigar se a prática da iniciativa popular foi suplantada pelas modernas ferramentas digitais de engajamento cívico, em particular, a modalidade das "ideias legislativas" implementadas no âmbito do Senado Federal.

Artigo elaborado por Anna Carollina de Oliveira Abreu Melo , Salomão Saraiva de Moraes , Roberto Carvalho Veloso cujo título JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DIÁLOGO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E EFEITO BACKLASH NO PÓS-POSITIVISTA. O texto propõe investigar o pós-positivismo no contexto da jurisdição constitucional brasileira atual. A pesquisa aborda a evolução do constitucionalismo, destacando a transição do positivismo para o pós-positivismo. Examina também os fenômenos relacionados, como o ativismo judicial e o ativismo congressional, com foco no efeito backlash. Ainda, busca fornecer uma visão crítica e abrangente sobre como a jurisdição constitucional brasileira se adapta às novas demandas e interpretações jurídicas. Ao integrar a revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial com uma abordagem qualitativa, o artigo oferece uma contribuição significativa para o entendimento das dinâmicas contemporâneas do direito constitucional no Brasil e os desafios associados ao pós-positivismo.

Artigo elaborado por André Marques Braga , José Cléber de Araújo Moreira , Marco Tulio Frutuoso Xavier cujo título é LEGITIMIDADE E PRÁTICA DO PODER: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, qual aborda uma visão sobre o desafio da legitimidade das constituições no pós-guerra, com foco específico na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988). O problema central é a discrepância entre a teoria e a prática do poder emana do povo, muitas vezes idealizado e mal compreendido. Se investiga se o poder realmente emana e é exercido pelo povo, conforme estipulado pela CRFB/1988, e se há, na prática, uma apropriação genuína desse poder.

Artigo elaborado por Bernardo Leandro Carvalho Costa, Leonel Severo Rocha , Bianca Neves de Oliveira cujo título é a LITIGÂNCIA CLIMÁTICA E MEDIDAS ESTRUTURANTES: UMA PERSPECTIVA INTERSISTÊMICA DE TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE, o texto retrata a falta de efetividade da proteção ambiental no Brasil em relação às mudanças climáticas, a presente pesquisa em como objetivos demonstrar as possibilidades de acesso ao poder judiciário para a tutela do meio ambiente em matéria de mudanças climáticas. Ao final demonstra-se como a litigância climática, calcada no processo coletivo e no âmbito das medidas estruturantes, é um relevante instrumento de tutela ao meio ambiente em matéria de mudanças climáticas, servindo como um parâmetro de atuação, a partir dos casos apresentados.

Artigo elaborado por Daniele de Oliveira Pinto , Carolina Fabiane De Souza Araújo , Eyder Caio Cal, cujo título é NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL, o qual investiga o direito à educação e sua relevância para o neoconstitucionalismo, enfatizando que a qualidade educacional do povo é condição indispensável para haver desenvolvimento da nação. A compreensão da educação ambiental parte da reciprocidade entre o estudo do neoconstitucionalismo e dos direitos humanos. Este trabalho desenvolve a relação interdependente entre o neoconstitucionalismo, os direitos humanos e a educação ambiental, analisa a importância destes conceitos até os impactos socioeconômicos e culturais observados na sociedade brasileira em tempos atuais.

Artigo elaborado por Bruno Schuch Leão, cujo título é O ART. 113 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS E AS CRÍTICAS À SUA EXTENSÃO SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO DOS ENTES SUBNACIONAIS, O art. 113 do ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) foi trazido pela Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 15 de dezembro de 2016, conhecida como Teto de Gastos e enuncia que: “A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro”. A EC nº 95/2016 incorporou ao ordenamento jurídico o Novo Regime Fiscal, visando a promover um ajuste fiscal na União, tendo por foco o controle das despesas obrigatórias da União, dentro de um ciclo de 20 anos.

Artigo elaborado por Janete Ricken Lopes De Barros , Gabriela Dourado Campello de Mello, cujo título é O ATIVISMO JUDICIAL E O PARADIGMA DA PROCEDURALIZAÇÃO, o qual analisa o modelo constitucional brasileiro leva à ampla atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, gerando críticas de diversos atores da sociedade ao argumento de violação à separação de poderes e, portanto, de ativismo judicial. Conclui-se, então, que, na via da proceduralização, que apenas se abre a partir da

identificação da indecidibilidade por métodos tradicionais, também devem ser estruturadas condições gerais e específicas mínimas a serem observadas, a fim de se evitar o ativismo judicial, que conduz à degeneração da ordem jurídica e, por consequência, da democracia.

Artigo elaborado por Pedro Rocha Passos Filho, cujo título é O HOMICÍDIO EUGÊNICO DE CRIANÇAS NA CULTURA INDÍGENA SOB A PERSPECTIVA TRANSCONSTITUCIONALISTA, o qual analisa o fenômeno do infanticídio indígena dentro da cultura nativa brasileira, utilizando o paradigma do transconstitucionalismo para discutir os conflitos entre as práticas culturais tradicionais e o ordenamento jurídico estatal e internacional. O estudo aborda as diferenças entre as culturas tradicionais e a ocidentalização dos direitos humanos, e como essas diferenças influenciam a aceitação e o respeito às tradições indígenas.

Artigo elaborado por Maria Fernanda Pereira Rosa , Livia Maria Ribeiro Gonçalves , Welliton Aparecido Nazário cujo título é: O IMPACTO DO POPULISMO NA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL - UMA ANÁLISE DOS EFEITOS NA SEPARAÇÃO DOS PODERES, o qual faz uma análise ao populismo, com sua ênfase em líderes carismáticos e tendências autoritárias, representa uma ameaça significativa à estrutura constitucional, particularmente à separação dos poderes. Este fenômeno tem potencial para desestabilizar o equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, comprometendo as bases democráticas que garantem a autonomia e a independência dessas instituições.

Artigo elaborado por João Gaspar Rodrigues, Andre Epifanio Martins, cujo título é O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS “MEDIDAS NECESSÁRIAS” PARA ASSEGURAR OS DIREITOS ESTABELECIDOS NA CONSTITUIÇÃO, o qual busca reunir reflexões sobre a faculdade constitucional atribuída ao Ministério Público de promover as medidas necessárias para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, conforme estabelecido no artigo 129, II, da Constituição Federal. Tradicionalmente, o Ministério Público limitava-se a atuar conforme normas processuais e construções jurisprudenciais, sem explorar plenamente meios próprios ou inovadores. Este estudo visa investigar a cláusula executiva aberta "medidas necessárias" do artigo 129, II, para entender sua aplicação, alcance, sentido e impacto na efetividade das ações do Ministério Público.

Artigo elaborado por Livia Larissa Batista E Silva , Tatiane Pinheiro de Sousa Alves cujo título é OS 20 ANOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O PAPEL DA JUSTIÇA. O trabalho analisa os 20 anos da

Emenda Constitucional 45/2004 e suas contribuições para a mitigação da deslegitimação do Judiciário brasileiro. Por meio de uma revisão bibliográfica abrangente (período de 2004 a 2024), o estudo explora os principais desafios enfrentados pelo Poder Judiciário Brasileiro após duas décadas de reformas estruturais, focando na importância das iniciativas de transparência na construção e manutenção da confiança pública.

Artigo elaborado por José Sérgio Saraiva , Polyana Marques da Silva cujo título é: OS EFEITOS JURÍDICOS E POLÍTICOS DAS INCONSTITUCIONALIDADES LEGISLATIVAS POR OMISSÃO, o qual ressaltar que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe estimáveis mudanças para o contexto político e jurídico do país, como o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito e a supremacia do documento constitucional. Deste modo, os fenômenos da “judicialização” e do “ativismo judicial” confundem-se entre si, pois possuem premissas semelhantes, mas apenas o segundo é resultado de inconstitucionalidade por omissão, visto que o judiciário toma a iniciativa de regular os direitos carentes de norma.

Artigo elaborado por Graziela Fernanda Ferreira Guedes , Dorinethe dos Santos Bentes , Fabio Cardoso Batista, cujo título é: POVOS INDÍGENAS: INCLUSÃO DIGITAL E DEMOCRACIA, o qual ressalta a diversidade cultural no espaço digital requer a inclusão das comunidades indígenas que o utilizam, inclusive, como instrumento de resistência sociocultural, na busca pela dignidade e reconhecimento de direitos. A presente pesquisa busca analisar como as limitações na inclusão digital influenciam na efetivação de direitos constitucionais, na garantia de participação social e até mesmo do processo democrático por parte de comunidades indígenas.

Artigo elaborado por Sérgio Felipe de Melo Silva, Felipe Costa Camarão, Roberta Silva dos Reis, cujo título é: PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA COMO REMÉDIO PARA O CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO JUDICIAL, o qual aborda o princípio da segurança jurídica em um contexto de separação de poderes, considerando o fenômeno conhecido como "constitucionalismo abusivo judicial". O estudo busca responder à seguinte questão-problema: o princípio da segurança jurídica tem a capacidade de impedir o avanço do constitucionalismo abusivo judicial? O resultado da análise indica que o princípio da segurança jurídica desempenha um papel crucial na limitação desse tipo de constitucionalismo. Isso ocorre porque ele impede a atuação subjetiva e irracional por parte de juízes e tribunais, garantindo, dessa forma, a conformidade com o texto constitucional.

Artigo elaborado por Antonio Henriques Lemos Leite Filho, Walter Gustavo da Silva Lemos, cujo título é: TEOLOGIA CONSTITUCIONAL: UMA FORMA DE ESTUDO OU UMA

FORMA DE TORNAR ABSOLUTO UM AXIOMA? O trabalho analisa o conceito de teologia constitucional, bem como as suas conexões com as ideias de religião civil, teologia política, tudo para poder compreender tal expressão e o seu uso, já que em grande parte das vezes a expressão é utilizada como argumento de autoridade, como forma de conclusão de um raciocínio ou de uma afirmação de um determinado axioma. Assim, busca-se compreender a acepção de teologia constitucional e a sua funcionalidade para a interpretação da Constituição. Assim, é necessário compreender tais acepções sobre a interpretação da Constituição e a possível formação de um axioma.

Artigo elaborado por Ana Angélica Bezerra Cavalcanti , Mateus Ferreira de Almeida Lima, Yanna Maria Lima Leal de Alencar Pedroza cujo título é: TRANSCONSTITUCIONALISMO: DIÁLOGOS E INTERSEÇÕES ENTRE DIFERENTES ORDENS JURÍDICAS, o qual aborda o tema do transconstitucionalismo, uma vertente contemporânea do pensamento jurídico que se concentra nas relações interjurisdicionais e no diálogo entre diferentes ordens jurídicas. Este estudo se insere no contexto mais amplo do Direito Constitucional e Internacional, buscando compreender as implicações e complexidades inerentes à interação entre sistemas jurídicos soberanos, cujo objetivo consiste em analisar as principais teorias e conceitos relacionados ao transconstitucionalismo, bem como identificar as diferentes abordagens adotadas por estudiosos nessa área.

Artigo elaborado por Ovídio Macedo Oliveira , Fernanda Da Silva Borges cujo título é: TRINTA E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: INÉRCIA LEGISLATIVA E FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. O presente trabalho investigou o problema da inércia legislativa frente à efetivação das normas constitucionais presente no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com a história política do país. O objetivo central da pesquisa foi desenvolver um estudo analisando a falta de leis regulamentadoras de normas constitucionais que exigem ação posterior do poder legislativo, buscando entender os motivos jurídicos, históricos e políticos que resultam na omissão legislativa, especialmente voltada aos direitos sociais.

Todos os artigos suscitam debates e contribuem para o avanço das discussões a partir das investigações realizadas, mantendo vivo o processo de compreensão dos institutos jurídicos não somente vigentes no Brasil como também em organismo internacionais cujas decisões impactam na dinâmica da sociedade brasileira.

Por tudo isso, recomendamos a leitura dos artigos que integram esta coletânea.

Boa leitura.

Caio Augusto Souza Lara - ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Horácio Monteschio - UNIPAR - UNIVERSIDADE PARANAENSE

O ATIVISMO JUDICIAL E O PARADIGMA DA PROCEDURALIZAÇÃO

JUDICIAL ACTIVISM AND THE PARADIGM OF PROCEDURALIZATION

Janete Ricken Lopes De Barros
Gabriela Dourado Campello de Mello

Resumo

O modelo constitucional brasileiro leva à ampla atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, gerando críticas de diversos atores da sociedade ao argumento de violação à separação de poderes e, portanto, de ativismo judicial. A proposta analisada para se combater o ativismo judicial e a degeneração da ordem jurídica está relacionada com o desenvolvimento do paradigma da decisão, sobretudo com observância ao dever de fundamentação, e, em casos complexos levados ao Poder Judiciário, indecíveis pelo método tradicional, a adoção do paradigma complementar da proceduralização. A pesquisa foi realizada a partir de análise bibliográfica, especialmente com base nas ideias de Georges Abboud. Conclui-se, então, que, na via da proceduralização, que apenas se abre a partir da identificação da indecidibilidade por métodos tradicionais, também devem ser estruturadas condições gerais e específicas mínimas a serem observadas, a fim de se evitar o ativismo judicial, que conduz à degeneração da ordem jurídica e, por consequência, da democracia.

Palavras-chave: Separação de poderes, Ativismo judicial, Paradigma da decisão, Proceduralização, Condições

Abstract/Resumen/Résumé

The Brazilian constitutional model has led to the Federal Supreme Court acting extensively in the exercise of constitutional jurisdiction, generating criticism from various actors in society on the grounds of a violation of the separation of powers and, therefore, judicial activism. The proposal analyzed to combat judicial activism and the degeneration of the legal order is related to the development of the decision paradigm, especially with respect to the duty to state reasons, and, in complex cases brought before the Judiciary, undecidable by the traditional method, the adoption of the complementary paradigm of proceduralization. The research was based on a bibliographical analysis, especially based on the ideas of Georges Abboud. The conclusion is that, in the path of proceduralization, which only opens up once undecidability has been identified by traditional methods, minimum general and specific conditions must also be structured in order to avoid judicial activism, which leads to the degeneration of the legal order and, consequently, of democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Separation of powers, Judicial activism, Decision paradigm, Proceduralization, Conditions

INTRODUÇÃO

O modelo constitucional brasileiro de 1988 atribui amplos poderes ao Poder Judiciário no que se refere ao controle de constitucionalidade, com abertura para a propositura de ações de controle abstrato, alargando a atuação do Supremo Tribunal Federal, especialmente no papel de proteção dos direitos fundamentais.

A partir desse modelo e diante do enfrentamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de temas que atingem os mais diversos setores da sociedade, o Poder Judiciário passou a receber retaliações e a ter a legitimidade de suas decisões questionada ao argumento de invasão da esfera dos demais poderes e consequente ativismo judicial.

A solução apresentada por autores citados neste artigo para impedir a degeneração do direito é revisitar a teoria da decisão e propor um novo modelo que confira à jurisdição constitucional condições de lidar com a complexidade dos problemas da sociedade contemporânea, que impõe desafios ao exercício do poder decisório no enfrentamento de questões indecidíveis. Para este ensaio serão trazidas especialmente as ideias de Georges Abboud acerca dos paradigmas da decisão e da proceduralização.

O problema de pesquisa que se apresenta é em que medida a própria via da proceduralização, proposta como medida para combater o ativismo judicial, pode levar à degeneração do direito? A hipótese inicial é de que a proceduralização se apresenta como uma ferramenta complementar adequada para se combater o ativismo judicial em situações de indecidibilidade pelas vias decisórias tradicionais, em virtude da complexidade das questões levadas ao judiciário, mas desde que a sua adoção venha acompanhada da estruturação de determinadas condições a serem observadas.

Para tanto, o presente artigo tratará, em um primeiro momento, da tensão entre a separação de poderes e o desenho institucional atribuído ao Poder Judiciário, com especial enfoque no ativismo judicial. Abordará, em seguida, o combate ao ativismo judicial por meio do desenvolvimento do paradigma da decisão. Por fim, cuidará do paradigma da proceduralização, propondo-se condições gerais e específicas para que a sua utilização possa ser considerada constitucionalmente legítima, evitando-se, assim, a discricionariedade, fonte do ativismo judicial.

1 A SEPARAÇÃO DE PODERES E O ATIVISMO JUDICIAL

Seguindo a tendência de outros países (Hirschl, 2020; Barroso, 2018), a Constituição Federal brasileira de 1988 expandiu a atuação do Poder Judiciário, conferindo-lhe amplos poderes no que diz respeito ao controle de constitucionalidade. Constata-se, aliás, uma grande abertura para a propositura de ações de controle abstrato, de modo que o Supremo Tribunal Federal vem sendo instado a decidir praticamente todas as controvérsias da sociedade, o que gera uma tensão entre constitucionalismo e democracia. E isso leva à reflexão sobre se esse comportamento mais ativo do Supremo Tribunal Federal fere o princípio da separação dos poderes ou é o esperado de uma corte constitucional.

A separação de poderes, indispensável à democracia e ao Estado de Direito, exige que um Poder não adentre na esfera de atuação de outro, mantendo-se a independência de cada um e a harmonia entre todos. É o que se estabelece no art. 2º da Constituição Federal brasileira.

Exatamente neste ponto, invasão do Judiciário no campo de atuação dos demais Poderes, se insere o que se convencionou chamar de ativismo judicial, que vem sendo invocado no Brasil para se atacar as decisões do Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual são atribuídos todos os insucessos da sociedade (Abboud, 2022).

Mas em que consiste o ativismo judicial? (Abboud, 2022) Como se verá adiante, o conceito é problemático e não encontra um consenso (Branco, 2022).

A expressão ativismo judicial (*judicial activism*) apareceu, pela primeira vez, na Revista *Fortune*, no artigo *The Supreme Court: 1947*, escrito por Arthur M. Schlesinger Jr., sendo utilizada em contraponto a outro termo: *judicial self-restrain* (autocontenção judicial) (Leal, 2010), em que o Judiciário reduz a sua interferência em outros Poderes (Barroso, 2012).

Luís Roberto Barroso de há muito afirma que o ativismo judicial é uma escolha (uma atitude) do Judiciário de interpretar a Constituição de forma mais proativa, expandindo o seu “sentido e alcance”, interferindo, assim, de forma mais intensa na esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo (Barroso, 2012, p. 31; Barroso, 2018). Diferencia o ativismo judicial da judicialização, sendo a segunda simplesmente decorrente do desenho institucional (Barroso, 2018).

Ainda segundo Barroso, "a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas" (Barroso, 2012, p. 26). E entende que, em tese, "o ativismo judicial pode traduzir ora um comportamento legítimo, ora um comportamento ilegítimo" (Barroso, 2018, p. 2183) (ou seja, existindo, segundo o autor, um bom e um mau ativismo).

Já Elival da Silva Ramos considera o ativismo judicial "como o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional" (Ramos, 2015, pp. 2054-2055), levando juízes a desconsiderarem as restrições impostas pelo próprio ordenamento que estabelece o seu campo de atuação. Afirma Ramos, então, que o fenômeno do ativismo é um "insidioso descaminho" (Ramos, 2015, pp. 3345-3348), expressão da "descaracterização da função típica do Judiciário, como incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes" (Ramos, 2015, pp. 4774-4775). Conceito este, portanto, oposto ao de Luís Roberto Barroso.

Mais recentemente, Georges Abboud (2022) traz uma importante contribuição para o conceito. Considera ativismo judicial a substituição, pelo julgador, dos compromissos previstos na Constituição e nas leis pela sua própria "subjetividade/discrecionalidade" (utilização de vieses ideológicos, políticos, religiosos, por exemplo)¹. Prossegue esclarecendo que, ao agir dessa forma, o juiz faz valer a sua opinião se utilizando de atalho, em que não percorridos os procedimentos democráticos legítimos (Abboud, 2022).

¹ Para Lenio Streck, "subjetivismo é pensar que nada vindo de fora (de si) pode impor limites ao intérprete. Ora, a lei e a Constituição (mais a doutrina e a jurisprudência) são essas coisas 'de fora'. Em face disso, pergunto: quando os juristas irão perceber que, quando vamos ao Judiciário, buscamos uma resposta daquilo que está do lado de fora do juiz e não do que está dentro? Como hermenêuta, quero deixar claro que não é possível concordar com qualquer forma de 'ditadura do subjetivismo', âncora do relativismo. Também sou contrário a essa espécie de fatalismo relativista, do estilo 'é assim que acontece no mundo prático', 'é assim que os juízes pensam e decidem' ou 'nada há para fazer'. Se, de fato, os juízes 'pensam assim', é porque se expressam a partir de um paradigma ultrapassado, em que um sujeito 'assujeita' o objeto. Na forma de um 'subjetivismo original ou autêntico' ou na forma de uma vulgata, enfim, de um voluntarismo, em que prevalece a "opinião pessoal" do juiz-intérprete. Não importa: eis aí o autoritarismo da modernidade presente. A essa situação — de 'assujeitamento do objeto' pelo 'sujeito do conhecimento' — em uma apreciação, digamos assim, generosa poderíamos chamar de filosofia da consciência, com as ressalvas que já fiz anteriormente, isto é, os filósofos desse paradigma são (ou eram) bem mais complexos do que o adágio 'decido conforme minha consciência'" (Streck, 2017).

Assim, Abboud entende que o ativismo judicial corresponde a uma invasão deliberada pelo Poder Judiciário, sem lastro constitucional, na esfera de atuação dos outros Poderes (Legislativo e Executivo), cuja ocorrência deve ser aferida caso a caso. Daí afirmar que, ainda que pautada por ideais nobres, toda decisão ativista é ilegal e inconstitucional, inexistindo o “bom ativismo” (Abboud, 2022).

Abboud (2022) também apresenta duas dimensões desse fenômeno: na dimensão micro (“decisória”), suspende-se a legalidade por voluntarismo, assumindo o juiz “uma faceta messiânica como intérprete do futuro da sociedade, o escolhido (vanguarda iluminista) para guiar a sociedade na direção do caminho correto” (p. 88); e na dimensão macro (estrutural) se verifica um agigantamento do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, sem autorização constitucional, caracterizando o que chama de juristocracia.

Afirma Abboud (2022) que não consubstancia ativismo judicial casos como os de (i) controle dos atos de outros Poderes, quando contrários ao texto constitucional e às leis; (ii) atuação contramajoritária do Poder Judiciário visando à proteção de direitos fundamentais, que se trata de mera observância à Constituição; e (iii) utilização das decisões aditivas/manipulativas em sede de jurisdição constitucional, em hipóteses de deficiência e omissão por parte do Legislativo, preservando-se, assim, direitos fundamentais.

Ademais, considera-se ativismo a omissão do juiz quando deve intervir (Abboud, 2022). Sobre o ponto, Oscar Vilhena Vieira esclarece que a omissão não pode ser confundida com a deferência, tratando-se de comportamento judicial degenerado, que significa “a incapacidade de cumprir com a obrigação fundamental de ‘guardar a constituição’”, podendo essa postura omissiva “ser uma decorrência de falta de autoridade, integridade, tradição ou autonomia do campo jurídico diante da esfera política”, sempre indicando “que o Judiciário está deixando de cumprir uma obrigação que lhe foi claramente conferida pela constituição” (Vieira, 2018, pp. 145-146).

Assim, apesar de a expressão se mostrar imprecisa desde a sua origem (Ramos e Oliveira Junior, 2014), entende-se que, no ativismo judicial, a interpretação adotada não encontra limites no direito, o que leva à degeneração da ordem jurídica e, conseqüentemente, da própria democracia (Abboud, 2021).

2 O COMBATE AO ATIVISMO JUDICIAL POR MEIO DO DESENVOLVIMENTO DO PARADIGMA DA DECISÃO

Apesar de realçar a inexistência de fórmula mágica (Abboud, 2022) para se evitar o ativismo judicial e, portanto, a degeneração do direito, de modo a se preservar a sua autonomia (Streck, 2017)², Georges Abboud estima indispensável o desenvolvimento de um paradigma da decisão, em que definidos “os elementos mínimos necessários para se julgar dentro dos limites de uma democracia constitucional” (2021, p. 196). Para tanto, propõe “a estruturação de uma teoria da decisão apta a compreender a impossibilidade de aplicação do direito sem interpretação e concomitantemente a necessidade de essa hermenêutica ocorrer em estrita deferência à positividade democraticamente produzida” (Abboud, 2021, p. 501). Isso porque, como bem adverte, a discricionariedade, fonte do ativismo judicial, “não é compatível com a democracia, e se o direito quiser se pretender democrático, deve ser controlável” (Abboud, 2022, pp. 161-162).

Na mesma linha, Freitas Filho aduz que os “juízes, nas democracias modernas, são sujeitos recrutados por critérios desejavelmente imparciais de seleção para desempenhar a função de decidir sobre conflitos que lhe chegam por meio de uma seleção objetivamente estabelecida em regras conhecidas”, sendo que “os critérios normativos para a solução dos conflitos também lhes são impostos pela lei, sejam os critérios materiais, sejam os processuais” (2020, n.p.). A atividade jurisdicional deve ser, portanto, racional e pautada no direito, e não na moral, na política e na economia, por exemplo.

Daí a necessidade de reforço da posição normativa da teoria da decisão judicial, apontada por Abboud (2022) como uma possível forma de enfrentamento à discricionariedade judicial.

Invocando Streck, entende Abboud que “a busca de uma resposta correta para um caso passa por alguns critérios, desenvolvidos a partir de cinco princípios”: (i) identificar, de forma

² “O Direito exurgido do paradigma do Estado Democrático de Direito (forjado a partir do segundo pós-guerra) deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos constitucionalismo social e compromissório é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do Direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma em face das outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (...). Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições do segundo pós-guerra” (STRECK, 2017, posição 4649-4662), prosseguindo então no sentido de que “vontade da lei, vontade do intérprete, discricionariedade e vontade de poder (no sentido filosófico da expressão): eis os ingredientes pragmatistas para o enfraquecimento da autonomia do Direito” (posição 9547).

precisa, qual a questão fática que deve ser solucionada no caso; (ii) identificar a lei aplicável à hipótese; (iii) identificar as demais fontes jurídicas positivas que são passíveis de aplicação ao caso; (iv) resgatar a análise teórica do direito (doutrina); (v) individualizar os pedidos do autor, as exceções e os pontos de defesa do réu; e (vi) apontar as razões pelas quais a solução adotada é superior às demais, suscitadas por parte ou presentes em outras decisões (Abboud, 2021, pp. 365-368).

Prossegue o autor constatando que inúmeras alterações legislativas recentes impõem critérios mais rígidos à atuação do Poder Judiciário, a fim de evitar a malfadada discricionariedade judicial, garantindo-se, destarte, uma maior segurança jurídica (Abboud, 2022)³.

A principal diz respeito à obrigação do magistrado de fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão, que, segundo Vieira (1997), é o ponto crucial de controle sobre esta atividade argumentativa-decisória. Paulo Gonet Branco (2009) também ressalta que a necessidade de fundamentação das decisões, além de visar à contenção do julgador, assegura a racionalidade e a representatividade da jurisdição constitucional, de modo a fortalecer a sua legitimidade democrática.

Aponta Abboud, então, que o art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 – que, concretizando o art. 93, IX, da Constituição, estabelece os requisitos necessários para que uma decisão possa ser tida por devidamente fundamentada –, e os novéis arts. 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) – que trazem balizas de caráter consequencialista que direcionam a atuação judicial –, formam um “bloco que deve ser utilizado pelo juiz como norte de sua fundamentação” (Abboud, 2022, pp. 168-170).

Em outras palavras, na decisão judicial, além da necessidade de se observar os estritos contornos do art. 489, § 1º, do CPC, a fim de se produzir uma fundamentação adequada, devem ser seguidas as balizas estabelecidas nos arts. 20 a 30 da LINDB. E esses dispositivos da LINDB reforçam a necessidade de motivação e conferem certo grau de previsibilidade ao ato, aludindo

³ Como Abboud verifica nos arts. 9º a 22 da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019), em que houve a tipificação de crimes em razão da inobservância das prescrições legais sobre a fundamentação da decisão judicial; no art. 315, § 2º, do CPP, em que inserido comando similar ao art. 489, § 1º, do CPC, voltado ao processo penal; e na 14.230/2021, que incluiu na Lei de Improbidade Administrativa o art. 17-C, no sentido de se observar o art. 489 do CPC nas decisões relativas ao tema e estabelecer diversos critérios para o julgamento (2022, pp. 170-171).

ao exame das consequências, mas como critério suplementar (ou “elemento de calibragem”) das decisões judiciais, jamais tendo o condão de transformar o lícito em ilícito ou vice-versa (Abboud, 2021, pp. 484-485)⁴ ou podendo ser utilizado como valor jurídico abstrato.

Por meio da observância a esse dever rígido de fundamentação é que “poderemos obter uma decisão efetivamente democrática e um consequentialismo efetivo, já que a exposição da interpretação dada aos fatos, às consequências trazidas pelas partes (ou intervenientes) e a aplicação do direito poderão ser objeto de controle pelas partes e, se necessário, constrangê-lo à coerência por meio de embargos de declaração” (Abboud, 2021, p. 170).

Assim, a discricionariedade da decisão judicial, que leva ao ativismo, pode ser combatida, além de por meio do afastamento de argumentos de política, moral, economia ou, ainda, do senso de justiça (e, portanto, da preservação da autonomia do direito), principalmente com a estruturação de elementos de necessária observância quando do julgamento, que passam necessariamente pelo dever de fundamentação, e que permitem o seu controle (Abboud, 2021).

3 O PARADIGMA DA PROCEDURALIZAÇÃO

Parte dos conflitos contemporâneos, em razão, por exemplo, das novas tecnologias e da globalização, constitui verdadeiro paradoxo, indecível por mecanismos tradicionais, por incorrer nas deficiências de aprendizado, (re)flexibilidade e adaptabilidade (Abboud, 2021). Na realidade, “são questões que, muitas vezes, o direito não consegue sequer tangenciar, mas precisa ser capaz de resolver” (Abboud, 2024, n. p.). E, ao se deparar com o indecível, dois os caminhos passíveis de adoção: (i) o *self-restraint* (autocontenção judicial); e (ii) o reconhecimento da insuficiência do paradigma da decisão e, na sequência, a busca de subsídios para um novo modelo que confira à jurisdição constitucional condições de lidar com essa complexidade (Abboud, 2022).

⁴ Nesse sentido: “(...) dizer que é papel do juiz considerar as consequências de suas decisões é (ou ao menos deveria ser) uma platitude. Assim sempre foi; e assim persiste sendo. É óbvio que é dever do juiz considerar o impacto que suas decisões terão sobre os jurisdicionados, notadamente quando está em jogo a efetividade e/ou a implementação de direitos ou de políticas públicas. Isto, contudo, é muito diferente de afirmar que as consequências da aplicação da norma sejam fundamento suficiente das decisões judiciais, ou que o direito positivo pode ser derogado com base na invocação das consequências de sua aplicação. Ir nessa linha é atribuir ao juiz a possibilidade de, simplesmente, desprezar o caráter vinculante das normas produzidas pelo Legislador. O fato de ele ter que enunciar de modo explícito as consequências da decisão, notadamente para definir como devem ser aplicadas cláusulas abertas, não se confunde com a hipótese anterior. As normas da Lindb são critérios de fundamentação da decisão, que condicionam o poder de decidir” (Guimarães, Medeiros e Braz, 2023).

O segundo caminho é a proceduralização⁵, cujo modelo “foca na dimensão processual para aquisição de conhecimento para decisão em âmbitos complexos da sociedade” (Abboud e Campos, 2021, p. 143), sendo um paradigma complementar – e não substitutivo – ao da decisão. Esse modelo é, portanto, “mais flexível, aberto ao aprendizado e adaptável às necessidades da realidade” (Abboud, 2021, p. 566), ofertando ferramentas como o acordo, a autorregulação e o diálogo institucional entre os Poderes (Abboud, 2021)⁶.

A sua ideia básica é a de que os tribunais devem agir como árbitros de interesses, definindo as condições de interação entre as instituições que, segundo se entende, estão na posição de decidir (Abboud, 2021). Assim, em vez de simplesmente determinarem a solução material e definitiva para temas complexos, os tribunais especificarão (e decidirão por) procedimentos que assegurem às partes a produção de conhecimento necessário para regular o conflito, de modo que se mantenham abertas às novas informações (Abboud, 2021).

Abboud apresenta as seguintes vias que considera autorizadoras da proceduralização, que são flexíveis, como o próprio paradigma: (i) quando a questão depende de conhecimento que não pode ser encontrado apenas no direito, como se dá no enfrentamento de desafios científicos e novas tecnologias, em que as inovações superam a velocidade do direito para lidar com elas; (ii) quando a matéria judicializada impõe à jurisdição constitucional a definição, complementação ou correção de determinada regulação normativa sem a previsão de uma resposta constitucionalmente obrigatória, como nas sentenças aditivas; (iii) as consequências da decisão da jurisdição constitucional forem imprevisíveis, podendo criar situação mais inconstitucional do que a ser evitada pela decisão, pelo que deve ser assegurada revisão e flexibilidade; e (iv) quando a eliminação ou imunização da situação de inconstitucionalidade demanda atuação efetiva de outro poder (2021).

Dessas vias autorizadoras já se extrai um enorme risco de a prolação de decisão tradicional romper com a autonomia do direito, porque o direito mesmo (por normas postas ou

⁵ Segundo Georges Abboud, o termo proceduralização é adotado na linha do preconizado por Rudolph Wiethölter e Duncan Kennedy e por mais abrangente do que procedimentalização, porque não se trata apenas do procedimento, caminhando a seu lado a indecidibilidade (Abboud, 2021, p. 506).

⁶ Especificamente em relação ao acordo, no livro Direito constitucional pós-moderno, Georges Abboud o cita como exemplo de mecanismo da proceduralização (Abboud, 2021, pp. 631-632, p. ex.), enquanto que no livro Processo constitucional brasileiro o cita ao lado da proceduralização como possível alternativa para se lidar com a complexidade (“fazemos a propositura da proceduralização (v. Cap. 10), acordo em jurisdição constitucional e diálogo entre Poderes como alternativas para possibilitar uma cognoscibilidade mais ampla e profunda de temas complexos, em especial que envolvam novas tecnologias e elementos regulatórios” (Abboud, 2021, p. 1088). De todo modo, o acordo será tratado neste artigo como uma ferramenta da proceduralização.

por princípios abstratos, Abboud e Campos, 2021) não contém a discussão (Abboud, 2021). Daí se entender que a proceduralização também surge como uma forma de se combater o ativismo judicial (Abboud, 2021).

4 O RISCO DE SE INCORRER EM ATIVISMO JUDICIAL QUANDO DA PROCEDURALIZAÇÃO E POSSÍVEIS VIAS DE COMBATE

Como se viu, a proceduralização aparece como uma medida para se combater o ativismo judicial. Mas há o risco de, no uso da proceduralização, se incorrer nesse mesmo ativismo judicial que se procura evitar?

A simples adoção da proceduralização quando essa não teria lugar, por mera liberalidade do Poder Judiciário, caracteriza o ativismo judicial. A eleição de uma das ferramentas da proceduralização pautada em subjetivismo também refoge aos limites do direito. E os perigos de se incorrer em ativismo judicial na proceduralização assumem maior relevância quando se verifica que se trata de um paradigma trazido recentemente para o Brasil, ainda pendente de desenvolvimento.

Daí a necessidade de, na linha do que sustenta Georges Abboud (2021), se estruturar condições gerais a serem preenchidas na proceduralização, a fim de que possa ser considerada constitucionalmente legítima, que contribuam para que não se identifique a discricionariedade na sua utilização por meio de decisão judicial, fonte do ativismo.

A primeira, que é a mais importante, diz respeito ao dever de fundamentação, da mesma forma que em relação ao paradigma da decisão. A via da proceduralização, como já dito, apenas se abre a partir da identificação do caráter indecível da questão, de inviável regulação por métodos tradicionais. Assim, para que se possa fazer uso desse paradigma, que é meramente complementar, faz-se necessário indicar as específicas razões que levam à insuficiência do método tradicional e, portanto, à sua abertura (Abboud, 2021).

E não só isso: também se entende indispensável a efetiva consideração das consequências práticas da decisão pela proceduralização, com demonstração da necessidade e adequação da medida, inclusive em face da possibilidade de exercício da autocontenção judicial, que é uma alternativa possível a esses casos. Trata-se, aqui, da aplicação das balizas da LINDB à decisão judicial pela adoção da proceduralização (especialmente do art. 20).

Ainda quanto ao ponto, entende-se, na linha do preconizado por Abboud (2021), que a decisão pela adoção da proceduralização deve ser precedida do efetivo exercício do contraditório pelas partes, bem como por *amici curiae* e entidades representativas da sociedade (envolvidas na questão), com a provocação para que se pronunciem especificamente a esse respeito, até mesmo para se evitar decisão surpresa, vedada pelo art. 10 do CPC. E, por óbvio, a decisão judicial pela adoção da via procedural deverá levar em consideração os argumentos expostos a respeito para que seja adequadamente fundamentada, na forma do art. 489, § 1º, do CPC (o que está ligado à primeira condição).

A segunda condição para a efetivação do paradigma da proceduralização, conforme aponta Abboud (2021), é a pluralidade de manifestações de diferentes fragmentos da sociedade, com a participação efetiva dos *amici curiae* e a realização de audiências públicas com diversos entes representativos. De fato, apenas com a participação dos grupos da sociedade envolvidos é que serão efetivamente equacionados as consequências da decisão de proceduralização, as possíveis alternativas (com a avaliação da sua necessidade e adequação), os eventuais obstáculos e dificuldades da concretização e, ainda, a necessidade de adoção de regime de transição. Tudo na linha dos dispositivos incluídos pela Lei nº 13.655/2018 à LINDB.

Abboud também alude à terceira condição, inerente a esse paradigma, que é a necessidade de preservação da flexibilidade e adaptabilidade, devendo ser mantido aberto o canal que possibilite a aferição e alteração dos parâmetros fixados, afastando-se a definitividade própria dos modelos tradicionais (2021). É que isso “possibilitará à jurisdição constitucional adquirir condição de aprendizado de modo a poder enriquecer cognitivamente e ajustar tanto as prognoses quanto procedimentos de adaptabilidade seja para incorporar novas conquistas tecnológicas ou científicas bem como para corrigir consequências prejudiciais não previstas na decisão/regulamentação inicial” (2021, p. 627).

Mas é necessário que toda alteração dos parâmetros inicialmente fixados na proceduralização há de ser precedida de nova observância ao dever de fundamentação e ao direito ao contraditório, contar com nova participação dos entes representativos da sociedade, prever, se o caso, regime de transição, e, sobretudo, a nova orientação não retroagir para alcançar situações já consolidadas (consideradas, assim, as balizas da LINDB). Isso conferirá legitimidade à alteração e contribuirá para a preservação da segurança jurídica.

A quarta – e última – condição aventada por Abboud, conectada à terceira, é a ampliação e manutenção do padrão de *accountability* na via procedural (2021). Assim, a regulamentação delineada deve viabilizar a verificação dos benefícios alcançados, publicizar as respectivas informações e permitir a alteração e correção do que foi estabelecido, se constatados malefícios. E isso deve ser somado ao dever de integridade que tem de permear a atividade jurisdicional, evitando-se a atuação com discricionariedade (que, repita-se, é causa do ativismo) (2021).

Para além dessas condições gerais deverão ser observadas outras, que serão chamadas de específicas, no uso das diferentes ferramentas de exercício da proceduralização. Tal estruturação de elementos mínimos a serem observados pelos magistrados quando da utilização de cada um dos diferentes mecanismos da proceduralização, longe de interferir na necessidade de manutenção da flexibilidade e adaptabilidade inerentes ao paradigma⁷, serve para conferir contornos de legitimidade à decisão, evitando-se, assim, a atuação discricionária e, portanto, o ativismo judicial.

No que concerne à realização de acordos, com especial enfoque nos realizados em controle abstrato de constitucionalidade, que, malgrado problemáticos, vêm sendo admitidos pelo Supremo Tribunal Federal⁸, os seguintes critérios específicos visariam a preservar a autonomia do direito.

Primeiro, há que se verificar se a questão em debate na ação comporta solução consensual. Por exemplo, não se pode admitir que o acordo em controle abstrato venha a violar o próprio direito (que inclui a necessidade de preservação da ordem pública), de modo a transformar em constitucional algo inconstitucional (Abboud, 2021). Esta questão, por sinal, é objeto do art. 55, § 2º, do Projeto de Lei nº 3.640/2023, em trâmite perante a Câmara dos Deputados: “§ 2º O acordo não pode ter por objeto convalidar ato normativo ou legislação inconstitucional”.

⁷ Segundo Teubner, enquanto os conflitos exigem a observância a critérios para que a decisão seja possível, os paradoxos não poderiam ser contornados dessa forma. Mas é possível estabelecer-se uma via indireta definindo o *modus* para a realização da proceduralização pelo Poder Judiciário quando se depara com os paradoxos, com a estruturação de elementos mínimos, é que conferirá legitimidade para o seu exercício (2006).

⁸ Citem-se, a propósito, os acordos celebrados na ADPF 165, ADO 25, ADPF 568, ADPF 984, ADI 7.191, ADPF 829, ADI 7.433, ADI 7.483, homologados pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, o órgão jurisdicional que deflagrar tal mecanismo de proceduralização – decisão essa que, apenas lembrando, deve ser fundamentada, precedida da observância ao contraditório, com a participação de todos os envolvidos, e promover o exame das consequências práticas e possíveis alternativas – deve ter competência para homologar o acordo. Também se estima necessário estabelecer a observância a um *iter* procedimental mínimo, como com a definição de quais serão as entidades que participarão da sua celebração (a fim de se conferir legitimidade ao acordo), de que a sua homologação venha a ser deliberada pelo órgão competente, por determinado quórum (que se entende ser o de maioria absoluta, por se tratar de controle abstrato de constitucionalidade), bem como os casos em que deverá ocorrer a sua revisão ou anulação (o que é objeto dos §§ 10 e 11 do art. 55 do referido projeto de lei).

Sem contar que o Supremo Tribunal Federal, ao deflagrar e estimular o acordo, jamais poderá se utilizar de qualquer meio de coerção para a obtenção do consentimento, devendo agir de forma neutra. A bem da verdade, o ideal é que as tratativas não tenham o envolvimento dos eventuais julgadores da causa⁹.

Trata-se de condições mínimas pensadas para que se impeça que a realização de acordos, especialmente no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, que muitas das vezes passam a regular importantes questões, seja permeada por discricionariedade e que, com isso, se incorra em ativismo judicial.

No que concerne à autorregulação regulada, a sua aplicação vem sendo cogitada em temas complexos, como nas questões relativa à divulgação de notícias fraudulentas, já tendo sido, por sinal, adotada em sede de proteção de dados (art. 50 da Lei nº 13.709/2018¹⁰).

Na autorregulação regulada se trabalha “no liame entre duas tradicionais formas de regulação: autorregulação e regulação por um terceiro, normalmente o Estado” (Maranhão e Campos, 2021, pp. 343-344). E essa ferramenta une as suas vantagens: da autorregulação se

⁹ Sobre o tema: Fiss, 2004.

¹⁰ “Art. 50 Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. § 1º Ao estabelecer regras de boas práticas, o controlador e o operador levarão em consideração, em relação ao tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade e a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de tratamento de dados do titular. (...)§ 3º As regras de boas práticas e de governança deverão ser publicadas e atualizadas periodicamente e poderão ser reconhecidas e divulgadas pela autoridade nacional”.

extrai a “eficiência pela disposição do conhecimento interno e dinâmica de constante revisão de conceitos” e da regulação por terceiro a possibilidade de implementação “por coerção em nome do interesse público” (Maranhão e Campos, 2021, pp. 343-344). O foco, na autorregulação regulada, é no “momento de auto-organização conforme expertise e dinâmica própria da indústria, estimulando-se, porém, alguns parâmetros gerais de interesses públicos caros à sociedade” (Maranhão e Campos, 2021, pp. 343-344).

Entende-se que, quando da utilização desse mecanismo em assuntos importantes para a sociedade, o Poder Judiciário, a pretexto de fornecer balizas a serem adotadas pela indústria em nome do interesse público, não pode se utilizar de discricionariedade. As respostas devem sempre ser encontradas no direito, cuja autonomia deve ser preservada.

Do mesmo modo, “o objetivo da regulamentação deve ser encontrar um modelo que otimize o equilíbrio entre os direitos dos usuários e das plataformas, reconhecendo que sempre haverá casos em que o consenso é inatingível”, sendo o seu foco, portanto, “o desenvolvimento de procedimentos adequados para a moderação de conteúdo, capazes de minimizar erros e legitimar decisões, mesmo quando alguém discorda do resultado substantivo” (Barroso, 2023, n.p.).

É dizer: nessas questões complexas, que demandam o uso da autorregulação regulada, o Poder Judiciário jamais poderia regular diretamente todas as questões, uma vez que as respostas não são encontradas no direito. Aliás, tal proceder, além de significar a não adoção do mecanismo na prática, leva ao ativismo judicial.

Do mesmo modo, o Poder Judiciário não pode se omitir na proteção de direitos fundamentais porventura violados com a utilização desse ferramental, sob pena de também incorrer em ativismo judicial.

Por fim, no que se refere aos diálogos institucionais, trata-se da ferramenta da proceduralização de maior utilização no Brasil e menos preocupante em relação à necessidade de estabelecimento de elementos estruturantes específicos para se conferir legitimidade, porque, como o próprio nome indica, trata justamente da interação entre os três Poderes (ou parte deles), assegurando uma atuação conjunta para preservar a força normativa da Constituição (Abboud, 2021). Ou seja, minimiza-se o risco de o Judiciário interferir indevidamente na esfera de atuação de outros Poderes de forma discricionária.

A ideia do diálogo institucional surgiu no Canadá com a cláusula não obstante (*notwithstanding*), em que se possibilita ao Parlamento “imunizar” uma lei quanto a uma decisão de inconstitucionalidade pelo prazo renovável de cinco anos. (Victor, 2015). Isso faz com que o Parlamento dialogue com o Judiciário para se definir o alcance e a inconstitucionalidade de leis. Embora se trate de elemento pouco utilizado ao longo do tempo, uma vez que o Parlamento canadense fez mais uso do que se chama de sequência legislativa (*legislative sequel*), em que se dá alguma resposta, como por meio da edição de lei encampando as ideias da decisão ou dando outra solução, contribui para o diálogo institucional (Abboud, 2021).

A utilização desse mecanismo no Brasil pode trazer melhores resultados institucionais; ajudar no amadurecimento das instituições, que reconhecem os limites das suas competências (exercício de freios e contrapesos); permitir uma melhor participação dos demais Poderes no controle de constitucionalidade, com a construção conjunta de sentidos constitucionais, uma vez que o Supremo Tribunal Federal é guardião (não exclusivo), e não o coautor da Constituição; evitar conflitos; fortalecer a legitimidade da jurisdição constitucional (Abboud, 2021; e Abboud, 2022)¹¹; e evitar que se incorra em ativismo judicial. Também se viabiliza, por meio desse instrumento, a superação das decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional, em decorrência da falta de efeito vinculante ao Poder Legislativo da decisão declaratória de inconstitucionalidade (conforme se depreende dos arts. 102, § 2º, e 103-A da CF)¹².

¹¹ Citem-se, a propósito, precedentes nos quais houve diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional: (i) aviso prévio proporcional (Lei 12.506/2011), após o que o STF aplicou os parâmetros idênticos aos da lei a casos anteriores (MI 943); *habeas corpus* coletivo tratando da prisão preventiva de mulheres grávidas ou mães de filhos pequenos (art. 318-A do CPP) (HC 143.641); verbas recuperadas da Petrobras – destinação à educação, ao meio ambiente e à pandemia de COVID-19 (ADPF 568); e tentativa de solução consensual do conflito em controle concentrado, após o que houve a edição de novo ato normativo (perda do objeto) (ADI 7.147 - TIPI) (Abboud, 2022).

¹² São exemplos de superação por meio da promulgação de emenda constitucional, possível desde que não tendente a abolir cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF), mantidas pelo STF, os seguintes casos: vaquejada (ADI 4.983 e MS 34.518, além de estar pendente o julgamento da ADI 5.728 contra a EC nº 96/2017, e similares); alíquota progressiva de IPTU sem intuito extrafiscal (RE 153.771) e, após o advento da EC 29/2000, RE 602.347); Taxas de Iluminação Pública, após a promulgação da EC 39/2002 (contribuição custeio da iluminação), o STF manteve (RE 666.404-RG); e descabimento de ICMS na importação de bens por pessoa física, com a promulgação da EC 33/2001, o STF manteve (RE 1.221.330-RG). Também é possível citar casos em que o Congresso Nacional tentou superar decisão do STF por maioria simples, como no de extensão de foro por prerrogativa de função a ex-detentores de cargos (Súmula 394), em que após o STF se assentar a sua inconstitucionalidade, a Lei 10.628 estendeu novamente, tendo sido declarada inconstitucional na ADI 2.797; e aposentadoria especial de professores, em que a Lei 11.301/2006 superou decisão anterior e acabou mantida (ADI 3.772). E há caso importante em que omissão que seria declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi objeto de lei (MI 943, acima citado). (Victor, 2015).

As únicas condições que se vislumbra como passíveis de evitar o ativismo judicial em sede de diálogo institucional são no sentido de que o Poder Judiciário não pode adotar (i) mecanismos de coerção para obter a solução que reputa correta; e (ii) medidas de retaliação à ação dos demais Poderes que se inserem no campo da discricionariedade e, portanto, fora do direito, como, por exemplo, declarando inconstitucional emenda constitucional editada em resposta à sua decisão fora das hipóteses previstas no art. 60, § 4º, da Constituição.

E aqui há que se advertir que do diálogo institucional pode resultar a celebração de acordo em sede de jurisdição constitucional, como o que vem sendo construído em relação às emendas impositivas (Abboud, 2024), caso em que também deverão ser observadas as condições mínimas especificadas para aquele ferramental (acordo).

Como se pode notar, embora a proceduralização surja como um meio de combate ao ativismo judicial, há o risco de na sua utilização se incorrer no mal que se pretende evitar. Daí a necessidade de estruturação de condições gerais e específicas mínimas a serem observadas quando da adoção da proceduralização, a fim de se esquivar do ativismo judicial, que conduz à degeneração da ordem jurídica e, portanto, da democracia.

CONCLUSÃO

O paradoxo entre constitucionalismo e democracia representativa sempre vai existir, diante da necessidade de um órgão que possa revisar e, até mesmo, anular as escolhas legislativas que afrontam direitos fundamentais e não respeitam a Constituição. Mas não se pode esquecer da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal proferir decisões que ofendem a separação dos poderes e resultam em ativismo judicial, assim considerada a decisão que não encontra limites no direito, o que se torna ainda mais relevante diante da crescente indecidibilidade de novos temas que são levados à jurisdição constitucional.

No tradicional paradigma da decisão, a discricionariedade, que leva ao ativismo, pode ser combatida, além de por meio do afastamento de argumentos alheios ao direito, com a estruturação de elementos de necessária observância quando do julgamento, que necessariamente passam pelo dever de fundamentação, de modo a se permitir o seu controle.

E, até mesmo como forma de se evitar o ativismo judicial, há que se pensar num modelo que permita ao Poder Judiciário agir diante de temas indecidíveis. Nesse contexto,

Georges Abboud traz outro paradigma, o da proceduralização, que, em complementação ao da decisão, tem como foco a dimensão processual para a construção de um modelo mais flexível, adaptável, que proporcione a produção de conhecimento capaz de lidar com essa complexidade crescente da sociedade.

Ocorre que na própria utilização da proceduralização, paradigma ainda pendente de desenvolvimento, se poderia incorrer em ativismo judicial, como, por exemplo, quando da sua adoção quando não teria lugar, por mera liberalidade, ou da utilização de ferramentais que se pautem em subjetivismo.

Assim, na linha preconizada por Georges Abboud, devem ser estruturadas condições gerais a serem observadas quando da proceduralização, que passam pela observância ao dever de fundamentação, com o equacionamento das consequências práticas da sua adoção; a pluralidade de manifestações de diferentes fragmentos da sociedade, com a participação efetiva dos *amici curiae* e a realização de audiências públicas com diversos entes representativos; a preservação da flexibilidade e adaptabilidade; e *accountability*, que deve se somar ao dever de integridade.

Mas não só isso. No uso das diferentes ferramentas de exercício da proceduralização devem ser observados critérios mínimos específicos. No que concerne aos acordos, especialmente os realizados em controle abstrato de constitucionalidade, há que se verificar se a questão em debate na ação comporta solução consensual; a decisão que o deflagrar deve ser fundamentada, precedida de observância ao contraditório, com a participação de todos os envolvidos, e deve equacionar as consequências práticas e possíveis alternativas; o órgão jurisdicional que o deflagrar deve ter competência para a homologação; deve ser observado um *iter* procedimental mínimo; e não se pode utilizar de coerção para a obtenção do consentimento. Em relação à autorregulação regulada, entende-se que as respostas devem sempre ser encontradas no direito, cuja autonomia deve ser preservada, mas de modo que o Poder Judiciário não regule diretamente todas as questões e não se omita na proteção de direitos fundamentais porventura violados com a utilização desse ferramental. Já em relação ao diálogo institucional, o Poder Judiciário não pode adotar mecanismos de coerção para obter a solução que reputa correta; e medidas de retaliação à ação dos demais Poderes.

Trata-se, portanto, de elementos mínimos que se vislumbra para que, quando da adoção do paradigma da proceduralização, especificamente dos seus ferramentais mais difundidos, se evite o ativismo judicial que tanto afeta a democracia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Acordos no Supremo Tribunal Federal são bons, e eu posso provar**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-ago-27/acordos-no-stf-sao-bons-e-eu-possso-provar/#_ftn8>. Acesso em 30/08/2024.

_____. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

_____. **Direito constitucional pós-moderno** [livro eletrônico]. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____; e CAMPOS, Ricardo. **A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização**. In: *Fake news e regulação / organização* Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARROSO, Luís Roberto, **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. In: *Revista Direito e Práxis*, 9 (4), p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806/21752>>.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: *SYN)THESIS*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>.

BARROSO, Luna van Brussel. **Liberdade de expressão, democracia e redes sociais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-set-13/luna-van-brussel-barroso-liberdade-expressao-democracia/>>. Acesso em: 20/12/2023.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Ativismo judicial na concretização de direitos fundamentais**. *Revista de Direito e Atualidades*, 2 (4), 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6658>.

_____. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição 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 30/08/2024.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 set. 1942, retificado em 8 out. 1942 e em 17 jun. 1943. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 30/08/2024.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 30/08/2024.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em 30/08/2024.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 3640/2023**. Autor: Marcos Pereira – REPUBLIC/SP. Dispõe sobre o processo e o julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; e altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2374540>>. Acesso em: 17/08/2024.

FISS, Owen. **Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=4961753>>.

FREITAS FILHO, Roberto. **O juiz “herói” não é um bom juiz**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-07/roberto-freitas-filho-juiz-heroi-nao-bom-juiz#:~:text=O%20dito%20ativismo%20heroico%20%C3%A9,enquanto%20aplicadas%20de%20forma%20ison%C3%B4mica>.

GUIMARÃES, Bernardo Stobel; MEDEIROS, Lucas Sipioni Furtado de; e BRAZ, Thales do Valle. **Consequencialismo e modismo: Lindb e obrigação do juiz considerar consequências**, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-nov-19/consequencialismo-e-modismo-lindb-e-obrigacao-do-juiz-considerar-consequencias/>>.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia – as origens e consequências do novo constitucionalismo**. 1. ed. Londrina: EDA, 2020.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARANHÃO, Juliano; e CAMPOS, Ricardo. **Fake news e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais**. In: *Fake news e regulação / organização Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; e OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira**. *In*: Revista de Informação Legislativa: v. 51, n. 204, out./dez. 2014, p. 25-42, disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p25.pdf>.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso (livro eletrônico)**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEUBNER, Gunther. **Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter**. *In*: PEREZ, Oren; e TEUBNER, Gunther (eds.). *On Paradoxes and Self-reference in Law*, Hart, Oxford, 2006. Disponível em <https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852956/Generic_42852956.pdf?>.

VICTOR, Sergio Antonio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015, Edição do Kindle.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Edição do Kindle.

_____. **A Constituição como reserva de justiça**. *In*: Lua Nova nº 42, 1997, p. 54-97. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/Y8JcyfSfzxsjsQSSwqyKHsN/abstract/?lang=pt>>.