

**XIV ENCONTRO INTERNACIONAL
DO CONPEDI BARCELOS -
PORTUGAL**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS
POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA
DO ESTADO**

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 Haydêe Dal Farra Napolini - 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

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

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

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

T314

Teorias da democracia, direitos políticos, movimentos sociais e filosofia do estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Benjamin Xavier de Paula; Irene Maria Portela; Marcos Leite Garcia. – Barcelos, CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-202-5

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

Tema: Direito 3D Law

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Teorias da democracia e direitos políticos. 3. Movimentos sociais e filosofia do estado. XIV Encontro Internacional do CONPEDI (3; 2025; Barcelos, Portugal).

CDU: 34



XIV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BARCELOS - PORTUGAL

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLITICOS, MOVIMENTOS SOCIAIS E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Apresentação

Esta publicação reúne os artigos científicos apresentados no GT Teorias da Democracia, Direitos Políticos, Movimentos Sociais e Filosofia do Estado no XIV Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI), que teve lugar no Instituto Politécnico do Cávado e Ave (IPCA) na cidade de Barcelos, em Portugal, e faz parte de uma série de eventos internacionais organizados pelo CONPEDI em diferentes partes do mundo.

Esse evento, como todos os demais eventos internacionais, traz consigo um elemento novo, e fundamental para a consolidação da pesquisa jurídica no Brasil, que é a coordenação conjunta entre pesquisadores brasileiros e internacionais, possibilitando o intercâmbio científico e fomentando a cooperação internacional na área do Direito.

O primeiro trabalho desta coletânea de artigos é da autoria de Francielle Eliz Ortolan, Luiz Henrique Urquhart Cademartori e José Luis García Guerrero intitulado “A democracia representativa e direta: das concepções políticas de locke e rousseau aos dias atuais” aborda as teorias democráticas, desde suas raízes contratualistas até a formação de modelos híbridos contemporâneos, partindo das tensões entre a democracia representativa, fundamentada por John Locke e a democracia direta, idealizada por Jean-Jacques Rousseau, que tem na Constituição Federal de 1988 seu principal exemplo no Brasil.

Exército, e compartilhada por intelectuais e figuras políticas importantes para as Forças Armadas, a partir do conceito de memória coletiva.

O quarto trabalho desta coletânea de artigos, da autoria de Maria Lenir Rodrigues Pinheiro e Simone Minelli Lima Teixeira, e intitulado “A normatividade dos direitos das minorias no contexto constitucional: entre a igualdade formal e a proteção diferenciada” estuda a normatividade dos direitos das minorias no contexto constitucional, considerando as tensões entre igualdade formal e proteção diferenciada, na perspectiva da proteção das minorias e a sua relação com direitos humanos. O artigo reforça a necessidade de políticas inclusivas para equilibrar a promoção dos direitos fundamentais das minorias.

O quinto trabalho desta coletânea de artigos da autoria de Walter Gustavo da Silva Lemos intitulado “Fake news e o estado pós-democrático: a desinformação como ferramenta de erosão democrática” examina o papel das fake news como instrumento de erosão democrática, buscando evidenciar, como a desinformação, articulada de forma estratégica por atores políticos e econômicos, corrói os pilares democráticos ao minar a confiança nas instituições, fragmentar o espaço público em realidades paralelas e substituir o debate racional por polarização emocional.

O sexto trabalho desta coletânea de artigos, da autoria de Natasha Victória Chaves Marques intitulado “Normativismo e decisionismo: a tensão entre kelsen e schmitt no estado democrático de direito brasileiro” examina o normativismo e decisionismo, com foco na tensão entre as teorias de Hans Kelsen e Carl Schmitt, e como elas contribuem para a compreensão dos conflitos entre previsibilidade normativa e decisões excepcionais no contexto político e jurídico brasileiro contemporâneo.

O sétimo trabalho desta coletânea de artigos, da autoria de Edith Maria Barbosa Ramos, Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário e Maria Madalena Casimiro Couto Rosado intitulado “ O voto eletrônico e a efetivação do direito de sufrágio de pessoas com

brasileira, a partir de uma análise da prevalência do racismo institucional nas instituições do Estado, baseado nas teorias antirracistas e da negritude, em particular nas teorias pan-africanistas, na Teoria Crítica Racial (TCR), na teoria do Direito Antidiscriminatório e na teoria da interseccionalidade.

Coerentes com este espírito, os artigos apresentados neste GT representam uma diversidade de temáticas que compreendem, a direito dos negros, das pessoas com deficiência, dos indígenas, a memória da ditadura militar no Brasil, a consolidação da democracia, o papel das instituições democráticas e a defesa da ordem constitucional, as instituições do direito internacional e brasileiro no atual contexto. São contribuições inéditas dos/as investigadores/as brasileiros e internacionais para a consolidação da internacionalização da pesquisa jurídica e para a produção do conhecimento científico altamente qualificado com grande potencial de inserção na área do Direito, novos estudos capazes de influenciar a prática jurídica e a formação de novos juristas comprometidos com o enfrentamento dos problemas e dilemas que assolam a sociedade brasileira e mundial.

Drº Benjamin Xavier de Paula - Universidade de Brasília (UnB)

Drº Marcos Leite Garcia - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Drª Irene Maria Portela - Instituto Politécnico do Cávado e Ave (IPCA)

(coordenadores)

**A NORMATIVIDADE DOS DIREITOS DAS MINORIAS NO CONTEXTO
CONSTITUCIONAL: ENTRE A IGUALDADE FORMAL E A PROTEÇÃO
DIFERENCIADA**

**THE NORMATIVITY OF MINORITY RIGHTS IN THE CONSTITUTIONAL
CONTEXT: BETWEEN FORMAL EQUALITY AND DIFFERENTIATED
PROTECTION**

Maria Lenir Rodrigues Pinheiro ¹
Simone Minelli Lima Teixeira ²

Resumo

O artigo centra-se em estudar a normatividade dos direitos das minorias no bojo constitucional, considerando as tensões entre igualdade formal e proteção diferenciada, explanando, de forma objetiva, a evolução histórica da proteção das minorias, sua relação com direitos humanos, assim como os desafios teóricos. Ainda, nesta pesquisa, discutiremos o papel do ativismo judicial sob o neoconstitucionalismo, destacando seus benefícios e riscos, como a separação de poderes e insegurança jurídica. Em seu desenvolvimento, o artigo reforça a necessidade de políticas inclusivas amplamente debatidas para equilibrar a promoção dos direitos fundamentais, especificamente das minorias, e a soberania democrática. Por fim, propõe-se um modelo de justiça que respeite os direitos e garantias fundamentais, os direitos humanos, a diversidade, sem comprometer a coesão social e os pilares do Estado de Direito. O método utilizado neste trabalho foi o Indutivo, no tratamento dos dados usamos o método Cartesiano e como técnicas de pesquisa o referente, a pesquisa bibliográfica e o fichamento.

Palavras-chave: Minorias e igualdade, Proteção diferenciada, Direitos fundamentais, Democracia e constituição, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This article focuses on studying the normativity of minority rights within the constitutional framework, considering the tensions between formal equality and differentiated protection,

fundamental rights, specifically of minorities, and democratic sovereignty. Finally, we propose a model of justice that respects fundamental rights and guarantees, human rights, and diversity, without compromising social cohesion and the pillars of the rule of law. The method used in this work was the Inductive method, in the data processing we used the Cartesian method and as research techniques the referent, bibliographic research and indexing.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Minorities and equality, Differentiated protection, Fundamental rights, Democracy and constitution, Judicial activism

Introdução

A proteção dos direitos das minorias tem estado em meio a embates no contexto constitucional e isto tem se intensificado especialmente diante das tensões entre a igualdade formal e a proteção diferenciada destes direitos. E isto é assim devido a necessária relação entre a proteção de grupos vulneráveis e o princípio da igualdade, deslocando esses direitos para o núcleo de direitos fundamentais.

Por consequência, a centralidade dos direitos fundamentais, aliada à crescente judicialização de questões sociais, coloca o Judiciário em posição de destaque, assumindo protagonismo na concretude de direitos que em princípio deveriam ser garantidos pelos demais poderes.

Contudo, o ativismo judicial, que é identificado como instrumento promotor da proteção dos direitos das minorias, também sujeita-se à críticas quanto à sua legitimidade, bem como pelos impactos sentidos pela democracia representativa.

Este estudo objetiva explorar essas tensões, em buscar o equilíbrio necessário entre igualdade formal e proteção diferenciada, bem como identificar os riscos e benefícios do ativismo judicial no contexto atual. Ao priorizar esses dilemas, o que se pretende é evidenciar a complexidade do tema e a importância de soluções que respeitem tanto os direitos fundamentais quanto os princípios democráticos.

O método utilizado neste trabalho foi o Indutivo, no tratamento dos dados usamos o método Cartesiano e como técnicas de pesquisa o referente, a pesquisa bibliográfica e o fichamento.

1. A luta pela proteção dos Direitos das Minorias: desenvolvimento histórico

Quando pensamos no tema direitos humanos relacionados com as minorias temos a impressão que estas questões são relativamente recentes e concentradas nas políticas europeias, porém os estudos de Benedek (2012, p. 38) nos revela um quadro bem diferente do direito internacional sobre essa categoria de direitos. Na verdade, os estudos das minorias inicialmente estavam relacionados com as liberdades religiosas. Este fato está registado no conteúdo do Tratado de Vestefália de 1648, que concedeu direitos a determinadas minorias religiosas. Durante o século XVII vigorou a “proteção de minorias” religiosas, somente para posteriormente alcançar minorias étnicas.

Ao final da Primeira Guerra Mundial, em 1918, ocorreu a dissolução do Império Otomano e do Império Habsburgo. Sequencialmente, emerge na Europa Central o princípio da autodeterminação nacional ensejando a criação de novas leis para as minorias. Neste contexto,

foram celebrados tratados de paz bilaterais e multilaterais, com disposições específicas para a proteção das minorias. Após a Primeira Guerra Mundial a Sociedade das Nações ocupou-se em monitorar os níveis de proteção concedidos a grupos minoritários. Alguns Estados como a Finlândia e Estônia, respetivamente em 1921 e 1923 emitiram declarações para a proteção das suas minorias. Os tratados supracitados tinham o escopo de estabelecerem o direito a usar a língua da minoria na vida privada e pública, contendo cláusulas de não discriminação. Entretanto, a falta de um quadro específico de direitos humanos e a ideia de direitos coletivos era contestada (BENEDEK, 2012).

Segundo os ensinamentos de Wucher (2000, p. 5), somente após a Segunda Guerra Mundial é que a proteção das minorias foi albergada por instrumentos que protegiam os direitos humanos individuais e liberdades baseados nos princípios da não discriminação e igualdade.

A importância desta sequência de fatos históricos fez a pauta dos direitos das minorias e seu reconhecimento darem um salto na agenda política europeia. Hoje, como se sabe, a proteção dos direitos das minorias é uma das condições para a obtenção da qualidade de membro no Conselho da Europa. A União Europeia passou a exigir como condição para o estabelecimento de relações diplomáticas com outros Estados, a necessária proteção dos direitos das minorias.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também proíbe a discriminação com base na “pertença a uma minoria nacional”. Hoje, podemos afirmar que os direitos das minorias contam com um catálogo de direitos inscritos tanto no direito Internacional como em disposições da União Europeia que visam a proteção de promoção das minorias, das suas culturas e tradições.

1.1 Conceito de Minorias

A proteção jurídica de grupos minoritários é uma preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU) desde o seu surgimento, apesar de a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos terem se omitido a este respeito, limitando-se a proibir discriminações baseadas na raça, no sexo, na língua e na religião dos indivíduos.

Gandra e Menezes (2015, p. 129) asseveram que em razão da necessidade de se ter o conceito jurídico de “minorias” é que a Comissão de Direitos Humanos em 1947, criou uma subcomissão com dois objetivos específicos: a prevenção da discriminação e a proteção das minorias. Esta subcomissão em uma década de trabalhos não apresentou nenhum avanço em razão de falta de consenso sobre o conceito de “minorias” e ainda, pela resistência de se discutir este tema por suscitar nos Estados um certo desconforto por uma possível ingerência internacional no ambiente interno destes.

Assim é que Francesco Capotorti (1979, p. 79), ex-Relator Especial das Nações Unidas, desenvolveu uma definição de “minorias” com aceitação em termos gerais, mas não unânime entre os Estados: “um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros – sendo nacionais desse Estado possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstram, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação da sua cultura, das suas tradições, religião ou língua”.

Nesta ótica, o conceito estaria alinhado a quatro elementos, o elemento numérico, elemento de não dominância, elemento da nacionalidade e o elemento da solidariedade.

Rios Junior (2013, p. 25) defende a combinação dos vários elementos para identificar minorias para que se possa aferir com o máximo de objetividade a situação de vulnerabilidade que deva ser corrigida através do tratamento jurídico adequado, afim de se evitar a exclusão de grupos potencialmente minoritários. Recorda que assim como as Casas Legislativas não são capazes de prever todos os casos concretos que merecem ser disciplinados, hipótese semelhante ocorre com as tentativas de uma definição científica do termo “minorias”.

1.2 Direitos Humanos como Fundamentos da Proteção das Minorias

Os direitos humanos são destinados a todas as pessoas, estando ou não enquadradas no conceito de minorias. Porém, conforme já aqui descrito, após as guerras mundiais, a comunidade internacional começa a ter um olhar de preocupação no sentido de promover a proteção de direitos humanos. Ainda que, esses direitos sejam destinados a todos os seres humanos, passou-se a verificar que determinadas pessoas são mais carecedoras de proteção desses direitos.

Assim, a principal característica de um direito humano estaria na proteção da dignidade da pessoa humana, um limitador do poder estatal nas diversas ordens jurídicas, mas não numa concepção metafísica, como as estabelecidas pela doutrina jusnaturalista, devem-se buscar os parâmetros de limitação nas regras positivadas⁷ tendo em vista os documentos legislativos refletirem a experiência concreta no concernente à proteção de direitos humanos (RIOS JÚNIOR, 2013).

Contudo, os grupos minoritários apoiam-se na argumentação nascida em princípios constitucionais, sendo um deles o princípio da igualdade, que quando é aplicado ao direito das minorias, no seu sentido material, o seu sentido formal alcança uma pariformidade real buscada pelo Direito.

E é neste campo de enfrentamento às discriminações que se requer a compreensão e a

construção de um campo próprio à reflexão e à prática jurídicas, denominado “direito da antidiscriminação”. No seu interior, um dos debates mais acirrados e fundamentais diz respeito às exigências do direito de igualdade, consubstanciado entre a afirmação de um direito à diferença e a proclamação de um direito geral de igualdade. O próximo tópico se ocupará em escrutinar sobre este debate a partir da compreensão do direito de igualdade e de seu mandamento antidiscriminatório que supere tais dilemas, mediante a afirmação de um igualitarismo concreto.

2. Tensões Entre Igualdade Formal e Proteção Diferenciada

Há um campo de tensão tanto no campo das ciências sociais como no mundo jurídico, entre o princípio da igualdade formal e a necessária proteção diferenciada no que diz respeito ao conteúdo e às exigências normativas daquele princípio entendido como direito humano e constitucional. A polémica entre a afirmação a um direito à diferença e a proclamação de um direito geral de igualdade é propulsora de reivindicações pelo conhecimento legislativo e judicial de direitos de diversos grupos e indivíduos, marcados por referenciais identitários ou a determinações concretas.

Nesta direção, importante trazer a crítica formulada por Rocha (2022, p. 445) quando pontua que há na verdade uma tensão entre o racional e o íntimo (espiritual), no qual a valorização deste último favorece o avanço das “culturas das minorias”. O autor chama atenção ao fato de que “um novo direito fundamental terá tendência a afirmar-se: o direito à diferença, e nos quadros culturais de uma era de pós-modernidade já não haverá lugar para uma Constituição programática, dirigente, vinculativa, tradutora de um ‘programa generalista da sociedade’. As emergências das minorias impedem os programas generalizadores e globalizadores, despreocupados com o irracional e íntimo, com o afectivo e escondido”. Eis que demonstra preocupação com os particularismos originados no tecido social e que paulatinamente estão a redefinir o papel das Constituições modernas.

Para melhor compreensão deste debate, os estudos de Rios (2013, p. 170) empreendem uma discussão, do ponto de vista jurídico, sobre a natureza e adequação das medidas possíveis no sentido de contornar este embaraço partindo de problematizações importantes para os quais intenta as respetivas hipóteses como: essas medidas devem ser universalistas ou particularista? É necessária e politicamente desejável, do ponto de vista da construção de uma sociedade mais justa, conforme os imperativos de igualdade, liberdade e combate à discriminação, a existência de legislação de proteção específica para cada grupo discriminado? Ou é preferível uma legislação universalista, desenhada de forma abstrata, com o objetivo de combater todo e qualquer tipo de discriminação?

2.1 Direito à Igualdade e Direito à Diferença

O ponto central desta pesquisa é a tensão entre igualdade e diferença no contexto dos direitos das minorias, abordando implicações teóricas, históricas e práticas. O direito à igualdade, conquista das revoluções liberais, fundamenta-se em três pilares: universalismo abstrato (igualdade geral independente de diferenças), neutralidade formal (critérios impessoais) e crítica à hierarquização social. Contudo, Rios destaca que esse modelo frequentemente ignora desigualdades históricas, perpetuando exclusões ao adotar como padrão um "sujeito universal" que marginaliza grupos não alinhados a ele.

Em resposta, o direito à diferença valoriza identidades específicas, promovendo diversidade e criticando o universalismo por invisibilizar desigualdades estruturais. Rios apresenta suas características: reconhecimento das identidades, promoção da diversidade e crítica ao universalismo, propondo um "diferencialismo de esquerda" que busca emancipação, mas alerta para riscos como fragmentação social ou "guetos identitários".

Essa tensão reflete-se no confronto entre universalismo e particularismo, igualdade formal e material, e diferença e hierarquia. A igualdade formal, sem políticas redistributivas, reforça desigualdades, enquanto o direito à diferença, ao evitar hierarquias, pode supervalorizar identidades e dificultar integração social. Para superar esses dilemas, Rios (2013, p. 163) propõe: a) Igualitarismo concreto: equilíbrio entre igualdade formal e diferença, valorizando especificidades sem hierarquias para promover igualdade material; b) Diferencialismo radical: valorização extrema das diferenças com fluidez e interconexão, visando um "novo universalismo" baseado no respeito e convivência das diversidades.

2.2 O Dilema da Diferença e as Respostas Jurídicas

O dilema da diferença expõe a dificuldade em equilibrar igualdade e diferença no direito antidiscriminatório, destacando como a proteção a grupos marginalizados pode reforçar estigmas ou criar novas desigualdades. Vemos assim, três dimensões interconectadas: a) Registrar ou ignorar a diferença: usar a diferença para proteger pode reforçar discriminações ou ignorá-la perpetua desigualdades existentes; b) Neutralidade ou cumplicidade: a neutralidade pode mascarar cumplicidade com exclusões estruturais; c) Regras universais ou decisões individualizadas: regras gerais trazem previsibilidade, mas ignoram contextos ou decisões individuais podem ser mais justas, mas arriscam inconsistência (RIOS JÚNIOR, 2013).

Esse dilema não pode ser resolvido definitivamente, mas gerenciado a partir de uma abordagem dinâmica e contextualizada, adaptando decisões ao caso concreto; promoção de

igualdade concreta, unindo redistribuição material e reconhecimento cultural e diálogo entre universalismo e particularismo, articulando ambos de forma complementar.

O dilema da diferença é uma contribuição fundamental para o entendimento das complexidades do direito da antidiscriminação. Seu estudo é esclarecedor quanto ao desafio de contornar as tensões entre a igualdade formal e a proteção diferenciada e traduz a enorme dificuldade desta tarefa, demonstrando que este tema jamais pode ser tratado de forma simplista principalmente por juristas, há imensas variantes que exigem soluções que possam combinar sensibilidade cultural, justiça material e respeito às pluralidades. Há ainda um outro viés de discussão que não se pode perder de vista no meio jurídico quando está em causa o tratamento diferenciado que é o ativismo judicial. Este aspecto será abordando na sequência deste estudo (RIOS JÚNIOR, 2013).

3. Ativismo Judicial: risco ou instrumento de garantia e efetivação de direitos fundamentais?

Leciona Rossi e Pamplona (2013, p. 49) que o fim da Segunda Grande Guerra marca o momento no qual a Comissão de Direitos Humanos da ONU, assumiu a função de elaborar estudos para a prevenção de discriminação e proteção de minorias. Não coincidentemente, neste mesmo período da história verifica-se a trajetória de centralidade das Constituições, no sentido de ocuparem o lugar mais importante da ordem jurídica, especialmente em razão da sujeição das Constituições à noção de dignidade da pessoa humana por força das atrocidades vividas pela humanidade naqueles tempos.

O Direito sofre uma forte mudança paradigmática passando paulatinamente a ser comprometido, para além da segurança jurídica, com a pretensão de realização de justiça ou de correção material. O princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser a força motriz que conduz a criação e instrumentalização das Constituições. A região fronteira entre a moral e o Direito se torna mais imprecisa em razão da abertura do sistema propiciada pelos princípios constitucionais.

3.1 O fenômeno das teorias neoconstitucionalistas em contraposição ao positivismo normativo

O termo “neoconstitucionalismo” trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, reverberado através da importante coletânea intitulada Neoconstitucionalismo(s), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell e publicada na Espanha em 2003. O título da obra do renomado jurista sugere não existir um único

constitucionalismo que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, daí a dificuldade em defini-lo. O nome no plural revela diversas visões sobre o fenómeno jurídico que se apresenta e que guarda denominadores comuns relevantes.

Mesmo em razão disso é que Sarmento (2012, p. 15) afirma que os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento teórico em juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Portanto, tanto entre os autores referidos como entre aqueles que se julgam adeptos do neoconstitucionalismo, existem uma ampla diversidade de pensamento jusfilosófico e de filosofia política. O neoconstitucionalismo não representa uma teoria unificada, mas um conjunto de perspectivas convergentes sobre a centralidade da Constituição e dos princípios no ordenamento jurídico.

A transição paradigmática do Direito inserindo a ideia de neoconstitucionalismo a partir de vários fenómenos diferentes, mas reciprocamente relacionados e o faz contextualizando essas transformações sob a égide da Constituição brasileira de 1988, destacando-a como marco fundacional de um novo modelo jurídico-político, porém sua análise pode servir como matriz para outras ordens jurídicas (SARMENTO, 2012).

Os fenómenos que o autor suscita são os seguintes: a) a força normativa dos princípios jurídicos, que ocupam um lugar de primazia na hermenêutica jurídica e força vinculante; b) a constitucionalização do direito, com irradiação dos valores constitucionais em todos os ramos do ordenamento jurídico, ressignificando institutos tradicionais; c) a reaproximação entre direito e moral, a separação clássica é atenuada com uma integração que valoriza dimensões axiológicas; d) judicialização da política, onde o judiciário assume um papel central em questões políticas e sociais, com um significativo deslocamento de poder das instâncias majoritárias (executivo e legislativo).

Sarmento (2012, p. 14), neste aspeto nos informa que a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos onde desde sempre se concebeu a Constituição como autêntica norma jurídica, com força limitadora do poder legislativo e capaz de justificar a invalidação de leis, com uma grande diferença: a Constituição norte-americana é sintética e prevê alguns poucos direitos individuais, enquanto na Europa as cartas que disciplinam direitos fundamentais foram muito além como sabemos.

O princípio da separação de poderes que tradicionalmente impunha rígidos limites à atuação do Poder Judiciário, também sofre influência do neoconstitucionalismo através de uma contínua cedência ao ativismo judicial no pressuposto da defesa dos valores constitucionais,

isto leva a efeito amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias.

Neste aspecto, Rossi e Pamplona (2013, p. 16) nos chamam atenção ao fato de que ao invés de uma teoria do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a força de sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência. Através do fortalecimento normativo de princípios com elevada carga axiológica como a dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade social o neoconstitucionalismo escancara as portas do Direito para o debate moral, gerando no mundo jurídico uma das maiores divergências contemporâneas entre positivistas e não positivistas.

Na medida em que as constituições contemporâneas introjetam com bastante profusão os valores morais, este embate entre direito e moral perde a importância, na medida em que mesmo os neoconstitucionalistas que se intitulam positivistas reconhecem a absorção da moral pelo tecido jurídico

Por fim, uma característica que salta aos olhos no neoconstitucionalismo é seu aficcionismo pelo Poder Judiciário, colocando o juiz como protagonista. Assim, o Direito, pela lupa do neoconstitucionalismo, abre-se a uma dupla perspectiva: uma interna, voltado para si mesmo, a partir daquele que protagoniza os processos que envolvem sua interpretação e aplicação; e uma externa, relegada a segundo plano posto que parte do olhar de quem observa, levando em desconsideração o papel desempenhado por outras instituições como o Poder Legislativo. O juiz seria então o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, dos direitos fundamentais, enfim das minorias. Porém, essa concentração de poder expõe críticas e fragilidades geradas pelo ativismo judicial que serão analisadas mais adiante.

3.2 Ativismo judicial: conflito entre constitucionalismo e democracia

Segundo Barroso (2012, p. 25), a ideia subjacente a ativismo judicial tem a ver com a mais ampla e intensa participação do Judiciário na consecução dos valores e fins constitucionais, porém de maneira invasiva ao espaço de atuação dos demais poderes do Estado. O autor elenca características que denotam a postura ativista: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) 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; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Contrariamente ao ativismo judicial temos a “autocontenção judicial”, comportamento dirigido a uma menor interferência nas ações dos demais poderes. Nesta linha de pensamento, juízes e tribunais a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2012).

A atividade jurisdicional, como se sabe, implica necessariamente a aplicação da Constituição, tanto no cumprimento de suas normas quanto na concretização dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, enquanto responsável por aplicar a lei aos casos concretos e, atualmente, também por garantir os direitos fundamentais, deve sempre atuar em conformidade com a Constituição, buscando a melhor realização dos seus objetivos.

Por outro lado, a suposta contradição entre constitucionalismo e democracia decorre, na verdade, de uma compreensão equivocada que equipara democracia à vontade da maioria. Sob essa perspectiva, ao exercerem o controle de constitucionalidade das leis com base em uma interpretação moral da Constituição, os juízes estão, de fato, promovendo a democracia por meio da proteção de certos direitos que jamais poderiam ser restringidos pela vontade majoritária. Nesse contexto, democracia não se confunde com simples prevalência da maioria, já que o compromisso democrático repousa no tratamento igualitário de todos os cidadãos. Para Dworkin, o aspecto central está na igualdade de oportunidade para influenciar os resultados, priorizando a igualdade de consideração e respeito. Esse princípio é distinto da simples igualdade de impacto na decisão, que se baseia no peso igualitário dos votos em uma escolha majoritária (DWORKIN, 2021).

Ao tratar das relações complexas entre democracia e constitucionalismo, Michelman (2005, p. 39) questiona a compatibilidade entre os dois conceitos, não para enfatizar uma oposição, mas para explorar suas conexões. Segundo o constitucionalista norte-americano, a democracia está associada ao princípio do autogoverno popular, enquanto o constitucionalismo reflete a ideia de que a Constituição impõe limites às decisões políticas oriundas da vontade majoritária. Em outras palavras, a Constituição é colocada em uma posição de imunidade em relação às políticas determinadas pela maioria, permanecendo fora do alcance das deliberações democráticas. Essa concepção de inviolabilidade da Constituição frente à vontade majoritária é um fundamento essencial do constitucionalismo.

No sistema constitucional dos Estados Unidos, a atribuição dos juízes da Suprema Corte para declarar a inconstitucionalidade de atos do Poder Legislativo integra o próprio

funcionamento do mecanismo de freios e contrapesos. O pensamento de Dworkin, dentro de sua perspectiva liberal e substancialista de democracia, a atuação dos juízes na interpretação moral da Constituição não pode ser considerada antidemocrática. Desde que o Poder Judiciário, enquanto instituição independente, baseie sua atuação na premissa de oferecer igual consideração e respeito a todos os cidadãos, ele desempenha um papel democrático essencial na proteção dos direitos fundamentais.

O constitucionalista americano John Hart Ely (1997, p. 73) critica o ativismo judicial, argumentando que o controle jurisdicional da constitucionalidade pode intensificar o conflito entre constitucionalismo e democracia, especialmente quando se adota a concepção de democracia substancial e, por consequência, uma interpretação moral da Constituição. Ely defende que a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis só pode ser justificada quando sua intervenção visa garantir o funcionamento adequado da democracia representativa.

Para Ely, o papel da Corte deve ser o de garantir o funcionamento do processo democrático, intervindo apenas quando houver falhas nesse processo, como a perda de confiança na democracia representativa. Nessas circunstâncias, o Judiciário estaria em posição mais adequada que o Legislativo para interpretar a Constituição.

Dworkin (2021, p. 9) adere à concepção substancialista de democracia, portanto advoga não haver vínculo entre democracia e vontade da maioria. Sendo assim, a leitura moral da Constituição não pode ser taxada de elitista e tão pouco antidemocrática até porque tal leitura moral implica em saber “como se deve interpretar a constituição?” e não de “quem deve interpretar a Constituição?”. Portanto, a democracia é perspectivada como um governo sujeito a condições democráticas de igualdade para todos os cidadãos (inclusão das minorias) e não propriamente à vontade majoritária.

Em razão desta ideia de igualdade, Dworkin explicita que a concepção constitucional carece dos procedimentos majoritários, mas estes estão comprometidos com a igualdade dos cidadãos e não aos objetivos da soberania da maioria. Por isso, o jurista não coloca nenhuma objeção ao emprego deste ou daquele procedimento não majoritário em situações excepcionais quando o que se pretende é proteger ou promover a igualdade, pois nesta concepção o princípio da igualdade é a própria essência da democracia e não aceita que estas excecionalidades sejam causa de arrependimento moral.

3.2 Riscos do Ativismo Judicial na realidade brasileira

Segundo Sarmiento (2012, p. 12) três objeções podem ser opostas à judicialização e,

sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil, porém tais objeções podem ser levadas à efeito em outras latitudes como por exemplo na própria União Europeia que com suas particularidades integracionistas é também espaço no qual o ativismo judicial graça à pleno vapor. O renomado jurista aponta que nenhuma dessas objeções infirma a importância de tal atuação, mas merecem séria consideração. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática e a politização indevida da justiça; a insegurança jurídica gerada pelo uso fulanizado dos princípios; e a “panconstitucionalização”.

A primeira objeção recebe a alcunha por Sarmiento (2012, p. 12) de “Judicocracia” em alusão à crítica democrática direcionada ao judiciário. Já estudamos que o neoconstitucionalismo é bastante centrado no Poder Judiciários, por depositar enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios. Porém, esta postura judicialista sofre imensas críticas na medida em que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos. O incômodo se concentra no fato de que numa democracia é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo através de seus representantes eleitos e não por juízes que não têm tal legitimidade.

Aprofundando o olhar nesta questão democrática, verifica-se o fato de que a dificuldade democrática não está tão somente no fato de as constituições subtraírem do legislador futuro a possibilidade de tomar algumas decisões, mas sobretudo no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação.

A segunda objeção tem a ver com a tendência atual de utilização não fundamentada dos princípios. Sarmiento (2012, p. 14) vem em defesa do neoconstitucionalismo, pois decisões judiciais puramente emotivas e sem lastro de argumentação racional sólida que são largamente proferidas, não correspondem ao rigor do pensamento neoconstitucional que busca a reabilitação da racionalidade prática articulada com complexas teorias de argumentação. Há um estímulo exagerado entre os operadores do Direito para invocar princípios quase sempre muito vagos nas suas decisões, a exemplo do princípio da dignidade humana e da razoabilidade.

Esse panorama apresenta desafios, pois um sistema jurídico que seja funcional, estável e alinhado aos valores do Estado Democrático de Direito deve conciliar a aplicação tanto de regras quanto de princípios. As regras desempenham um papel essencial por diversos motivos: elas promovem maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; reduzem os riscos de erro na sua aplicação, já que dependem menos das interpretações subjetivas do aplicador em situações concretas; demandam menor custo de aplicação, uma vez que sua incidência pode ocorrer de maneira mais automática, sem exigir um esforço interpretativo tão

intenso; e limitam, em comparação com os princípios, a transferência de poder decisório do Legislativo, órgão eleito, para o Judiciário, que não possui a mesma legitimidade democrática.

É fundamental encontrar um equilíbrio adequado, evitando que o processo de aplicação do Direito se torne engessado demais, como seria em um sistema exclusivamente baseado em regras, ou flexível, como ocorreria em um sistema centrado apenas em princípios. Há necessidade de se pensar o Direito, sem negar a relevância dos princípios e da ponderação, mas também resgatar a seriedade das regras e do método de subsunção.

Sarmiento (2012, p. 21) invoca duas reflexões interessantes no contexto apresentado. Na primeira, o autor sugere que façamos o exercício de questionar, sob o prisma de uma sociologia da interpretação constitucional, até que ponto a adoção de uma "dogmática fluida", termo cunhado por Gustavo Zagrebelsky, referência do neoconstitucionalismo, pode potencializar as patologias já presentes em nossas relações sociais. Será que o nosso Direito precisa de mais rigidez ou de maior maleabilidade? E, na última análise, quem provavelmente será beneficiário da escolha por uma hermenêutica jurídica mais maleável?

A segunda reflexão igualmente interessante, guarda correlação com tema empreendido por Marcelo Neves (2022, p. 41) a partir das categorias sistêmicas de Niklas Luhmann. Em síntese apertada, para Luhmann o Direito, inserido nas hipercomplexas sociedades modernas, seria autopoietico, posto que consistiria num subsistema social estruturalmente fechado em relação ao meio envolvente, que operaria de acordo com um código binário próprio (lícito/ilícito). As influências do meio envolvente sobre o Direito seriam filtradas através deste código, assegurando a autonomia da esfera jurídica diante dos outros subsistemas sociais, como a Economia, a Política, a Religião etc.

Em sociedades periféricas como o Brasil, o fechamento estrutural do Direito não se desenvolveu plenamente. Fatores como a "constitucionalização simbólica" resultaram em uma insuficiente separação entre o Direito e outros subsistemas sociais, permitindo que elementos alheios ao código binário jurídico, como questões de poder político e econômico, penetrem nos processos de aplicação das normas, influenciando seus desfechos. A teoria dos sistemas de Luhmann não se aplica de forma eficaz neste contexto, pois o Direito, em grande medida, seria alopoietico. Nessa perspectiva, a maior abertura do Direito ao ambiente externo não assume o caráter emancipatório defendido pelo neoconstitucionalismo, ao contrário, opera como um mecanismo que perpetua desigualdades sociais, garantindo a hiper- inclusão de alguns à custa da exclusão de outros (NEVES, 2022).

A reflexão de Marcelo Neves não foi diretamente voltada ao debate metodológico atual que envolve princípios e regras, ponderação e subsunção. Ainda assim, acredita-se que ela possa

ter relevância nesse contexto, ao menos como um alerta para o risco do neoconstitucionalismo, com sua proposta de fluidez metodológica e maior abertura do Direito a outros campos, acabar se tornando apenas uma bela fachada para perpetuar práticas já conhecidas como o patrimonialismo e a desigualdade.

A terceira e última objeção tem relação com a chamada “panconstitucionalização”, termo utilizado por Sarmiento para descrever o fenômeno da irradiação das normas constitucionais por todo o ordenamento afim de contribuir para aproximá-lo dos valores emancipatórios contidos nas constituições contemporâneas. Assim, a Constituição deixou de ser percebida apenas como uma *norma normarum*, cuja função principal seria regular o processo de criação de outras normas. Passou a ser entendida como a materialização dos valores supremos da comunidade política, destinada a influenciar profundamente todo o sistema jurídico. Nesse paradigma, o intérprete não apenas aplica diretamente os preceitos constitucionais às relações sociais, mas também revisita todas as normas e institutos dos diversos ramos do Direito à luz da Constituição, atribuindo-lhes interpretações que melhor atendam aos objetivos e valores fundamentais da Carta Magna.

O neoconstitucionalismo exalta e defende uma constitucionalização que se baseia em uma interpretação ampla e difusora dos direitos fundamentais e dos princípios centrais da ordem constitucional. Entretanto, é possível questionar até que ponto esse fenômeno é legítimo. Segundo Sarmiento, poucos discordariam de que algum grau de constitucionalização do Direito é positivo e desejável, pois contribui para infundir os valores humanitários da Constituição no ordenamento jurídico. Contudo, podem ser levantadas objeções às posições extremas nesse processo, que acabam por restringir excessivamente o espaço de atuação do legislador, comprometendo o equilíbrio democrático.

Por fim, advoga-se que é possível admitir a legitimidade da constitucionalização do Direito, desde que isso não resulte em um sacrifício desproporcional da liberdade de conformação que, em uma democracia, deve ser atribuída ao legislador para fazer escolhas políticas em nome do povo. Da mesma forma, pode-se reconhecer a aplicação direta da Constituição às relações privadas, mas sem ultrapassar os limites da esfera das escolhas existenciais do indivíduo, uma dimensão que a própria Constituição resguarda contra intervenções perfeccionistas tanto do Estado quanto da sociedade.

De todo exposto, entendemos que o neoconstitucionalismo é uma importante evolução no campo do Direito, capaz de proporcionar maior efetividade aos direitos fundamentais e de promover a transformação social. No entanto, alerta-se para os riscos associados ao modelo, especialmente em um país como o Brasil, marcado por desigualdades estruturais e por uma

cultura jurídica ainda em desenvolvimento. Também se enfatiza a necessidade de um equilíbrio entre o protagonismo judicial e o respeito à democracia representativa. Embora o Judiciário desempenhe um papel fundamental na concretização das normas constitucionais, é essencial que suas decisões sejam tomadas com base em um diálogo aberto com a sociedade e com os demais poderes.

3.4 O ativismo Judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia

O ativismo judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), embora amplamente reconhecido como um motor da integração europeia, também é alvo de críticas significativas. Essas críticas emergem tanto de perspectivas teóricas quanto práticas, refletindo debates sobre a legitimidade, o impacto institucional e os limites do papel judicial no contexto da União Europeia (UE). A seguir, expandimos esse ponto, destacando os argumentos críticos apresentados por Moniz (2017, p. 36) e outras análises relevantes. A autora concentra as críticas nos seguintes temas: a) Alegações de Excesso de Mandato; b) Erosão da Separação de Poderes; c) Legitimidade Democrática do TJUE; d) Fragmentação do Direito Europeu; e) Restrições ao Debate Político; e f) Críticas Nacionais.

Com respeito ao excesso de mandato, tem-se que o tribunal frequentemente ultrapassa os limites de seu mandato ao adotar interpretações que criam ou expandem normas jurídicas. Esse comportamento é visto como uma violação do princípio da separação de poderes, que pressupõe uma clara distinção entre as funções legislativa, executiva e judicial. Os críticos argumentam que, ao interpretar os tratados de forma teleológica e criar doutrinas como o primado e o efeito direto, o TJUE age como um legislador. Esse papel deveria ser reservado ao Conselho e ao Parlamento Europeu, que possuem legitimidade democrática direta ou indireta.

No âmbito da separação de poderes, outra crítica fundamental é que o ativismo judicial do TJUE compromete o equilíbrio entre os poderes dentro da UE. Ao desempenhar um papel que vai além da interpretação estrita do Direito da União Europeia (DUE), o tribunal é acusado de concentrar em si competências que deveriam ser compartilhadas entre outras instituições. O TJUE é frequentemente acusado de enfraquecer o papel das instituições legislativas da UE. Essa concentração de poder judicial é vista como um obstáculo ao funcionamento democrático e transparente da União, pois limita o espaço para deliberações políticas e negociações legislativas.

No que diz respeito à legitimidade democrática do TJUE, diferentemente de parlamentos e governos, o tribunal não é diretamente responsável perante os cidadãos da UE. Isso levanta questões sobre a legitimidade de suas decisões, especialmente quando estas têm

implicações políticas e sociais amplas. O TJUE, enquanto instituição judicial, não está sujeito ao mesmo nível de escrutínio democrático que as instituições legislativas e executivas. Isso é visto como problemático, já que muitas de suas decisões têm impacto direto nas políticas nacionais e nos direitos dos cidadãos. Ainda, o TJUE adota decisões que contrariam a vontade expressa dos Estados-Membros ou de seus cidadãos. Isso pode gerar tensões políticas e comprometer a aceitação pública da autoridade do tribunal.

Quanto à fragmentação do Direito Europeu, embora o ativismo judicial tenha contribuído para a integração europeia, críticos argumentam que ele também pode gerar fragmentação jurídica. Isso ocorre quando as decisões do TJUE são vistas como incoerentes ou contraditórias, dificultando sua implementação pelos Estados-Membros. Algumas decisões do TJUE são criticadas por falta de clareza ou consistência, especialmente quando o tribunal aplica princípios de forma seletiva.

Essa inconsistência pode enfraquecer a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões. A postura ativista do TJUE pode gerar tensões com os tribunais nacionais, que nem sempre aceitam a primazia do DUE. Isso é particularmente evidente em casos que envolvem questões sensíveis, como soberania nacional ou direitos fundamentais.

Segundo Vilaça (2020, p. 2), a flexibilização nos acórdãos, um reconhecimento de confiança no TJUE e na ordem jurídica comunitária surgiram como resultado da "tensão criadora" entre os sistemas jurídicos nacional e comunitário, contribuindo para uma "fertilização cruzada" que levou ao fortalecimento da proteção dos direitos fundamentais no direito da União.

Sobre o tópico restrições ao debate político, infere-se que ao interpretar os tratados de forma ampla, o TJUE pode restringir o espaço para debates políticos e compromissos intergovernamentais. Essa crítica é particularmente relevante em áreas onde os tratados são deliberadamente vagos para acomodar diferenças entre os Estados-Membros.

Moniz (2017, p. 127) argumenta que a ambiguidade dos tratados é uma escolha política dos Estados-Membros para facilitar negociações e compromissos³⁶. Ao adotar interpretações teleológicas, o TJUE elimina essa margem de manobra, impondo soluções jurídicas rígidas. Além disso, o ativismo judicial pode limitar a capacidade dos Estados-Membros de adaptar suas políticas nacionais às realidades locais, ao impor interpretações uniformes que nem sempre refletem as diferenças econômicas, sociais ou culturais.

Por fim, tem-se a críticas dos Estados Membros especialmente em contextos onde a integração europeia é percebida como uma ameaça à soberania nacional. Estados- Membros como Polônia e Hungria têm criticado decisões do TJUE que, segundo eles, interferem

indevidamente em suas políticas internas. Essa resistência reflete um conflito maior entre integração europeia e autonomia nacional. O aumento do nacionalismo jurídico em alguns Estados-Membros pode ser visto como uma reação ao ativismo do TJUE, com líderes políticos questionando a autoridade do tribunal em questões que consideram de competência nacional.

Diante das críticas, Moniz (2017, p. 145) apresenta algumas justificativas para o ativismo judicial do TJUE, destacando a especificidade do DUE e os desafios que ele impõe. Em primeiro lugar, os tratados da União são frequentemente descritos como documentos abertos e programáticos, repletos de lacunas e conceitos vagos. Segundo Moniz, essa característica decorre de negociações políticas que muitas vezes resultam em compromissos pouco claros, uma certa ambiguidade dos contratos. Assim, o TJUE assume o papel de intérprete criativo para dar sentido às disposições.

Outra justificativa tem a ver com a necessidade de “unidade e eficácia” pelo qual o TJUE justifica seu ativismo como uma forma de garantir a unidade da ordem jurídica da União e a eficácia das normas do DUE. Isso é especialmente importante em um sistema jurídico composto por múltiplos ordenamentos nacionais, onde a uniformidade na aplicação das normas é essencial. Por fim a natureza principiológica do TJUE, pois ao interpretar o DUE, o TJUE frequentemente se baseia em princípios gerais, como a proporcionalidade e a não discriminação, que não apenas integram lacunas, mas também asseguram a coerência e a integração do projeto europeu.

Pode-se concluir que, embora o ativismo judicial do TJUE seja alvo de críticas legítimas, ele também é um reflexo da natureza única do DUE e de sua evolução histórica. A autora sugere que o desafio está em equilibrar o papel do tribunal como motor da integração europeia com a necessidade de respeitar os limites institucionais e democráticos. As críticas, portanto, não devem ser ignoradas, mas sim entendidas como parte de um debate contínuo sobre a legitimidade e o alcance do poder judicial no contexto europeu.

3.5 A normatividade dos Direitos das Minorias: necessidade x moderação

A proteção das minorias enfrenta tensões entre igualdade formal e proteção diferenciada. A igualdade formal, apesar de seu apelo universalista, desconsidera desigualdades estruturais, perpetuando exclusões. Por outro lado, a proteção diferenciada busca corrigir essas desigualdades, mas corre o risco de fragmentar a sociedade ou reforçar divisões identitárias. Para que essas medidas sejam eficazes, é essencial equilibrar o reconhecimento das diferenças com o compromisso de promover uma igualdade que não comprometa a coesão social.

O ativismo judicial, ao se expandir sob o neoconstitucionalismo, frequentemente

substitui o papel do Legislativo, fragilizando a separação de poderes e gerando insegurança jurídica. Decisões baseadas em princípios amplos, como dignidade e razoabilidade, muitas vezes carecem de objetividade, permitindo interpretações subjetivas que extrapolam o papel constitucional do Judiciário. Quando aplicado sem moderação, o ativismo judicial limita o espaço de deliberação democrática e compromete a legitimidade das instituições, impondo agendas que nem sempre refletem o consenso social.

Embora o ativismo judicial tenha um papel importante na proteção das minorias, ele deve ser limitado a situações de omissão evidente dos outros poderes. A autocontenção judicial é essencial para preservar a democracia representativa e evitar que o Judiciário atue como legislador permanente. A solução para os dilemas das minorias está na construção de políticas inclusivas, amplamente debatidas, que respeitem tanto os direitos fundamentais quanto a soberania popular.

A proteção das minorias é vital, mas deve ser promovida sem desrespeitar os princípios democráticos. O ativismo judicial, quando excessivo, compromete a estabilidade das instituições e a legitimidade do Judiciário. Políticas inclusivas, discutidas em espaços democráticos, são a melhor garantia para proteger os direitos das minorias sem subverter os fundamentos do Estado de direito.

Conclusão

A proteção dos direitos das minorias no contexto constitucional é uma questão complexa que exige equilíbrio entre a igualdade formal e a proteção diferenciada. Ainda que, o princípio da igualdade seja vocacionado à garantia do tratamento igualitário, sua aplicação irrestrita involuntariamente pode perpetuar desigualdades estruturais. Por outro lado, a proteção diferenciada que busca valorizar as especificidades de grupos vulneráveis, deve ser promovida com cautela afim de se evitar a fragmentação social e preservar a coesão democrática.

É neste contexto, que o poder judiciário assume protagonismo, especialmente quando os demais poderes falham ou se omitem na garantia de direitos fundamentais. Porém, o ativismo judicial, quando excessivo, pode comprometer a legitimidade democrática, quando transfere para juízes, que não foram eleitos, decisões que por sua natureza deveriam ser debatidas no âmbito legislativo. Neste estado de coisas, é crucial que o Judiciário adote uma postura de autocontenção, limitando sua intervenção a casos de evidente omissão, permitindo que as políticas públicas de proteção às minorias sejam amplamente discutidas em espaços democráticos.

Portanto, a construção de um ordenamento jurídico que concilie igualdade, proteção

das minorias e respeito à soberania popular exige um diálogo constante entre os poderes e a sociedade. Apenas com esse equilíbrio será possível garantir a efetividade dos direitos fundamentais sem comprometer os pilares do Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

Alexy, Robert. ***La institucionalización de la justicia***. 3ª edición ampliada. Colección **Filosofía, derecho y sociedad**, 6,3. Granada: Editorial Comares, 2016.

Barbosa, Gleidson de Oliveira Grisoste. **O Princípio da Igualdade no Supremo Tribunal Federal Brasileiro**, 2013.

Barroso, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática (SYN)THESIS**», 2012.

Benedek, Wolfgang, ed. ***Understanding human rights: manual on human rights education***. 3rd ed. Morselt : Oxford: Intersentia ; Hart [distributor], 2012.

Capotorti, Francesco. ***Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*** / by Francesco Capotorti, Special Rapporteur of the Sub- Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.», 1979. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/10387?v=pdf>. Acesso em 12 mar 2025.

Carbonell, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Colección estructuras y procesos. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

Dworkin, Ronald. **Constitucionalismo e democracia**. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no European Journal of Philosophy, 1995.

Dworkin, Ronald Myles. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Editora WMF Martins Fontes, 2021.

Ely, Jonh Hart. ***Democracia y desconfianza: una teoria Del control constitucional***. Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 1997.

Gandra, Ives, e Paulo Lucena de Menezes. **A Proteção Jurídica das Minorias no Sistema Constitucional Brasileiro: uma visão panorâmica**, 2002.

Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Revista dos Tribunais, 2015.

Michelman, Frank I. ***Brennan and Democracy***. Princeton: Princeton University Press, 2005.

Moniz, Graça Canto. **Compreender o Ativismo Judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia. A explicação de Ronald Dworkin**, 2017.

Neves, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Editora WMF Martins Fontes, 2022.

Rios Junior, Carlos Alberto dos. **Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário**. 1a. edição. São Paulo: Edipro, 2013.

Rios, Roger Raupp. **O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e**

o direito geral de igualdade. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça* 6, n.º 18 (30 de março de 2012): 169–77. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v6i18.333>. Acesso em 25 abr 2025

Rocha, Joaquim Freitas. **Constituição, ordenamento e conflitos normativos: Esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa.** UMinho Editora, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.21814/uminho.ed.53>. Acesso em 12 fev 2025

Rossi, Amélia Sampaio, e Danielle Anne Pamplona. **Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva?** *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC* 33, n.º 2 (2013). Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/986>. Acesso em: 31 mar 2025

Sarmiento, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, 2009.

Vilaça, José Luis da Cruz. **O Acórdão Do Tribunal Constitucional Alemão e o Tribunal De Justiça – Cooperação Judicial ou Diálogo De Surdos?**, 2020. Disponível em: https://www.cruzvilaca.eu/xms/files/O_TC_Alemao_e_o_Tribunal_de_Justica.pdf. Acesso em 16 mai 2025.

Wucher, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia.** 1. ed. São Paulo: Oliveira, 2000.