



Revista

VIDERE

Ver, olhar, considerar.



Controle de convencionalidade e ativismo judicial: o papel do Judiciário como garantidor de direitos humanos 

Conventionality control and judicial activism: the role of the Judiciary as guarantor of human rights

Angela Jank Calixto 

Doutoranda em Direito do Estado (USP)
Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo, São Paulo, Brasil
E-mail: angelajcalixto@gmail.com

Renata Alves Amorim 

Doutoranda em Direito Público (UC)
Universidade de Coimbra (UC)
Coimbra, Província da Beira Litoral, Portugal
E-mail: renata_2a@hotmail.com

Luciani Coimbra de Carvalho 

Doutora em Direito (PUC/SP)
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)
Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil
E-mail: lucianicoimbra@hotmail.com

Resumo: Apesar da relevante função do Poder Judiciário na garantia de direitos humanos, as decisões proferidas pelas cortes brasileiras têm gradativamente se afastado da esfera da competência típica atribuída a tal esfera de Poder. Diante da relevância da análise das problemáticas do ativismo judicial, busca-se, por meio da adoção do método dedutivo e da condução de uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, evidenciar o que pode ser concebido como ativismo judicial e analisar se o Judiciário brasileiro adota postura ativista quando do exercício do controle de convencionalidade das normas internas com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Conclui-se que a função atípica exercida não deve ser vista como mecanismo pernicioso, mas sim como uma atuação judicial consciente, cujo exercício permite a maximização da proteção de direitos humanos.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Ativismo judicial. Direitos humanos.

Abstract: Despite the relevant role of the judiciary in guaranteeing human rights, the decisions handed down by the Brazilian courts have gradually moved away from the typical sphere of jurisdiction to the courts attributed. Given the relevance of the analysis of the problems of judicial activism, it is sought, through the adoption of the deductive method and the conduction of a qualitative, bibliographical and documentary research, to highlight what can be conceived as judicial activism and analyze if the Brazilian judiciary adopts an activist attitude when exercising the conventionality control of the internal norms with the human rights treaties ratified by the country. It is concluded that the atypical function exercised by the judiciary should not be seen as a harmful mechanism, but as a conscious judicial action, whose exercise allows the maximization of the protection of human rights.

Keywords: Conventionality control. Judicial activism. Human rights.

Data de recebimento: 27/02/2020

Data de aprovação: 18/06/2020



Introdução

Apesar dos avanços na ordem social a partir do processo de redemocratização brasileiro e da inserção do Brasil no sistema internacional de proteção de direitos humanos na mesma época, denota-se que o país ainda padece, na área social, de inúmeros problemas. Diante disso, a discussão acerca da necessidade da tomada de medidas concretas para lidar com problemáticas na ordem social encontra-se constantemente em pauta, exigindo reflexões, sobretudo com relação ao papel dos Poderes do Estado na reversão de injustiças sociais, a fim de tornar efetiva a devida tutela dos direitos humanos garantidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil quanto à temática.

O Poder Judiciário brasileiro possui papel essencial para a concretização de tal objetivo, sobretudo em razão de se verificar que há uma patente omissão das demais esferas do Poder em tornar concretos tais direitos. Contudo, observa-se que apesar de seu relevante papel, o Judiciário tem gradativamente emitido pronunciamentos que se afastam da esfera de sua competência típica, pronunciamentos esses caracterizados pela doutrina como ativistas, na perspectiva de sinônimo de ilegitimidade, gerando preocupações entre juristas em geral.

É diante de tal assertiva que, no momento atual, no qual se acentua de forma considerável o ônus argumentativo da função contramajoritária do Poder Judiciário, se justifica um esforço acadêmico de revisitar o tema do ativismo judicial, sobretudo no que diz respeito ao seu exercício para a efetivação de direitos humanos.

Nesse tocante, considerando o advento da doutrina do controle de convencionalidade no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos (SIDH), que salienta a imprescindibilidade de os juízes nacionais empreenderem esforços para compatibilizar a legislação interna com a internacional, justamente para a garantia do efeito útil das normas internacionais no que diz respeito à proteção de direitos humanos, denota-se a imprescindibilidade de analisar tal ativismo e a possibilidade de seu empreendimento no exercício de tal controle.

Diante disso, objetiva-se com este trabalho analisar as problemáticas do ativismo judicial e do papel do Judiciário enquanto garantidor de direitos humanos por meio do controle de convencionalidade das normas internas com as normas e jurisprudência internacional. Procura-se identificar o ativismo como um fenômeno neutro que, apesar de ser comumente utilizado para desqualificar decisões, pode mediar a transformação social e a concretização de direitos humanos no contexto social brasileiro, desde que desenvolvido em uma perspectiva de construção decisória coerente e programática.

Para os propósitos desta pesquisa, inicialmente são efetuadas reflexões acerca das mudanças operadas no âmbito Direito a partir do constitucionalismo contemporâneo, com o fim de identificar a aproximação do direito doméstico com internacional e identificar o porquê de haver atualmente a necessidade de o Judiciário buscar tornar efetivos e concretamente proteger os direitos humanos. Posteriormente, são tecidas reflexões relativas ao mecanismo do controle de convencionalidade e da exigência de sua efetuação, como decorrência da vinculação do Estado brasileiro à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por fim, é realizada uma análise do ativismo judicial, buscando

correlacioná-lo ao controle de convencionalidade e procurando identificá-lo como necessário em um sistema marcado por mazelas sociais, como é o caso do cenário brasileiro.

Quanto ao procedimento metodológico, será adotado o método dedutivo e será promovida uma pesquisa qualitativa que, no tocante aos seus objetivos, possui eminente cunho exploratório e descritivo e que, no tocante aos seus meios, caracteriza-se por ser uma pesquisa de caráter bibliográfica e documental.

Importante destacar que não é objeto desta pesquisa analisar os êxitos ou os infortúnios do Judiciário brasileiro, mas verificar crucialmente os desdobramentos do ativismo judicial no Brasil e alinhá-lo com a necessidade de efetivação de direitos humanos. Em tempos dinâmicos de transformação da realidade contemporânea, as questões relacionadas a direitos humanos se ampliam vertiginosamente, de forma que a preocupação com o papel do Judiciário e sua atuação como ferramenta essencial, torna-se imprescindível.

1 Constitucionalismo contemporâneo e proteção de direitos humanos: a relevância do judiciário na efetivação de direitos

Para que se entenda o relevante papel assumido pelo Poder Judiciário na contemporaneidade e para que seja possível se evidenciar o porquê de se entender que as cortes domésticas são atualmente as mais capacitadas para garantir a efetividade das normas internacionais de proteção de direitos humanos, é necessário que se discorra, primeiramente, acerca das mudanças pelas quais passou o constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX, mudanças essas que levaram à concretização da proteção dos direitos humanos como objetivo primordial no Estado Democrático de Direito e à aproximação entre o direito doméstico e o internacional.

A compreensão do constitucionalismo contemporâneo e da interdependência entre o direito doméstico e o internacional permite um exame crítico do papel do Poder Judiciário e do fenômeno do ativismo judicial, o qual, apesar de não ser objeto de definição ou teoria única e pacífica, em termos gerais indica a expansão da atividade jurisdicional em espaços e limites atípicos, expansão essa característica do constitucionalismo contemporâneo.

Nesse tocante, insta salientar que o constitucionalismo, denominação atribuída ao movimento político-jurídico-social que causou a evolução do conceito de Constituição e de seu conteúdo, é marcado por um processo evolutivo composto de três fases principais. A primeira fase, do *constitucionalismo liberal*, era marcada pela defesa do Estado de Direito, ou seja, da preeminência da lei sobre a vontade dos indivíduos e governantes, defesa esta destinada ao enfrentamento das monarquias absolutistas existentes e a qual acabou por realçar a importância da lei e do legislador em seu papel de limitação ao abuso de poder. Em contrapartida, a segunda fase, do *constitucionalismo social* era marcada pelo fato de se acentuar o papel do Estado na transformação da realidade social, por meio da promoção da saúde, educação e previdência social, de forma a defender os interesses da coletividade (CONCI, 2012).

As duas fases acima mencionadas eram basicamente voltadas para o âmbito nacional, fato que implica a consideração de que não eram as Constituições limitadas por qualquer força externa, de modo que havia

grande possibilidade de manipulação dos valores defendidos em cada fase pelos integrantes do Estado (CONCI, 2012).

É diante dessa consideração que a discussão acerca da legitimidade do governo ganha espaço, fato que culmina no surgimento de uma nova etapa do processo de constitucionalismo, fase na qual há uma mudança de paradigma, a partir da qual se cria uma nova percepção da Constituição e de seu papel na proteção dos direitos e na interpretação jurídica em geral (FIGUEIREDO, 2008).

Essa nova fase do constitucionalismo contemporâneo surgiu, essencialmente, após a Segunda Guerra Mundial, visto que a partir de então se percebeu que o constitucionalismo clássico, caracterizado pelo aspecto absenteísta da Constituição e pela supremacia do Parlamento, era insuficiente para a garantia da observância dos preceitos consagrados pelas Constituições e para se assegurar a proteção dos direitos tidos como fundamentais para todos os homens.

Surge ela, pois, conjuntamente com a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em resposta às atrocidades cometidas no período e como forma de assegurar a proteção desses direitos pelas Constituições nacionais. É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que “no âmbito do Direito Constitucional ocidental são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana” (PIOVESAN, 2013, p. 87), de modo a implicar a necessidade de coexistência entre a normatividade nacional e a internacional, em função da proteção dos direitos humanos. Como frisado por Conci (2012, p. 12),

O final das duas grandes guerras ocorridas na primeira metade do século XX proporcionou um reavivamento da teoria constitucional, fruto de equívocos e excessos ocorridos em um período marcado por violentas projeções autoritárias contra a dignidade humana, marcadas pela sólida construção de ordenamentos jurídicos habilitantes, fundados em um positivista normativista que apelava demasiadamente para uma análise meramente formal do direito em detrimento de uma percepção prevalentemente substancialista do fenômeno jurídico.

Além disso, surge em razão do advento e disseminação de teorias pós-positivistas¹ do direito no mesmo período, em contraposição às teorias positivistas² que imperavam durante o período do constitucionalismo clássico, defendendo a atribuição de caráter normativo aos princípios e a reinserção de valores morais no direito, como exigência da consagração dos ideais de justiça e para se evitar a ocorrência de novas atrocidades, como as ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial.

Essa nova fase encontra-se associada a um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”, de modo que a partir desse

¹ Como principais teóricos desse novo movimento, temos Ronald Dworkin (*Taking rights seriously*, 1977), John Rawls (*A theory of justice*, 1980), Gustavo Zagrebelsky (*El derecho ductil*, 1992) e Robert Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, 1985). Destaca-se o posicionamento de Dworkin, um dos percussores do novo movimento, o qual, em sua teoria do direito passa a reinserir os princípios como normas jurídicas vinculantes do Direito. Desse modo, para o autor e pós-positivistas em geral, a moralidade encontra-se evidente no direito, ante o fato de os princípios possuírem força normativa, princípios estes que devem ser observados por uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2002).

² O positivismo jurídico, modernamente, originou-se dos pensamentos de Augusto Comte, este considerado por muitos como o fundador do positivismo jurídico, tendo em Hans Kelsen e em Herbert Hart seu apogeu. Kelsen, considerado um dos principais positivistas existente, entendia que para uma norma ser considerada válida apenas seria necessário que ela fosse criada de acordo com os procedimentos formais de criação previstos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, a norma não se submeteria a qualquer juízo valorativo, havendo uma estrita separação entre o direito e a moral, a moral devendo ser tida como extrínseca ao ordenamento jurídico (KELSEN, 1998).

novo movimento do direito constitucional os valores e comportamentos contemplados nos princípios e regras constitucionais passam a condicionar a validade de todas as demais normas do direito infraconstitucional (BARROSO, 2005, p. 12-13).

É nesse sentido que se lançam as bases para a conformação de um novo paradigma de interpretação constitucional no período pós-guerra, não mais somente ligado à ideia de limitação do poder do Estado, mas também e essencialmente ligado à busca da defesa do conteúdo material da Constituição. A partir de então há uma ruptura com o constitucionalismo liberal de previsão meramente formal do direito, objetivando-se a garantia material de direitos fundamentais a todos (VALE, 2009) e uma convergência normativo-axiológica entre o direito e a moral.

Inclusive, em razão de tal convergência, no âmbito do constitucionalismo do século XXI também ganha extrema relevância a questão interpretativa, a qual passa a constituir o centro de qualquer questão relativa ao tema de direitos fundamentais (CARBONELL, 2013). Há uma atribuição de uma maior importância aos processos de aplicação do direito, com a conferência de um papel decisivo aos juízes na interpretação legal para fazer valer direitos fundamentais, mesmo em contraste com as decisões legislativas e com a lei.

Frisa-se que além de pregar a interpretação da Constituição vinculada aos princípios, defender a irradiação das normas constitucionais para todo o ordenamento, sugerir o ativismo judicial (em especial da jurisdição constitucional) para fazer valer os valores morais, as modificações operadas também acabaram por levar à abertura da Constituição aos direitos humanos, para fazer frente aos desafios sociais, econômicos, ambientais e políticos pelos quais passa o Estado (RAMOS, 2012), já que, ao inserir princípios, a moralidade e aspectos materiais no âmbito do direito constitucional, positiva tais direitos e reforça a necessidade de sua completa observância por todos.

Nesse novo momento do constitucionalismo, os direitos constantes das Declarações de Direitos passam a ser inseridos nas Constituições dos Estados, referidas declarações passando, por conseguinte, a se incorporar à história do constitucionalismo (PIOVESAN, 2013), consagrando, definitivamente, a exigência da efetiva proteção dos direitos fundamentais pelas Constituições.

Há, nesse sentido, um evidente processo de internacionalização do direito constitucional, por meio da positivação dos direitos fundamentais na norma de mais alto escalão do ordenamento jurídico interno. No âmbito do direito constitucional brasileiro, esse processo opera-se a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e da redemocratização do governo do país no período. Isso porque a partir de então há um indiscutível avanço na consolidação de direitos e garantias fundamentais na carta constitucional e na proteção de setores vulneráveis da população brasileira. Após tal período, acentua-se a preocupação da Constituição brasileira em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como um imperativo para a justiça social, de modo que se percebe a importância conferida pela Constituição de 1988 aos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Ainda, além da tendência das Constituições nacionais em adotar princípios do ordenamento jurídico internacional relacionados à proteção dos direitos humanos, evidencia-se nessa nova fase uma tendência de vincular de modo mais concreto o direito nacional às normas internacionais. Tal fato pode ser observado em diversos ordenamentos jurídicos, Herdegen (2010) citando como exemplo o fato de a maioria dos países

estipular condições para a validação interna dos tratados internacionais, consagrar, em âmbito constitucional, o postulado da primazia da proteção dos direitos humanos previstos em convenções internacionais, bem como, em especial, conceder validade e hierarquia privilegiada aos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Denota-se que em sua essência a abertura das Constituições nacionais encontra-se relacionada, em sua essência, ao processo de inserção de normas tendentes a conferir uma posição privilegiada aos tratados de direitos humanos e ao estabelecimento da necessidade de sua observância obrigatória em todas as instâncias, para assegurar a devida tutela de tais direitos, mesmo que não previstos expressamente nas Constituições domésticas, mas sim em normas internacionais.

É nesse cenário, em que os países passam a assegurar um tratamento especial aos direitos e garantias previstos em instrumentos internacionais (mesmo que de forma diferenciada, já que alguns conferem hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos enquanto outros apenas conferem hierarquia suprallegal), que se percebe um processo de internacionalização do direito constitucional e, como frisado por Nogueira Alcalá (2011), de formação de um sistema em que há dois diferentes níveis de proteção dos direitos humanos, quais sejam, o nacional (constitucional) e o internacional (convencional).

No caso brasileiro, é a partir da Carta de 1988, como destacado, que se institucionaliza e instaura um regime político democrático no país, a Constituição avançando indiscutivelmente na consolidação de direitos e garantias fundamentais e os direitos humanos ganhando relevo extraordinário (PIOVESAN, 2013). A Constituição de 1988 inaugurou uma nova era do constitucionalismo brasileiro, encerrando o ciclo autoritário que dominou o país até meados da década de oitenta (FIGUEIREDO, 2008).

Contribuição essencial é a inserção dos §§2º e 3º (este último por meio da EC nº 45/2004), no art. 5º, da CF³, de forma a conferir maior primazia aos tratados de direitos humanos no direito interno. Neste ponto, insta salientar que não se ignoram as divergências doutrinárias surgidas com relação à hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro a partir da inserção de tais normas, discussões estas não completamente solucionadas, alguns teóricos ainda defendendo a hierarquia constitucional, enquanto outros defendem a hierarquia meramente suprallegal de tais tratados. Entretanto, considerando o foco deste trabalho, não se discorrerá sobre a questão, bastando destacar que tais cláusulas, de uma forma ou outra evidenciam uma abertura do direito interno ao internacional.⁴

³ Art. 5º (...).§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁴ A discussão referente à hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil constitui um dos assuntos mais discutidos no país no tocante ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Evidencia-se, em síntese, a existência de quatro posições diversas: a) a hierarquia meramente legal de todos os tratados, posição esta defendida a princípio pelo STF a partir da decisão tomada no RE 80.004, de 1977; b) a hierarquia suprallegal, porém infraconstitucional, dos tratados de direitos humanos, atual posicionamento do STF; c) a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, ante a aplicação irrestrita do §2º do art. 5º da CF, posicionamento este defendido por importantes teóricos como Antônio Cançado Trindade e Flávia Piovesan e que é adotado por inúmeros estudiosos de direitos humanos; e d) a hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, por se considerar serem as normas internacionais hierarquicamente superiores às normas internas e se considerar redundante o §2º do art. 5º da CF, posicionamento esse defendido por Celso de Albuquerque. Ainda, após a introdução do §3º do art. 5º da CF por meio da Emenda Constitucional nº 45/2003 iniciaram-se novos debates, estes relativos à existência de diferenças no tocante à posição hierárquica dos tratados aprovados anteriormente a sua promulgação e à existência de tratados meramente formais ou materialmente constitucionais.

Frisa-se, contudo, que a inserção de tais parágrafos no art. 5º da Carta Constitucional brasileira não corresponde ao único avanço existente na CF que acaba por aproximar o direito constitucional do direito internacional. Destaca-se, nesse tocante, que outras contribuições essenciais dizem respeito ao alargamento do campo dos direitos e garantias fundamentais (produto da evolução do constitucionalismo acima mencionada), o que se percebe da mera análise do preâmbulo da carta constitucional⁵, e ao fato de se estabelecer, dentre os fundamentos e objetivos visados pelo Estado Democrático de Direito, a proteção de direitos fundamentais de essencial importância, como a dignidade da pessoa humana e a cidadania, e o fim de concretizar políticas destinadas a assegurar, na prática, essa dignidade (art. 1º a 3º da CF/1988)⁶. Tais previsões demonstram a preocupação do Estado brasileiro em assegurar o bem-estar da pessoa humana, como forma de se garantir justiça social, preocupação esta ainda reafirmada ao se elevar tais direitos e garantias à categoria de cláusulas pétreas⁷.

Além disso, no tocante à internacionalização constitucional, percebe-se que a Constituição de 1988 é a primeira a estabelecer uma série de princípios destinados a guiar o país nas relações internacionais (art. 4º, da CF)⁸, sendo, inclusive, a primeira a positivar a prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental regulador das relações internacionais do Estado brasileiro. Nesse tocante, consagra-se definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro o respeito aos direitos humanos como paradigma e a implicar uma abertura da ordem interna aos sistemas internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Ainda, outro importante avanço se deu a partir da constitucionalização de remédios constitucionais (mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus* e mandado de injunção), além de mecanismos de controle de constitucionalidade, os quais permitiram um incremento da atividade judicial no controle de omissões e ações da Administração Pública e do Poder Legislativo, como forma de assegurar a concretização de direitos fundamentais. O aumento do papel dos juízes nacionais a partir das reformas constitucionais promoveu, dessarte, meios para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, já que cria óbices à tomada de medidas que promovam retrocessos no campo de direitos fundamentais (CONCI, 2012).

A prevalência conferida aos direitos humanos pela Constituição brasileira contribuiu para a reinserção do país na agenda global, sobretudo ante o fato de conduzir à ratificação, pelo país, de inúmeros instrumentos

⁵ Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷ Art. 60, §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)IV - os direitos e garantias individuais.

⁸ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

internacionais de proteção dos direitos humanos⁹ e ante o fato de levar à adesão do país a alguns mecanismos de controle de sua atuação na proteção de tais direitos, mecanismos estes destinados a conferir aplicabilidade às normas de proteção internacionais e internas existentes¹⁰.

Com a inserção de cláusulas de abertura na Constituição, concretiza-se a aproximação das legislações nacionais ao direito internacional. Ainda, promove-se uma ampliação da proteção interna dos direitos humanos, com vistas à consolidação de um sistema no qual estes são protegidos em todas as esferas, independentemente de se previstos nas Constituições internas ou nas normas internacionais que regem a matéria.

De todo modo, o que há de se apreender é que a partir da segunda metade do século XX consolida-se um sistema em que o direito internacional e o direito interno convergem para a proteção de direitos fundamentais ao indivíduo, a relação entre tais ordens constituindo, como frisado por Balaguer Callejón (2003), uma consequência natural do pluralismo ordimental.

Neste contexto, a atividade jurisdicional passa a exigir sua análise em um âmbito que transcende o nacional e engloba o internacional, já que o *judicial review* passa a ter os direitos humanos como parâmetro. Assim, evidenciado o encontro entre distintas ordens jurídicas e a exigibilidade de interação entre o nacional e o internacional, exige-se o estabelecimento de pontes de comunicação entre tais sistemas jurídicos, com procedimentos específicos para a interação, como ocorre por meio do mecanismo do controle de convencionalidade, tratado a seguir.

2 Controle de convencionalidade: a obrigatoriedade de sua promoção pelas autoridades domésticas

Diante da evolução do constitucionalismo contemporâneo e da necessidade do estabelecimento de procedimentos próprios para a interação jurídica entre os sistemas jurídicos domésticos e internacionais, desenvolveu-se no âmbito do Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) um mecanismo específico destinado à busca pela compatibilização da legislação e decisões judiciais domésticas dos países que pertencem ao SIDH com a Convenção Americana de Proteção dos Direitos Humanos (CADH) e com as decisões da Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos (Corte IDH) (MAZZUOLI, 2009),

⁹ Há nesse período, a adesão do Brasil à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989), à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989), à Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992), ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992), à Convenção Americana de Direitos Humanos (1992), à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995), ao Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (1996), ao Protocolo de San Salvador (1996), à Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (2001), ao Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional (2002), ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (2002), ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2004), ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantil (2004), ao Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura (2007) e ao Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (2009).

¹⁰ Como destacado por Ramos (2016), até o momento constata-se, no tocante a tais mecanismos de controle, que o Brasil: a) reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998); b) ao aderir ao Protocolo Facultativo da Convenção para a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher conferiu a seu Comitê o poder de receber petições individuais de vítimas aos direitos na Convenção previstos (2002); c) reconheceu o poder do Comitê para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial de receber denúncias (2002); d) reconheceu a competência do Comitê contra a Tortura e do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência de receber e analisar petições de vítimas contra o Brasil (2006 e 2007, respectivamente); e, por fim, e) permitiu a apresentação de petições individuais, contra o Brasil, pelas vítimas de direitos civis e políticos, ao aderir, em 2009, ao Protocolo Facultativo de Direitos Civis e Políticos.

sobretudo para a garantia do efeito útil das normas convencionais e da jurisprudência interamericana e para a integral proteção do indivíduo em todos os âmbitos.

Trata-se do controle de convencionalidade, o qual, originado na França na década de 70, encontra-se bastante desenvolvida e consolidada no âmbito do SIDH, nos últimos anos tendo havido uma grande expansão na jurisprudência interamericana de entendimentos tendentes a consolidar a imprescindibilidade de sua promoção para a própria eficiência do sistema, seja a partir dos pronunciamentos da Corte IDH¹¹ ou das cortes constitucionais domésticas dos Estados¹² pertencentes a tal sistema.

Referido controle possui estrita correlação com o controle de constitucionalidade exercido no âmbito doméstico (apesar de possuírem algumas diferenças¹³), defendendo-se que no cenário atual de interdependência entre o nacional e o internacional, o Judiciário brasileiro, enquanto garantidor da legalidade e constitucionalidade das normas domésticas é responsável por um duplo controle, ou seja, é responsável não apenas pelo controle de constitucionalidade das normas internas, mas também pelo controle de convencionalidade de tais normas (CONCI, 2012).

Nesse aspecto, considerando a constatação de que o Judiciário brasileiro tem adotado uma conduta além de suas funções típicas, configurando inevitavelmente uma atuação ativista, e tendo em vista que tal postura fortaleceu-se a partir da atribuição da responsabilidade, ao Judiciário, de efetuar o controle de constitucionalidade e convencionalidade das normas domésticos, torna-se viável a discussão acerca do ativismo judicial também quando se fala de controle de convencionalidade, quando de seu exercício pelos juízes domésticos. Assim, passa-se a apresentação de alguns esclarecimentos iniciais breve acerca do instituto do controle de convencionalidade, para, no próximo tópico, buscar correlacionar este ao ativismo judicial, foco deste trabalho.

Insta pontuar que no Sistema Interamericano o controle de convencionalidade é caracterizado por ser uma espécie de controle da legislação interna com relação à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a outros tratados internacionais de direitos humanos aplicáveis e à jurisprudência da Corte IDH, controle esse que deve ser exercido de ofício por toda autoridade pública e que deve ser realizado precipuamente pelos agentes domésticos, tendo em vista a subsidiariedade do sistema contencioso internacional (FERRER MAC-GREGOR, 2013).

¹¹ Nesse sentido, destaca-se em especial o Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (CORTE IDH, 2003), Caso Tibi vs. Equador (CORTE IDH, 2004), Caso López Álvarez vs. Honduras (CORTE IDH, 2006d) e no Caso Vargas Areco vs. Paraguai (CORTE IDH, 2006f), Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (CORTE IDH, 2006a), Caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Peru* (CORTE IDH, 2006e), Caso Boyce y otros vs. Barbados (CORTE IDH, 2007), Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (CORTE IDH, 2010a), Caso Gelman vs. Uruguai (CORTE IDH, 2011c), Caso Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala (CORTE IDH, 2012e), Caso Radilla Pacheco vs. México (CORTE IDH, 2010) e do Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (CORTE IDH, 2012b), Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia (CORTE IDH, 2012c), entre outros.

¹² Evidencia-se que os tribunais de mais alta hierarquia da região tem se referido ao controle de convencionalidade, tendo em conta os entendimentos firmados pela Corte IDH, havendo pronunciamentos nesse sentido pela Corte Suprema de Justiça de Costa Rica; pelo Tribunal Constitucional da Bolívia; pela Suprema Corte de Justiça da República Dominicana; pelo Tribunal Constitucional do Peru; pela Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina; pela Corte Constitucional da Colômbia; pela Câmara Penal da Corte Suprema de Justiça de Guatemala; pela Suprema Corte de Justiça da Nação do México; e pela Corte Suprema de Justiça do Panamá.

¹³ Como destacado por Conci (2014), uma das principais diferenças reside no fato de que no controle de constitucionalidade imperam os critérios estrutural-hierárquico e, ainda, temporal ou especial, enquanto que no controle de convencionalidade apenas imperam critérios materiais para a resolução de eventuais conflitos. Explica-se: para a doutrina do controle de convencionalidade pouco importa a hierarquia das normas, critério este formal e estrutural, não interessando discorrer sobre se os tratados internacionais são superiores às leis e às Constituições no plano internacional ou interno. A relação de validade se estabelece, pois, a partir de um critério material, qual seja, da maior proteção da pessoa humana, ou seja, a partir da aplicação do critério *pro persona* ou *pro homine*.

Refere-se, pois, a uma ferramenta que, decorrente da necessidade de observância das normas convencionais e dos pronunciamentos da Corte IDH pelos Estados que compõem o sistema interamericano, ante a assunção por referidos Estados da obrigação de honrar os compromissos firmados no cenário internacional (BAZAN, 2011), impõe aos agentes domésticos a tomada de medidas necessárias para expulsar normas que se encontrem em contradição com a legislação internacional (MARTINS; MOREIRA, 2011) e para editar normas que apenas se encontrem em consonância com o “bloco de convencionalidade” do sistema, ou seja, com o “paradigma de controle de validade de atos em sentido *lato* (sentenças, leis, atos administrativos, Constituições) expedidos pelos Estados nacionais submetidos ao sistema americano de direitos humanos” (CONCI, 2013, p. 76).

A ferramenta em enfoque constitui-se, pois, como mecanismo útil, adequado e necessário para o cumprimento e a devida implementação das diretrizes contidas nas normas regionais e nos pronunciamentos do Tribunal Interamericano (FERRER MAC-GREGOR, 2013), vinculando-se à necessidade de os Estados conformarem seus atos internos aos compromissos por eles internacionalmente assumidos, de modo a evitar sua responsabilização internacional e para o fim da sustentabilidade do próprio sistema de proteção interamericano (BAZAN, 2015).

Frisa-se que, consoante pontuado em estudo anterior acerca do assunto, há diversas normas que fundamentam o controle de convencionalidade no sistema interamericano, estas correspondendo essencialmente, mas não exclusivamente, aos art. 1.1¹⁴, 2¹⁵ e 29¹⁶ da CADH e art. 26¹⁷ e 27¹⁸ da CVDT, sobretudo diante do fato de tais normas exigirem a adaptação do ordenamento interno à interpretação conferida pela Corte IDH aos direitos humanos, como meio de garantir o efeito útil das disposições convencionais no plano dos direitos internos (CALIXTO; CARVALHO, 2019). Ainda, a exigência de atenção ao *pacta sunt servanda*, ao cumprimento de boa-fé, e à impossibilidade de invocar disposições do direito interno para justificar o descumprimento de tratados internacionais (Art. 26, 31.1 e 27 da Convenção de Viena), implicam a necessidade de realização do controle de convencionalidade como meio de efetiva proteção dos direitos humanos na região (BAZAN, 2011).

É importante acentuar que esse controle de convencionalidade não se refere a uma obrigação imposta somente aos juízes nacionais, visto que também implica a obrigação de os Poderes Executivo e Legislativo o

¹⁴ Art. 1.1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

¹⁵ Art. 2º. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades

¹⁶ Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

¹⁷ Art. 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

¹⁸ Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (...).

realizarem¹⁹. Contudo, é no âmbito do Poder Judiciário que os maiores avanços no processo de interação entre ordens jurídicas estrangeiras são promovidas.

Nesse aspecto, o controle de convencionalidade apresenta-se como ferramenta a ser efetuada por todo e qualquer tribunal americano, ou seja, tanto pela Corte IDH quanto por meio dos agentes nacionais. Ou seja, tanto os juízes da Corte IDH quanto os juízes nacionais têm o dever de controlar a validade dos atos internos a partir das normas internacionais de direitos humanos no plano regional. Ante a diversidade da forma de realização de tais controles, cabe esclarecer as diferenças entre tais modalidades e suas características essenciais para a adequada compreensão do instituto.

O controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH ocorre em razão de esta ser chamada, seja num caso contencioso, seja num caso consultivo, a exercer o confronto entre atos domésticos e disposições convencionais e a apreciar a compatibilidade entre eles. A princípio, o controle de convencionalidade incumbe à Corte IDH, tratando-se de uma função original, própria ou externa (GARCÍA RAMÍREZ, 2011) e a qual demanda, para sua concretização, a subordinação de todo o ordenamento jurídico ao respeito e à garantia dos direitos assegurados convencionalmente (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

Entretanto, em que pese o entendimento de que à Corte IDH incumbe a função primordial de exercer o controle de convencionalidade, desde o julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (CORTE IDH, 2006a) estabeleceu-se a possibilidade de os Estados Nacionais o realizarem, esta atividade fiscalizadora resultando, em especial, do previsto no art. 2º da CADH, que obriga os Estados a adotarem as medidas necessárias para fazer efetivos os direitos e liberdades fundamentais consagrados na CADH (CONCI, 2014).

O controle jurisdicional de convencionalidade interno, na acepção de García Ramírez (2011), refere-se ao poder conferido a determinado órgão jurisdicional, ou a todos os órgãos jurisdicionais, para verificar a congruência entre os atos e normas internos com as disposições do direito internacional e com a jurisprudência dos tribunais internacionais encarregados de interpretar as normas internacionais. Este é inclusive o entendimento firmado pela Corte IDH em diversos casos submetidos a sua apreciação, referido tribunal estabelecendo a necessidade da verificação de tal congruência entre o ordenamento interno e o internacional pelos juízes nacionais.

Consiste, pois, na obrigação dos juízes de constatarem o “acomodamento das normas jurídicas internas que aplicam em casos concretos à CADH (e outros instrumentos internacionais essenciais no campo dos direitos humanos) e aos *standards* interpretativos que a Corte IDH tem formulado no exercício de sua função jurisdicional” (BAZAN, 2015, p. 41), podendo implicar a obrigação de supressão das normas e práticas contrárias a tais normas e *standards*, de expedição de normas e do desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância das garantias e de delimitação de uma interpretação da norma regional de forma

¹⁹ No tocante ao controle exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo, frisa-se que ambos podem ser exercidos tanto de forma preventiva quanto repressiva. No âmbito do Executivo, o controle preventivo é exercido pelo Presidente da República, por meio do veto a um projeto de lei inconveniente, enquanto o controle repressivo ocorre por meio do ajuizamento de ações destinadas a expulsar determinada lei do ordenamento pátrio, como, por exemplo, o ajuizamento de uma ação direta de inconveniente de uma norma. Já no âmbito do Poder Legislativo, o controle preventivo ocorre por meio da não aprovação de leis reputadas inconvenientes e da edição de leis para tornar efetivos os direitos previstos nas normas internacionais, enquanto o repressivo ocorre por meio da revogação de leis consideradas incompatíveis com a CADH e pela suspensão, pelo Senado Federal, de uma lei declarada inconveniente pela Corte IDH (entendimento este decorrente de uma interpretação extensiva do art. 52, X, da CF) (MARTINS; MOREIRA, 2011).

compatível como as normas e interpretações regionais, para, por conseguinte, assegurar o efeito útil dos instrumentos internacionais.²⁰

Isso porque, como pontuado no Caso Almonacid Arellano vs. Chile (CORTE IDH, 2006a), quando se verifica que o Legislativo falhou em sua tarefa de suprimir ou de não editar leis contrárias à CADH, o Poder Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia previsto no art. 1.1 da Convenção e, conseqüentemente, deve se abster de aplicar a normativa interna contrária à Convenção, sob pena de responsabilização internacional.

O exercício do controle de convencionalidade implica, então, que tais juízes confrontem as normas internas com as normas e entendimentos internacionais, para verificar se aquelas vulneram de alguma forma as segundas. São as ferramentas utilizadas pelos juízes nacionais ante a percepção de que o direito internacional e a interpretação a tal direito realizada pelos tribunais internacionais são vinculantes, bem como diante da assunção por tais juízes nacionais de sua responsabilidade em garantir a completa proteção dos direitos humanos no SIDH (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013).

A verificação da necessidade de utilização das ferramentas em evidência decorre da noção de que a jurisdição interamericana não é destinada a substituir as jurisdições nacionais na busca da proteção dos direitos humanos. Essa jurisdição tem caráter subsidiário ou complementar, a justiça supranacional apenas intervindo em casos muito específicos: quando a jurisdição interna não opera ou não resolve devidamente a violação cometida; quando não houver mais recursos internos para combater o desvio ou a inatividade do Estado; quando se solicita o julgamento perante a Comissão Interamericana e esta admite o caso; ou quando a própria Comissão leva o litígio ao conhecimento da Corte (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

Dessa forma, em vista do caráter complementar do direito internacional, evidencia-se não somente a possibilidade, mas a imprescindibilidade de que seja efetuado o controle interno de convencionalidade e que os juízes nacionais procurem interpretar o direito interno em conformidade com o regional, para que os Estados tomem, nesse sentido, todas as providências necessárias para a adequação do ordenamento interno às normas convencionais, evitando a necessidade de interferência do plano internacional e evitando a responsabilização internacional do Estado por um ato ou omissão ilícito que redunde em violação aos direitos humanos (BAZAN, 2015).

Dessarte, mesmo que o controle realizado pela Corte IDH seja o controle autêntico, ele é subsidiário, apenas devendo ser empreendido quando todos os controles jurisdicionais nacionais falham e não há outra alternativa à pessoa a não ser buscar o amparo internacional (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013). Os juízes se convertem nos primeiros juízes interamericanos, detendo eles a maior responsabilidade de harmonizar a legislação nacional com os parâmetros interamericanos.

²⁰ Nesse sentido restou sedimentado no julgamento do Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá: “A Corte tem interpretado que tal adequação implica adoção de medidas em duas vertentes, a saber: i) a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que resultam na violação às garantias prevista na Convenção ou que desconsiderem os direitos ali reconhecidos ou dificultam seu exercício, e ii) a emissão de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância de referidas garantias. Precisamente, no que diz respeito à adoção de tais medidas, é importante enfatizar que a defesa ou observância dos direitos humanos à luz dos compromissos internacionais relativos ao trabalho dos operadores de justiça, deve ser realizada através do que é conhecido como ‘controle de convencionalidade’, segundo o qual cada juiz deve garantir o efeito útil dos instrumentos internacionais, de modo que não seja diminuído ou anulado pela aplicação de normas ou práticas internas contrárias ao objeto e propósito do instrumento internacional ou do padrão internacional de proteção dos direitos humanos” (CORTE IDH, 2008^a, parágrafo 180, tradução livre).

Apresentando-se como uma importante ferramenta de adaptação dos ordenamentos nacionais às normas regionais, o controle acaba por se constituir como mecanismo essencial para a economia processual (evitando a ativação desnecessária da Corte IDH) e para a conservação da sustentabilidade do próprio esquema de proteção interamericano (BAZAN, 2015). É diante de tal fato que se afirma que devem eles ser exercidos de maneira imediata, espontânea, de ofício (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru), não devendo se esperar a provocação da parte interessada (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

De qualquer modo, há de se ter presente que a proteção da pessoa humana fixa a necessidade de realização de ambas as espécies de controle. Como frisa Augusto Cançado Trindade em seu voto fundamentado no julgamento do Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru (CORTE IDH, 2006e, parágrafo 3), a constante interação entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional obriga os órgãos do Poder Judiciário de cada Estado a conhecerem não somente o direito constitucional, mas também o DIDH, para o exercício de um controle, tanto de constitucionalidade como de convencionalidade, de ofício, para tornar efetiva a proteção da pessoa humana.

3 Ativismo judicial e controle de convencionalidade: mecanismo de efetivação de direitos

Identificado o relevante papel assumido pelo Poder Judiciário a partir da segunda metade do século XX, tanto a partir da evolução do constitucionalismo contemporâneo quanto a partir da obrigatoriedade imposta no SIDH de as autoridades públicas, em especial os juízes nacionais, efetuarem um controle da compatibilidade das normas e jurisprudência internas com as normas e jurisprudência internacionais de proteção de direitos humanos, tem-se como imperante a análise de se o Judiciário, quando do empreendimento do controle de convencionalidade, extrapola os limites de sua atuação, incorrendo no denominado ativismo judicial pernicioso.

Busca-se analisar o fenômeno do ativismo na pós-modernidade, a fim de verificar a possibilidade e a viabilidade de o Judiciário alterar a realidade por meio de uma postura ativa, em prol da proteção de direitos humanos. Assim, adotando-se a perspectiva de Jose Henrique Kaster Franco (2018), o qual ensina que, em sendo o ativismo um fenômeno existente e em verificando não haver motivos para se pensar que tal postura esteja a findar, há a necessidade de intensos debates quanto ao papel do Judiciário, passa-se a verificar se a prática é aceitável ou não na realidade contemporânea brasileira.

Para tanto, passa-se, primeiramente, à análise do que pode ser identificado como ativismo judicial para, em seguida, verificar se o exercício do controle de convencionalidade deve ser visto essencialmente como atividade que tem propensão de lesar a legitimidade democrática, já que confere amplos poderes ao Judiciário de anular leis internas mesmo que compatíveis com a CF, porém que sejam incompatíveis com as normas internacionais de proteção de direitos humanos.

Frisa-se, primeiramente, que diante da ordem democrática estabelecida no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, os Poderes passaram a exercer de maneira mais contundente não apenas as funções típicas a eles relacionadas, mas também funções atípicas, sob o fundamento da necessidade de promover principalmente a solidificação dos direitos fundamentais.

O Estado de Direito brasileiro simbolizou a ascensão dos valores axiológicos projetados no exercício do poder pelo povo, consolidado em um estrutura constitucional fundada em premissas que partem de um procedimentalismo próprio para permitir a construção compartilhada de uma sociedade²¹.

Nesse sentido, a noção clássica do papel do Poder Judiciário, em especial, sofreu alterações, já que passou ele a cada vez mais exercer um papel político, no sentido de atuar como contrapeso à ineficiência dos demais poderes na garantia de direitos fundamentais. Diante de tais alterações, a expressão ativismo judicial passou a ser empregada com frequência considerável nos meios doutrinários, sendo ela comumente relacionada ao protagonismo exacerbado do Judiciário ou à discricionariedade excessiva do juiz. A atuação proeminente e a ocupação pelo Judiciário de um papel de destaque no cenário social e político, pois, levaram ao levantamento de discussões acerca da legitimidade democrática da atuação de tal esfera de poder.

Como afirma Lênio Streck (2011, p. 07):

Esse é um dos grandes dilemas contemporâneos. Superadas as formas de positivismo exegético-racionalista (formas exegéticas), os juristas ainda não conseguiram construir as condições para o controle das posturas voluntaristas (que, registremos, por apostarem na discricionariedade dos juízes, não deixam de ser também positivistas). Se antes o intérprete estava assujeitado a uma estrutura pré-estabelecida, já a partir do século XX o dilema passou a ser o de como estabelecer controles à interpretação do direito e evitar que os juízes se assenheorem da legislação democraticamente construída.

No tocante ao sentido e alcance da expressão ativismo judicial, salienta-se que não há ainda hoje um consenso doutrinário quanto a tais definições, alguns associando o termo a um fenômeno negativo²², enquanto outros o identificam como uma forma de consagração da atuação judicial²³. Contudo, de maneira geral, denota-se que o ativismo judicial é entendido como um fenômeno em que o Judiciário atua de maneira extravagante, excedendo a competência determinada pela normativa vigente.

O termo possui origem na doutrina norte-americana, surgindo como expressão descritiva na atuação da Suprema Corte na década de 1950. Uma das primeiras coletâneas de textos que tratou sobre a questão da atuação judicial, empregando tal termo em diferentes perspectivas, foi a obra *Supreme Court: activism and restraint*, organizado por Halpern e Lamb (1982). Andrei Koerner, ao analisar tal obra relaciona que:

²¹ Lógica contudente com a teoria de reaproximação do Estado com sua sociedade plural, na obra de Peter HABERLE: *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*.

²² Elival da Silva Ramos sustenta que “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante à práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”, Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* (São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129).

²³ Por outro lado, na visão e análise de Luis Roberto Barroso, a atuação do Poder Judiciário é pautada estritamente em mecanismos constitucionais criados justamente para conferir-lhe a prerrogativa de decidir questões que reflitam na efetividade das normas constitucionais. Diferentemente do ativismo judicial, que pode ser entendido como uma atitude, uma escolha do Poder Judiciário de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance, e muitas vezes extrapolando os limites legais de atuação. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>. Acesso em: 24 jun. 2018. p. 6. Nesta perspectiva, Glauco Salomão Leite afirma que, inúmeras matérias antes deixadas para o processo político e para a legislação ordinária foram constitucionalizadas. Foram incorporados ao texto constitucional, diversos direitos sociais, econômicos e culturais, além de várias metas e programas a serem implementadas pelo Estado, o que demanda um dever de agir, uma prestação positiva do Poder Público no intuito de dar eficácia aos ditames constitucionais. LEITE, Glauco Salomão. *Inércia Legislativa e Ativismo Judicial: a Dinâmica da Separação dos Poderes na Ordem Constitucional Brasileira*. Revista Direito, Estado e Sociedade, São Paulo, n. 45, p. 10-31, jul/dez. 2014.

O ativismo seria a confiança no papel judicial para estabelecer novas normas - para legislar; os juízes não seriam apenas orientados segundo políticas, mas o fariam de forma aberta, esforçando-se para conformar o direito para realizar as suas preferências; eles acreditariam que haveria um remédio judicial para os males sociais levados à Corte e que seria dever do juiz promover direitos e valores sociais; e, enfim, adotariam um estilo de decisão, com uso excessivo da polêmica e de recursos retóricos, com os quais colocariam em primeiro plano a exortação do bom e do justo para educar o público e convencer seus colegas. Por sua vez, a autocontenção indicaria aos juízes evitarem questões que geram conflitos ou complexas e que apenas escolhessem os casos que envolvessem claramente questões de direito (KOERNER; 2016, p. 11, *apud* Shick, 1982, p. 44-49).

O autor ainda frisa que foi a partir do caso *Brown v. Board of Education*, ainda na década de 50, que a Corte Estadunidense começou a decidir de forma atípica, delimitando políticas públicas direcionadas a dar impulso a mudança social, prolatando decisão baseada em estudos sociais e realizando uma espécie de engenharia social, que visaria alterar atuação pública e redistribuir recursos²⁴ (KOERNER, 2016).

Por outra perspectiva, Jose Henrique Kaster Franco (2018) defende que foi Arthur Schlesinger Junior, historiador norte-americano, quem deu as bases sobre as quais se assenta a discussão sobre ativismo judicial até os dias atuais, ao classificar os juízes da Suprema Corte entre os que atuavam mediante autocontenção, e os que atuavam em prol da promoção do bem-estar das pessoas.

Do mesmo modo pontua o autor Luiz Flávio Gomes (2009), o qual salienta que a origem da expressão surgiu ainda em 1947, mediante reportagem publicada pelo historiador norte-americano Arthur Schlesinger, em que tal autor efetuou uma análise da atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos, utilizando-se do termo para descrever o dever da Corte em interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos nela já previstos. Segundo a perspectiva apresentada pelo historiador, o Judiciário teria como função precípua agir como racionalizador da democracia, como *gouvernement des juges*, de modo que o ativismo, ou melhor, a interpretação judicial realizada para concretizar valores fundamentais, não indicaria um fenômeno negativo, como comumente empregado na atualidade pela comunidade jurídica brasileira.

Independentemente da origem, o que se verifica é que o termo ainda possui grande imprecisão doutrinária, possuindo ora conotação negativa, sendo concebido como sinônimo da expansão atípica da atuação judicial, ora conotação positiva, sendo visto como instituto concretizador de direitos sociais. Há teóricos, ainda, que definem o ativismo judicial como um polo de uma escala contínua, cujo oposto seria a contenção judicial. O professor Elival da Silva Ramos (2015, p. 135), por exemplo, define a expressão ativismo judicial como um termo que possui uma carga valorativa tanto positiva quanto negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais.

No Brasil, a questão do ativismo em geral, tem se dividido regularmente entre posicionamentos em prol do substancialismo e, em sentido contrário, aqueles em prol do procedimentalismo. De um lado estaria a defesa de um Judiciário ativo, que deve atuar no sentido de tornar efetivos direitos materiais (ainda que no exercício de uma função atípica) e, de outro, a defesa de um Judiciário constricto em suas limitações procedimentais

²⁴ O desenvolvimento do ativismo judicial nos EUA se confunde com a própria história da Corte Constitucional americana, principalmente porque no país se estabeleceu, conforme o sistema do common law, contextos e mudanças sociais que lhe são causa e consequência. Para aprofundar no assunto, vide: WOLF, Christofer. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretativo to judge made law*. Nova York: Rowman & Littefield, 1994.

próprias, de forma que estaria legitimado para atuar seria tão-somente no exercício de sua função típica e de acordo com o procedimento normativamente definido.

A concepção da necessidade de aproximação entre direito e moral, a qual se afasta do procedimentalismo e da exegese axiológica constitucional e é decorrente da ascendência do dirigismo constitucional, caracteriza a teoria substancialista, teoria esta defendida por servir de vetor para a realização do conteúdo programático das constituições. Neste sentido, importante a síntese de Alexandre Castro Coura e Quenya Correa de Paula, sobre a defesa da superação do procedimentalismo clássico, e da austeridade do Direito, em prol do constitucionalismo diretivo-programático:

[...] diferenciado pelo propósito de realizar o núcleo essencial-fundamental traçado no processo constituinte, a refundação do Direito é pautada pelo caráter finalístico voltado à alteridade e à solidariedade social, de modo que todos devem agir visando à concretização dos direitos de espectro ampliado, provenientes de uma Carta prolixa, que deixou de encampar o traçado de linhas apenas estruturais e ligadas à função de estatuto organizatório para abarcar princípios, valores e normas disciplinadoras da esfera econômica e social, algo como um plano normativo para o futuro e que leva ao Direito o debate moral (COURA; PAULA, 2018, p. 66).

Por outro lado, observa-se que existem doutrinadores que qualificam o fenômeno do ativismo como neutro, afastando essa necessária ruptura entre substancialismo e procedimentalismo. Em favor de tal posição tem-se o jurista Glauco Salomão Leite (2017), o qual alerta que o uso do termo ativismo para desqualificar decisões é sempre subjetivo, sendo caracterizado como um fenômeno maléfico ou benéfico dependendo do conceito e ideal de justiça adotado pelo sujeito. Nessa perspectiva, a decisão ativista não seria de plano equivocada e não seria sempre sinônimo de abuso ou excesso, do mesmo modo que uma sentença proferida no exercício da autocontenção não seria sempre correta.

Da mesma forma, para Antoine Garapón (1999), o ativismo judicial não significa a transferência do poder soberano do povo para o juiz, mas sim se caracteriza como uma transformação necessária pela qual passa o processo democrático. Assim, a transformação do papel do juiz na contemporaneidade, exigindo dele uma atuação mais ativa na tutela de direitos, corresponderia a uma transformação inerente à própria democracia, fato que promove a desmobilização do povo.

Importante, ainda, analisar a classificação multidimensional do termo feita pelo estudioso Keenan Kmiec (2004). Segundo o autor, o ativismo seria uma ferramenta à disposição do Judiciário destinada a diversas funções: a primeira seria a anulação de atos normativos (sejam estes do Executivo ou do Legislativo), cuja constitucionalidade seja demonstrável ou defensável; a segunda seria a inovação legislativa em decisões judiciais; a terceira seria a hermenêutica criativa; a quarta seria o julgamento orientado a determinado fim; e, por último, seria a atuação pautada em precedentes judiciais.

Observa-se que o termo ativismo judicial, nessa perspectiva, não seria, pois, estritamente atrelado a uma conotação negativa, ou seja, não seria apenas sinônimo de uma atuação indevida do Judiciário. Tal classificação impõe a necessidade de análise caso a caso, para verificar se a atuação atípica do Judiciário leva a uma garantia de direitos, de forma que a construção decisória, mesmo que ativista, observa a maximização de direitos constitucionais racionalmente construídos, protege o núcleo constitucional e protege direitos humanos (KAMIEC, 2004).

De todo modo, o que se observa é que apesar dos inúmeros esforços em estabelecer um conceito operacional de ativismo judicial, contudo, o termo ainda permanece sem definição precisa. Consoante aponta Lênio Streck (2011), a imprecisão terminológica é universal, não havendo um consenso nem mesmo ao analisar a realidade judicial norte-americana.

Assim, apesar da imprecisão terminológica e da existência de uma linha tênue entre instabilidade democrática e necessidade de justificação de uma atuação judicial díspar do modelo *montesquiano*, defende-se neste trabalho que tal atuação pode ser considerada legitimada, sobretudo quando essa atuação se dá em prol da proteção e com o fim de tornar efetiva a tutela de direitos humanos, por meio do controle de convencionalidade.

Ora, a discussão acerca da questão do ativismo tende a tornar-se pouco precisa quando seu foco é meramente a análise da possibilidade de atuação atípica do Judiciário, sendo muito mais interessante e necessária a identificação do papel e dos limites da jurisdição constitucional em atuar de forma ativa para efetivar direitos fundamentais e enfrentar questões políticas, já que a ideia de ativismo judicial está essencialmente “associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2010, p. 09).

Neste ponto, há de se frisar que uma das principais objeções ao ativismo possui correlação com a ideia de que a atuação do judiciário atentaria contra a percepção de democracia majoritária. Relaciona-se, assim, à própria ideia de existência de uma contradição entre constitucionalismo, o qual enfatiza o papel do judiciário (como visto no tópico 1 deste trabalho) e democracia, a qual na concepção majoritária enfatiza o papel da maioria decidir da forma que lhe convém, por meio de representantes eleitos e pelo processo legislativo, o que impediria a atuação do judiciário para além dos limites legais.

Contudo, referida contradição, como frisa Dworkin (1995), é meramente aparente, na realidade havendo uma relação intrínseca entre os dois termos, já que a democracia é necessária para o constitucionalismo, da mesma forma que este é imprescindível àquela. Isso porque ao mesmo tempo em que o constitucionalismo insere os direitos fundamentais como normas que não podem ser ignoradas, ainda que sua garantia pelo judiciário resista à vontade da maioria representada na legislação, democracia não deve ser delimitada tão somente por meio de um conceito de maioria e vontade majoritária, mas sim deve ser concebido em sua concepção comunitária, estritamente baseada na proteção de valores fundamentais a todos, em que os direitos das minorias também são observados.

Democracia, nessa visão, consiste no processo de afirmação do povo e de garantia de direitos fundamentais, que o povo conquista no correr da história inclusive mediante a atuação do judiciário na proteção de tais direitos (SILVA, 2006), mesmo que ante uma postura positiva. Por meio dessa concepção, cria-se espaço para a percepção de que a atuação ativista do judiciário, desde que efetuada para a proteção de direitos humanos/fundamentais, consiste no próprio respeito à democracia comunitária, justificada por vivermos em uma sociedade complexa, pluralista e multicultural.

Nesta perspectiva o ativismo surgiria como uma forma concreta de tornar efetivos os direitos humanos, devendo ele ser entendido com certa neutralidade, ou seja, devendo ser percebido não como sinônimo de fenômeno negativo, nocivo à saúde da ordem constitucional, mas sim como fenômeno inerente à ordem democrática estabelecida, quando exercido de forma consciente e com o fim de preservar a dignidade da pessoa humana. Ou seja, seria o ativismo expressão do exercício da discricionariedade judicial, no qual um juiz ou tribunal cria ou estende um direito, afasta aplicação da lei, ou utiliza-se do poder judicial para promover mudanças sociais (*judicial overreaching*).

Fixada a neutralidade terminológica, cumpre discutir acerca dos limites e possibilidade de um ativismo, uma atuação atípica do Judiciário, no exercício do controle de convencionalidade, controle este estritamente relacionado, como visto, com a tutela de direitos humanos na ordem interna e a consequente efetivação de direitos individuais e sociais.

Nesse âmbito, salienta-se que, em consonância com o apontado por Boaventura de Souza Santos (2015), evidencia-se que o ativismo opera-se quando conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do Judiciário. O confronto político do Judiciário com os outros poderes do Estado dá-se nesse sentido quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, os tribunais passam a interferir na política pública e nas condições da sua efetivação.

No Brasil, as inúmeras omissões normativas e a atuação deficiente do Poder Público permitiram que diversas questões de impacto coletivo passassem ao crivo da análise judicial. A apatia do Legislativo e o excesso de omissões estatais e instabilidade sociais latentes levam a um crescente apoio à ascensão do exercício, pelo Judiciário, de um papel político, este relacionado ao cumprimento de seu dever de tutelar a Constituição e tornar efetivos os direitos consagrados nas normas internacionais de proteção do homem.

O importante papel atribuído aos juízes é decorrente essencialmente do crescimento do processo de judicialização do direito para fazer valer direitos civis e sociais no âmbito interno. Tal judicialização reforça o papel das cortes em estabelecer o que é o direito e em exigir o cumprimento do mesmo. É diante de tais fatos que Ferrarese (2009, p. 08) afirma que hoje “*law consists not so much of statutes and other forms of written law, but rather of judicial or quasi-judicial decisions*”²⁵.

Dentre os Poderes, o Judiciário, pelo fato de suas instituições não serem centralizadas, detém maiores condições de conferir respostas plurais e diferenciadas para situações e demandas diversas. Essa aptidão, nas palavras de Conci (2014, p. 33), decorre da constatação de que o Judiciário pode fazer-se em contrapeso real dos excessos e omissões dos demais poderes, por meio do ativismo judicial, de forma a assegurar que nos momentos em que as garantias democráticas não são integralmente respeitadas, seja ele “um escudo às afrontas e excessos antijurídicos dos próprios poderes do Estado”. Nesse cenário, o poder judicial ganha um papel de essencial importância, visto que detém ele o poder de “concretizar direitos fundamentais

²⁵ [...] o direito não consiste tanto em estatutos e outras formas de lei escrita, mas sim de decisões judiciais ou quase-judiciais (tradução livre).

independentemente de algumas amarras, como a perspectiva da representatividade democrática fundada no voto e no mandato”.

Sobretudo nos casos em que há uma omissão legislativa, especialmente no tocante a problemas políticos e à eficácia dos direitos fundamentais, o Judiciário assume função essencial, assumindo um papel politicamente ativo no exercício de sua função jurisdicional, papel este possibilitado pela flexibilidade decorrente da incorporação de princípios ao texto constitucional (FIGUEIREDO, 2008). Tal flexibilidade é o que torna o papel das cortes judiciais tão importantes. Como destaca Ferrarese (2009, p. 11-12):

If we look at courts from the perspective of the three illustrated aspects, we can understand that they are successful because of their ability to be flexible and to give plural and differentiated answers to different situations and demands. They can move as well in the space between what is national and what is global. Flexibility as a quality for institutions could appear to be in sharp contrast with the expectations of formalism that are typical of the European institutional tradition. (...) the institutional changes of global world seem to prove that expectations of legal formalism are inadequate for the global world.²⁶

Frisa-se que, consoante já evidenciado, o constitucionalismo contemporâneo é fundado no cânone da dignidade e da expansão ilimitada da personalidade humana (CASTRO, 2010). Ainda, é patente que no cenário atual de interdependência entre o local e o global, a legitimidade das ordens jurídicas nacionais é medida pelo grau de respeito aos direitos humanos, radicados essencialmente numa premissa maior da dignidade. Diante de tal assertiva é que se destaca a necessidade de, nas palavras de Carlos Roberto Siqueira de Castro (2010), superar o fetichismo institucional do iluminismo oitocentista, calcado substancialmente no dogma da separação estrita de poderes, já que este não permite a solução operacional aos problemas sociais contemporâneos, e de as cortes voltarem-se ao social, para a resolução de questões relevantes de proteção humana.

Neste contexto, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2013) explica que isso tem implicado importante alteração da dinâmica de nosso arranjo institucional, se comparado ao padrão histórico: ainda temos um Poder Executivo protagonista e centralizador; um Legislativo – nos três níveis federativos – o qual tem sofrido constantes crises funcionais e déficits de confiança popular; e um Judiciário, responsável pela aplicação da lei. Contudo, o Judiciário, que antes era uma instituição distante dos grandes temas políticos e sociais e acostumada a se submeter a Executivo hipertrofiado, alcançou, de forma gradual, patamar de relevância e autoridade político-normativa absolutamente inédito em sua história.

Isso se deve à exigência de uma atuação substantiva do juiz constitucional, como implementador da Constituição e como garantidor, no âmbito doméstico, de direitos humanos. O papel do intérprete do Direito, nesse sentido, é elemento central do poder emancipatório do Direito, o que permite considerar que o Judiciário possui como dever rejeitar a subsunção a um ordenamento inadequado, que torne mais complexa a concretização de direitos fundamentais tão exaltados na normativa interna e nas cartas internacionais.

Sobretudo nas hipóteses em que o Judiciário evidencia a incompatibilidade da legislação, da jurisprudência ou dos atos internos às normas e jurisprudência internacional exige-se sua atuação substantiva,

²⁶ Se olharmos para os tribunais da perspectiva dos três aspectos ilustrados, podemos entender que eles são bem sucedidos por causa de sua capacidade de ser flexível e dar respostas plurais e diferenciadas a diferentes situações e demandas. Eles podem se mover também no espaço entre o que é nacional e o que é global. A flexibilidade como uma qualidade para as instituições pode parecer estar em forte contraste com as expectativas de formalismo que são típicas da tradição institucional europeia. (...) as mudanças institucionais da palavra global parecem provar que as expectativas de formalismo legal são inadequadas para o mundo global (tradução livre).

como visto no tópico 3 deste trabalho, até mesmo porque no caso de existir tal incompatibilidade há uma patente afronta ao núcleo básico de direitos humanos protegidos no cenário internacional. A atitude ativista, por meio do controle de convencionalidade, assim, legitima-se, por tornar efetivos os direitos humanos tutelados na esfera internacional.

Ademais, frisa-se que o controle de convencionalidade é um imperativo, sendo impositivo seu exercício pelos juízes nacionais, inclusive por meio da adoção de uma postura mais ativista em prol da proteção da pessoa. Tal imposição é decorrência lógica do art. 29 da CADH, o qual destaca a imprescindibilidade de as cortes nacionais utilizarem-se da regra da interpretação *pro homine* quando do exercício hermenêutico que envolve normas interamericanas.

A obrigação prevista no dispositivo legal torna explícita a necessidade de que os juízes nacionais, quando do exercício de hermenêutica, de interpretação de normas e entendimentos jurisprudenciais para sua aplicação no caso concreto, tomem as medidas necessárias para tornar efetiva a norma, seja ela regional ou nacional, ou a interpretação conferida a tal norma, que seja mais favorável à pessoa. Desse modo, impõem-se aos Estados limites em sua atuação perante os indivíduos, demandando que estes deixem de aplicar normas ou entendimentos que de alguma forma suprimam ou limitem o gozo dos direitos previstos na CADH ou outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, ou promovam interpretações, nos casos concretos submetidos a sua análise, que excluam ou limitem os efeitos de tais instrumentos internacionais.

Nesse sentido, vislumbrando-se a importância do ativismo judicial na atualidade para a proteção dos direitos humanos e para fazer valer os compromissos internacionais assumidos pelo país, denota-se que o ativismo por vezes realizado por meio do exercício do controle de convencionalidade refere-se a não apenas uma necessidade quando o assunto é mencionada proteção, mas também a um imperativo. A atuação judicial para fazer frente às omissões dos demais poderes, desde que realizada de forma ponderada e sem discricionariedade patente e desde que efetuada tão somente para fazer valer direitos humanos, é essencial para a própria sobrevivência do Estado Democrático de Direito.

Conclusão

A busca pela concretização de direitos humanos e pela superação das mazelas que marcam a realidade social corresponde a um dos objetivos essenciais do Judiciário brasileiro, que tem tomado uma postura mais ativista em suas decisões, exercendo funções atípicas, justamente com o fim de fazer frente aos problemas enfrentados pela sociedade brasileira.

Tecidas considerações acerca do relevante papel assumido pelo Poder Judiciário a partir do processo de constitucionalização do direito, o qual passou a deter função precípua como garantidor de direitos fundamentais, da essencialidade do mecanismo do controle de convencionalidade para a proteção de direitos humanos e da relação existente entre de tal controle e a postura ativista do Judiciário, denota-se a possibilidade de considerar o ativismo exercido por tal poder quando do controle de convencionalidade não como um mecanismo pernicioso, mas sim como um mecanismo de atuação judicial consciente, cujo exercício permite a maximização da proteção de direitos humanos.

A necessidade de tomada de medidas concretas pelo Judiciário para a efetivação de direitos humanos é inquestionável, até mesmo em razão das características próprias dessa esfera do poder, o qual possui a capacidade de atuar de forma a, no caso concreto, garantir a efetivação da justiça e evitar que a omissão do Legislativo em certas hipóteses gere situações de desrespeito a direitos básicos do cidadão brasileiro.

Desta feita, o ativismo exercido por meio do controle de convencionalidade, quando exercido de forma consciente e tendo como foco a dignidade humana, surge essencialmente como forma de tornar efetivos os direitos humanos, devendo ser entendido como um fenômeno neutro e não como um mecanismo nocivo à ordem democrática. Por meio de tal posição, o Judiciário possui condições de promover mudanças sociais, mesmo que para tanto tenha que estender um direito ou deixar de aplicar uma lei materialmente inconvencional. Tido como mecanismo essencial para superar a incapacidade dos demais poderes e atender às demandas sociais na concretização da justiça, a relevância de uma postura ativista é marcante, sendo de essencial importância para a justiça social no Brasil.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu. **ONIO EU Law Journal**, v. 3, n. 1, p. 10-24, jan. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 204, p. 1-42, abr.-jun. 2005.
- BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad del Estado. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.
- BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, n. 18, p. 63-104, 2011.
- CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. Diálogos interjudiciais: a obrigatoriedade de seu desenvolvimento no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 14, n. 01, e30919, jan./abr. 2019.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Saraiva, 2013.
- CARBONELL, Miguel. La interpretación constitucional de los derechos fundamentales y el uso del derecho comparado en el dialogo jurisprudencial. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 599-616.



CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232, jun. 2014.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales supremos nacionales: el caso de Brasil In: PIZZOLO, C.; MEZZETTI, L. **Diritto costituzionale transnazionale**: Attidel Seminario Internazionale di studi Bologna. Bolonha: Filodiritto, 2013, v.1, p. 59-90.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de convencionalidade e constitucionalismo latino-americano**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2012.

COURA, Alexandre Castro, PAULA, Quenya Correa de. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol.116, jan./jun. 2018, p. 66 – 80.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Constitucionalismo e democracia. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer. **European Journal oh Philosophy**, v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do constitucionalismo abusivo. **Cadernos Adenauer XVIII**, n. 1, p. 173-192, 2017.

FERRARESE, Maria Rosaria. When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism. **Global Jurist**, v. 9, n. 1, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculacion directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convencion Americana (*res interpretata*) – Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial em derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 617-672.

FIGUEIREDO, Marcelo. A influência da doutrina nas cortes constitucionais. **Revista Direito UFMS**, Edição especial, p. 131-144, jan./jun. 2015.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Ativismo Judicial e Direito Administrativo Aspectos Gerais**. Belo Horizonte: DPlácido, 2018.

GARAPÓN, Antoine. **O juiz e a democracia**: guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCÍA RAMÍREZ, Sérgio. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, n. 28, p. 123-159, jul.-dez. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>. Acesso em: 15 out. 2018.

- HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HALPERN, S.; LAMB, C. **Supreme Court activism and restraint**. Lexington: Lexington Books, 1982.
- HERDEGEN, Matthias. La internacionalización del orden constitucional. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevideu, ano XVI, p. 71-81, 2010.
- HENKIN, Louis. **The age of rights**. Nova York: Columbia University Press, 1990.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meaning of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 05, 2004.
- KOERNER, Andrei. O ativismo judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica. **Lua Nova**, São Paulo, n. 99, p. 233-255, 2016.
- LEITE, Glaucio Salomão. **Uristocracia e Constitucionalismo Democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MARTINS, Leonardo. MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuario de Derecho Constitucional Latino Americano**, Montevideu, ano XVII, p. 463-483, 2011.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013, p. 907-972.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado chileno. **Estudios constitucionales**, v. 9, n. 2, p. 17-76, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. A relação entre o Direito Internacional e o Direito interno no contexto da pluralidade de ordens jurídicas. In: BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. Belo Horizonte: CEDIN, 2012, v. 1, n. 12, p. 99-134.
- SANTOS, Boavetura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas Em Terrae Brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n° 10, p. 2 – 37, jul./dez. 2011.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

