



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião





ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

ReBraDir: Revista Brasileira de Direito e Religião

Editor-Chefe

Ms. Felipe Augusto Carvalho (ANAJURE), BRA

Editores Adjuntos

Ms. Elden Borges Souza (UFPA), BRA

Ms. Josué Ricardo Menossi de Freitas (IMESP), BRA

Conselho Editorial

Dr. Thomas Schirrmacher (International Institute for Religious Freedom), ALE

Dr. Christof Sauer (Evangelische Theologische Faculteit Leuven), AFS

Dr. Roger Trigg (Universidade de Warnick/Universidade de Oxford), ING

Dr. Mark Hill QC (Cardiff University/King's College London), ING

Dr. Davide Argiolas (Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa), POR

Dr. Mário Reis Marques (Universidade de Coimbra), POR

Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (Centro Universitário de Brasília), BRA

Dr. José Eduardo Sabo Paes (Universidade Católica de Brasília), BRA

Dr. José do Carmo Veiga de Oliveira (Universidade Presbiteriana Mackenzie), BRA

Dr. Felipe Chiarello de Sousa Pinto (Universidade Presbiteriana Mackenzie), BRA

Dr. Aloísio Cristovam dos Santos Júnior (Centro Universitário Estácio da Bahia), BRA

Ms. André Fagundes (Universidade de Coimbra), BRA

Avaliadores e Pareceristas:

Dr. Victor Sales Pinheiro

Ms. Helder Felipe Oliveira Correia

Dr. Ney Maranhão

Ms. Eduardo Azevedo

Dr. Sérgio Queiroz

Ms. André Fagundes

Dr. Dilson Cavalcanti Batista Neto

Ms. Anderson Barbosa Paz

Ms. Filipe Piazzzi Mariano da Silva

Ms. Marcela Pimentel Kayembe

Ms. Elden Borges Souza

Ms. Daniel Jaccoud Ribeiro de Souza

Ms. Josué Ricardo Menossi de Freitas

Layout capa e Diagramação

Departamento de Imprensa e Eventos / ANAJURE

Disponível em:

<https://rebradir.anajure.org.br/>

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

SUMÁRIO

TENSÕES NA ADO 26: ATIVISMO JUDICIAL E LIBERDADE RELIGIOSA	86
<i>Emily Beatriz dos Santos Alves e Matheus Thiago Carvalho Mendonça</i>	
RESUMO	86
ABSTRACT	87
1. INTRODUÇÃO	87
2. ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL	88
2.1. NOTAS PRELIMINARES ACERCA DO PROTAGONISMO JUDICIAL.....	88
2.2. UM OLHAR SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	91
2.3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF COMO PORTA PARA O ATIVISMO.....	95
3. O QUE FINNIS TEM A VER COM A LIBERDADE RELIGIOSA?.....	98
3.1. UMA BREVE LEITURA DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	98
3.2. A RELIGIÃO COMO BEM HUMANO BÁSICO EM FINNIS	100
4. O CASO CONCRETO	103
4.1. A REPERCUSSÃO DA ADO 26 SOBRE O PRECEITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	103
4.2. O POSICIONAMENTO ATIVISTA DO STF NA ADO 26.....	104
5. CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS.....	108



ReBraDir:

Revista Brasileira de
Direito e Religião

**TENSÕES NA ADO 26: ATIVISMO JUDICIAL E
LIBERDADE RELIGIOSA**

**TENSIONS IN ADO 26: JUDICIAL ACTIVISM AND
RELIGIOUS FREEDOM**

*Emily Beatriz dos Santos Alves
Matheus Thiago Carvalho Mendonça*

CIVIL SOCIETY



Associação Nacional de Juristas Evangélicos
Rua Marquês de São Carlos, 116 - Liberdade - São Paulo - SP



TENSÕES NA ADO 26: ATIVISMO JUDICIAL E LIBERDADE RELIGIOSA

TENSIONS IN ADO 26: JUDICIAL ACTIVISM AND RELIGIOUS FREEDOM

Emily Beatriz dos Santos Alves

Matheus Thiago Carvalho Mendonça

RESUMO

O presente estudo pretende analisar o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em face das liberdades de consciência e religiosa com base no julgamento da ADO 26, que criminalizou as práticas de homofobia e transfobia ao torná-las semelhantes ao crime de racismo. Para tanto, o trabalho utiliza como instrumento metodológico de pesquisa a revisão literária, sendo predominante a análise bibliográfica e jurisprudencial, concernentes à ADO 26 e referenciais teóricos destacados. O trabalho pretende investigar a natureza do ativismo judicial e seu vínculo com a judicialização. Posteriormente, demonstrar a dinâmica das liberdades de consciência e religiosa, de modo a enfatizar a constitucionalidade desta garantia e a religião como bem humano básico na teoria de John Finnis. Ao final, se analisa o caso concreto da ADO 26, sustentando a hipótese de que o posicionamento da Suprema Corte pode ser entendido como ativismo judicial ao usurpar funções legislativas em prol de manifestação ideológica ilegítima.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Liberdade Religiosa; John Finnis; STF.

¹Emily Beatriz dos Santos Alves

Graduanda em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA, Belém-PA)

² Matheus Thiago Carvalho Mendonça

Graduando em Direito na Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad Nacional de La Plata (Buenos Aires, Argentina). Graduando em Filosofia pela Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación (UNLP).

ABSTRACT

This study aims to analyze the judicial activism of the Supreme Federal Court in the face of freedom of conscience and religion

based on the judgment of ADO 26, which criminalized the practices of homophobia and transphobia by making them similar to the crime of racism. To this end, the work uses literary review as a methodological research tool, with a predominance of bibliographic and jurisprudential analysis, concerning ADO 26 and highlighted theoretical references. The work intends to investigate the nature of judicial activism and its link with judicialization. Subsequently, demonstrate the dynamics of freedom of conscience and religion, to emphasize the constitutionality of this guarantee and religion as a basic human good in John Finnis' theory. In the end, the specific case of ADO 26 is analyzed, supporting the hypothesis that the position of the Supreme Court can be understood as judicial activism when usurping legislative functions in favor of illegitimate ideological manifestation.

Keywords: Judicial activism; Religious Freedom; John Finnis; Brazilian Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, com o surgimento do constitucionalismo democrático e a universalização do *judicial review*, verifica-se a força do discurso de

proteção dos direitos humanos e das virtudes cívicas. Presencia-se uma crescente mobilização por parte de distintos atores sociais em torno à inamovível força vinculante dos valores de justiça. Esse movimento impulsionou um crescente protagonismo político do Poder Judiciário, ao depositar nele novas expectativas sobre a sua capacidade de resolver conflitos de caráter político e social não solucionados pelas instâncias político-representativas (VERBICARO, 2019).

Nesse contexto, em dezembro de 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) em face do Congresso Nacional, com o propósito de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, por ser isto (a criminalização específica), segundo os patronos da demanda judicial, decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII, CF/88). Após alguns anos, em junho de 2019, por maioria, o pleno julgou a ADO nº 26 procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para, dentre outras implicações: (1) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso

Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato de incriminação a que se referem os incisos supraditos da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; (2) declarar que, em face dos mandados constitucionais de incriminação, deve-se enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei do Racismo (Lei 7.716/89), até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

Assim, no âmbito do caso acima relatado, o presente estudo se debruça sobre as principais fundamentações elencadas na apreciação da ADO 26 e busca demonstrar que a atuação do Tribunal Constitucional foi dotada de um caráter ativista eminentemente ideológico. O estudo busca, outrossim, analisar sua repercussão no que concerne à liberdade religiosa, seus potenciais riscos e violações, destacando a religião como um bem humano básico.

Para tanto, instrumentalizando a revisão bibliográfica como método. o presente estudo, no primeiro momento, se debruça sobre o fenômeno do protagonismo judicial – especificamente sobre a judicialização da política e o ativismo judicial. Acerca desse último, investiga suas origens, diferenciações ao protagonismo político, possíveis violações ao princípio da separação de poderes e sua questionável

legitimidade. A segunda parte busca descrever a natureza constitucional da liberdade religiosa e a religião – potencialmente afetada pelo julgado em análise –, como um bem humano básico, a partir da corrente teórica jusnaturalista de John Finnis. Ao fim, se pretende realizar uma exposição analítica, prévia e básica, acerca do conteúdo da ADO 26 e apreciar possíveis reflexos do ativismo, no caso, sobre as liberdades de consciência e religiosa.

2. ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

2.1. NOTAS PRELIMINARES ACERCA DO PROTAGONISMO JUDICIAL

“O protagonismo judicial pode ser considerado gênero que congrega duas espécies distintas de fenômeno, a judicialização e o ativismo judicial” (VIARO, 2017, p. 232). No contexto de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição – no qual “[o] ‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição, [...] [mas] também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional” (HÄBERLE, 2002, p. 37) – cada um deles (a judicialização e o ativismo judicial) se prestam a ilustrar hipóteses de redimensionamento da interação de quatro principais elementos na contemporaneidade:

direito, política, sociedade e Poder Judiciário.

No plano internacional, os debates sobre a judicialização¹ têm um dos grandes marcos ao início dos anos 90, com a conferência *The Judicialization of Politics*². A conferência resultou numa coleção de escritos acerca da judicialização em diversos ordenamentos jurídicos nacionais, com destaque para o trabalho de Vallinder (1994) que introduz a temática, em sentido amplo. No curso da década seguinte ao referido evento, diversos acadêmicos debruçaram-se sobre o tema, dentre os quais destacam-se os trabalhos de Capeletti (1971), Antoine Garapon (1999), Stone-Sweet (2000), Shapiro (2002) e Ran Hirschl (2004a; 2004b). Contudo, um escrito – em certa dimensão “pioneiro” – que assume proeminência é a coletânea editada por Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995), que se tornou referência no debate da questão.

¹ Há de se observar que a judicialização tem sido trabalhada a partir de duas perspectivas principais: a primeira, comumente chamada “judicialização da política”, trata o problema pelo prisma político-institucional, com principal foco no Estado e em processos de modificação das relações entre seus Poderes; e a segunda, comumente referenciada “judicialização das relações sociais”, trata o problema pelo prisma sociocultural, conferindo maior atenção à própria sociedade e aos processos de modificação das relações entre seus agentes (CARVALHO; MARONA, 2009; VIARO, 2017; VERBICARO, 2019).

² Conferência realizada pelo *Centro Studi e Ricerche sull’Ordinamento Giudizario*, vinculado à Universidade de Bologna, em junho de 1992.

Considerando a necessidade (teórica e pedagógica) de distinguir a temática do ativismo judicial e judicialização, o presente estudo meditará primeiramente sobre a segunda, acerca da qual, em vias preliminares, Vallinder escreve:

[A judicialização seria] (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes em prejuízo dos políticos e/ou dos administradores, ou seja, a transferência dos direitos de tomada de decisão do legislativo, do gabinete ou serviço público para os tribunais, ou pelo menos, (2) a disseminação de métodos de tomada de decisões judiciais fora da própria esfera judicial. Resumindo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em uma forma de processo judicial (VALLINDER, 1994, p. 91, tradução nossa).

Nesse sentido, em uma acepção mais ampla, pode-se dizer que “a judicialização corresponde a um fenômeno complexo em que, além do elemento jurídico, estão envolvidos elementos políticos, institucionais, sociais, econômicos e também culturais” (VIARO, 2017, p. 234), que interagem em diferentes níveis, sob variadas formas, em múltiplos cenários, estabelecendo tendências de ampliação de normatização e expansão do espectro de questões passíveis de deliberação por magistrados e tribunais. Tal fenômeno não se dá por mera coincidência de questões políticas, mas “reflete, na verdade, um fenômeno que é mundial, agravado [...] pela Carta de 1988 – a *judicialização da política* que tende a trazer a politização da justiça” (FERREIRA FILHO, 1994, p. 1, grifo

original). Não é outro o entendimento de Garapon (1999), para quem o protagonismo dos tribunais é, com efeito, um fenômeno de natureza social, mas que remete ao “esvaziamento dos ideais e práticas democráticas³ que faz substituir as modernas instituições associativas, induzindo deslocamentos de legitimidade” (AVRITZER, MARONA, 2014, p. 85). Em tom similar, Verbicaro escreve:

Com a consolidação desse fenômeno [da judicialização da política] percebe-se uma certa aproximação entre o direito e a política, bem como uma **mitigação ao conceito de legitimidade democrática**, compreendida como simples representação originária do povo nas urnas capaz de legitimar a atuação dos poderes políticos constituídos, ampliando-se tal fundamento democrático para a plena realização dos direitos fundamentais (VERBICARO, 2008a, p. 157, grifo nosso).

Em continuidade, acerca das condições necessárias ou facilitadoras ao surgimento do dito processo de judicialização da política, Neal Tate (1995) enumerou algumas delas, quais sejam: a institucionalização de uma ordem democrática; a separação dos poderes do Estado e a independência do Judiciário; a universalização do acesso ao sistema de justiça; a existência de uma Constituição

(política de afirmação de direitos) que explicita direitos e valores, os quais possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos que se sintam lesados pela vontade da maioria⁴; o uso dos tribunais por grupos minoritários de interesse para a realização de seus direitos; o uso dos tribunais pela oposição para frear e controlar as deliberações majoritárias da arena política; a ineficácia das instâncias majoritárias de formação da vontade política (tal ineficácia materializa-se na ausência e/ou insuficiência as políticas públicas acertadas na arena política e na debilidade dos partidos políticos em governar com a maioria do Parlamento, gerando, com isso, uma espécie de crise de governabilidade e paralisia no processo decisório, o que culmina, quase sempre, em demandas ao Poder Judiciário); as instituições majoritárias que delegam, em alguns casos, ao Poder Judiciário, o custo político de uma decisão polêmica (trata-se de um ato de renúncia à prerrogativa de decidir a fim de evitar o enfrentamento direto com questões fortemente controversas e de grande magnitude e impacto à sociedade. Exemplo: os casos de aborto, eutanásia, adoção de crianças por casais homossexuais, etc.) (TATE, 1995, p. 27-36)

³ Nesses termos, o protagonismo do Judiciário estaria diretamente associado à generalizada desconfiança em relação às tradicionais instituições representativas; em especial, em relação aos Legislativos, permitindo assim tanto uma comunicação entre a sociedade civil e o Judiciário quanto uma forte limitação de impulsos democráticos pelo Poder Judiciário (FILGUEIRAS; MARONA, 2012).

⁴ Tese fortemente compartilhada por Ferreira Filho (1994).

2.2. UM OLHAR SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

A outra forma de manifestação no protagonismo judicial seria o chamado ativismo judicial, que – no âmbito da doutrina jurídica estadunidense – constituiu oposição à ideia de passivismo, expresso nas duas variantes do interpretativismo: o “textualismo” e o “originalismo” (CHEMERINSKY, 2006; RAMOS, 2010, p. 129). Nesse sentido, deve-se esclarecer que o *textualismo* refere-se à “teoria que requer que toda interpretação constitucional considere apenas o texto da Constituição”, ao passo que o *originalismo*, além da mera linguagem textual, abarca também “o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto” (RAMOS, 2010, p. 130).

E, de outra parte, Silva Ramos (2010) complementa ao explicar acerca do “não interpretativismo” que, por sua vez, também divide-se em (1) *conceitualismo*, que reconhece que a sociedade evolui e a lei muda, evoluindo também o significado da Constituição; e (2) *simbolismo*, “que pode ser definido pela tentativa de lançar mão das aspirações fundamentais da história e tradição norte-americanas (como definidas pela Corte) ‘para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo’” (VIARO, 2017, p. 238).

Uma vez realizadas esclarecidos tais detalhes teóricos concernentes à jurisdição constitucional estadunidense – ambiente onde deu-se o início de tais debates⁵ – deve-se observar a evidente ambiguidade do termo “ativismo judicial”, que serve para caracterizar qualquer modalidade de não “interpretativismo”, mesmo que não destoante dos postulados positivistas⁶, não olvidando a carga valorativa adquirida, que pode ser positiva ou negativa, dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais (RAMOS, 2010). Note-se, inclusive, a existência de dissensões bastante expressivas que

⁵ Marcelo Continentino explica que “o conceito de ativismo judicial tem seu ‘nascimento’ ligado a uma disputa política quanto ao papel da Suprema Corte Americana. É o resultado de uma narrativa que busca justificar como se daria o legítimo exercício da competência da Suprema Corte dos Estados Unidos” (CONTINENTINO, 2012, p. 142).

⁶ No âmbito filosófico, esse fenômeno caracteriza-se, na verdade, pelo rompimento com o formalismo clássico (o paradigma entre jusnaturalismo e positivismo), em detrimento da ascensão doutrinária *pós-positivista*, onde os conflitos jurídicos originam na dissidência de interesses particulares incompatíveis com preceitos resolutivos explícitos na norma, conforme Barroso explana: “A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre Direito e ética” (BARROSO, 2015, p. 30).

propiciaram a cunhagem do termo “juristocracia” (VIEIRA, 1994, 2008).

Contudo, em tom propositivo, pode-se dizer que o ativismo judicial seria um fenômeno caracterizado pela proatividade do Judiciário ao interpretar a Constituição associada à participação na concretização dos valores e fins constitucionais para, de alguma maneira, suprir omissões e falhas dos poderes representativos. Para Barroso (2009, p. 6), “a ideia de ativismo judicial está 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”.

Como mencionado anteriormente, a análise feita acerca do fenômeno é costumeiramente ambígua. Na perspectiva positiva, a postura “proativa” (BARROSO, 2009) do magistrado é tida como atuação “funcional necessária e oportuna” (VASCONCELOS, 2015, p. 20), como forma de “fazer valer a primazia da Constituição” (BRASIL, 2011). No sentido oposto, na perspectiva negativa, têm-se o ativismo como “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional” (RAMOS, 2010, p. 116), descambando o juiz para o voluntarismo ou “decisionismo judicial” (SARMENTO, 2007).

Contudo, sem prejuízo desse (aparente) contrassenso valorativo, é

possível constatar que tanto os que apontam críticas como os que elogiam o ativismo parecem dar como preestabelecida a percepção de que o ativismo, em suas várias matizes, transporece um incontestável afastamento do juiz do âmbito do que seria (ou poderia ser) o esperado nas suas funções corriqueiras. Os que o aplaudem, atribuem ao ativismo virtudes saneadoras de desvios, enquanto os que o rejeitam, censuram a quebra do princípio da separação dos poderes em detrimento do Estado Democrático do Direito (BRANCO, 2013).

Na sequência expositiva acerca do ativismo judicial, deve-se destacar que há pelo menos um fator que pode ser considerado essencial: “a predisposição ou vontade dos juízes e tribunais para a adoção de determinados comportamentos no exercício da atividade jurisdicional, que leva o juiz ou o tribunal a atuar fora (para além ou aquém) dos limites balizados no ordenamento” (VIARO, 2007, p. 244). Em tom similar, Ernest Young (2002) entende que o ativismo apresenta um inegável caráter comportamental, pelo que o fenômeno não ocorrerá não ocorrerá enquanto os agentes do Judiciário, por sua disposição, mantiverem sua atuação dentro dos limites previstos no ordenamento.

Para alguns autores, a exemplo de Hirschl (2004a, 2004b) e Loiane Verbicaro (2008a, 2008b), tal fenômeno é reflexo do processo de constitucionalização e

positivação de direitos, bem como a instrumentalidade processual para reivindicá-los na Constituição de 1988 (FERREIRA FILHO, 1994) e, sendo o neoconstitucionalismo mecanismo responsável por centralizar a resolução de conflitos, conferir autonomia e ampliar a atuação do judiciário para outras esferas do político. Igualmente, atribui-se sua origem as transformações dogmáticas e institucionais ocorridas no direito constitucional descendentes Segunda Grande Guerra, no século XX⁷. Segundo Barroso, tais mudanças constituíram-se através de três “marcos” resultantes do “novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo” (BARROSO, 2015, p. 28)

O neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas, que tem (i) como marco *filosófico*, o **pós-positivismo** [...]; (ii) como marco *histórico*, a **formação do Estado constitucional de direito**, após a 2ª Guerra Mundial, e, no caso brasileiro, a **redemocratização** institucionalizada pela Constituição de 1988; e (iii) como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o **reconhecimento de força normativa à Constituição** (inclusive, e sobretudo, aos princípios constitucionais), a **expansão da jurisdição constitucional** e o **desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação**

⁷ Ademais, consta-se como “marco” histórico o processo de redemocratização iniciada na Europa, em especial na Alemanha e Itália no pós-guerra e a reconstitucionalização (nos pós autoritarismo) no Brasil, fato que conferiu importância e centralidade à Constituição ante as instituições na promulgação da Constituição Federal de 1988. (BARROSO, 2005, p. 3-4)

constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação (BARROSO, 2015, p. 28, grifo nosso).

Nesse diapasão, Loiane Prado Verbicaro (2008b, p. 394) explica que “uma Constituição rica em direitos individuais, sociais e coletivos” – como reconhecidamente é o texto da Carta de 88, a chamada Constituição Cidadã –, quando associada a “uma prática judiciária que, reiteradamente, nega a efetivação de tais direitos exige uma instância julgadora capaz de assegurar a Constituição como norma diretiva fundamental” com o escopo de realizar os valores substanciais presentes em seu texto e “garantir o elo contencioso de união da política (pública governamental do Estado) ao núcleo político e valorativo do contrato social expresso na Constituição”. Dito em outro tom, é possível sustentar que o Judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço que, para o jurista argentino Zaffaroni “consiste em controlar que, nessas realizações normativas [...], [o Estado] respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana” (ZAFFARONI, 1995, p. 37)

Acerca do protagonismo do Judiciário e o chamado neoconstitucionalismo, Débora Maciel e Andrei Koerner (2002, p. 117) afirmam que “a judicialização refere-se ao novo estatuto

dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política”. Tal processo, como sustentado pelo presente trabalho, põe em risco os pilares democráticos, o que é agravado pelo sistema híbrido de controle de constitucionalidade, conforme explica Gilmar Ferreira Mendes: “O modelo de convivência entre controle difuso e concentrado produziu, na democracia brasileira, o fenômeno [...] com contornos desconhecidos nas democracias maduras. Derrotadas nas arenas majoritárias, as minorias políticas procuram revogar na Justiça as decisões da maioria” (apud MACIEL; KOERNER, 2002, p. 117).

Na prática, as inovações legislativas permitiram ao Supremo Tribunal Federal um controle maior da constitucionalidade dos mais diversos atos legislativos, sobretudo quando esses carecem de alguma validade constitucional. Com inspiração no modelo europeu, o STF “faz vezes de corte constitucional ao atuar no controle (concentrado) de constitucionalidade das leis, o que poderia situá-lo num ponto independente dos três poderes”. No entanto, por outro lado, em referência à tradição estadunidense, “ao operar na revisão judicial, [...] o STF se inclui dentre os órgãos do Poder Judiciário com competências revisionais em matéria

constitucional” (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 83).

Nesse contexto, Azevedo Campos (2014) entende que o ativismo judicial não viola o princípio da separação dos poderes, mas antes disso, existe uma notória discrepância quando se observa a confusão conceitual entre direito e Política; na sua abordagem, a própria sociedade se molda à necessidade de uma resposta além do modelo de estado moderno, que se apresenta deficitário. Logo, quando o judiciário toma uma característica ativa, busca, dentro dos ditames legais, a resolução de diversas lacunas. O autor sustenta, ainda, que a realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar e aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes

Loiane Verbicaro (2008b, p. 399) entende que “a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais que passaram a se mobilizar e a recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento e da concretização dos seus direitos” demonstraria a ampliação da participação política dos atores sociais e o engajamento da sociedade civil organizada após a democratização do país.

É precisamente nesse contexto que se insere a apreciação da ADO nº 26 à medida em que o ativismo judicial, na busca por suprimir eventuais omissões ou mesmo salvaguardar algum direito ou garantia fundamental, pode estender sua competência, no caso concreto, à competência legislativa. Mas, será tal fenômeno produtor para o chamado Estado Democrático de Direito?

2.3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO STF COMO PORTA PARA O ATIVISMO

A tradição liberal⁸, em linhas gerais, relaciona o constitucionalismo à estabilidade. Seria possível afirmar, nessa linha, que o constitucionalismo expressa aquele conjunto de regras elaborado como prevenção à discricionariedade e à negociação de interesses (AVRITZER; MARONA, 2014). A pressuposição óbvia, por assim dizer, é a que opõe o reino da política, das paixões, dos particularismos, ao do direito, da razão, dos princípios. Nesse sentido, uma das funções mais importantes daqueles limites de inspiração constitucional é, portanto, constituir obstáculos à

⁸ Por outro lado – com o escopo de desenhar uma abordagem mais abrangente – tem-se a vertente do igualitarismo, que toma o constitucionalismo como condição de possibilidade da democracia e aproxima-se da segunda onda de constitucionalização dos regimes democráticos, especialmente fundada na experiência europeia de fortalecimento e ampliação do catálogo de direitos fundamentais (AVRITZER; MARONA, 2014). Nessa linha, encontra lugar Dworkin (2001, 2007, 2010), para quem o constitucionalismo opera como fundamento moral da ordem jurídica, mas também Ely (1980), para quem os freios constitucionais, em lugar de serem antidemocráticos, podem reforçar a democracia.

construção de decisões majoritárias futuras (ELSTER; SLAGSTADT, 1988).

Assim, a ideia de Constituição assume a forma de um pré-comprometimento geracional, que – para Avritzer e Marona (2014) – resulta em, ao menos, duas consequências capitais: o (i) estabelecimento de um sistema rígido de revisão constitucional e o (ii) estabelecimento de um processo de adequação constitucional da legislação ordinária, em face da relação de subordinação que aquela ideia de Constituição impõe.

Roberto Gargarella (2013), por sua vez, aponta que o processo de independência da grande maioria dos países latino-americanos, ao longo do século XIX, deu continuidade àquela tradição constitucional clássica estabelecida na América do Norte e Europa. Na sequência, Roberto Pastor e Martinez Dalmau (2005, 2010) destacam que, ao final do século XX, novas e profundas mudanças na América Latina, induzidas pela generalizada crise política e de direitos humanos, derivada das ditaduras no continente ao longo dos anos 70, impulsionariam a reflexão crítica acerca do sistema de autoridade concentrado na figura do Executivo. Não obstante, a crise neoliberal demandaria que uma nova reflexão acerca das implicações e responsabilidades econômicas do Estado. Por fim, a proliferação de lutas sociais

complementaria o cenário turbulento. O resultado foi um amplo processo de reconstitucionalização dos estados latino-americanos que culminou com a promulgação de diversos textos constitucionais⁹ – dentre eles, o brasileiro, em 1988. “Essas experiências, que são bastante diversas entre si, impulsionaram um esforço comum de redefinição crítica da teoria constitucional, em especial em face de sua tendência de uniformização sociocultural” (AVRITZER; MARONA, 2014).

Dentre os vários fatores marcantes do Estatuto Constitucional de 1988, a enorme autonomia do Poder Judiciário é digna de nota, vez que instituiu-se um amplo sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Esse controle categoriza-se, nos termos do artigo 102 da Constituição, de duas formas: ordinária e constitucional, conforme preleciona Barroso a seguir:

Ao prestar jurisdição constitucional nos diferentes cenários pertinentes, cabe à Corte: (i) aplicar diretamente a Constituição a situações nela contempladas, como faz, por exemplo, ao assegurar ao acusado em ação penal o direito à não autoincriminação; (ii) declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, como fez no tocante à resolução do TSE que redistribuía o número de cadeiras na Câmara do Deputados; ou (iii) sanar lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais dos

Poderes, como fez ao regulamentar a greve no serviço público (BARROSO, 2015, p.35).

Desta forma, vislumbra-se que ao STF é conferido competência para a aplicação de norma infraconstitucional a casos concretos de conflito de competência entre tribunais, a julgamento criminal de parlamentares e a interpretação e aplicação da Constituição em ações diretas a processo subjetivo (BARROSO, 2015, p. 35).

O STF [...] se destaca como *guardião da Constituição* pela força vinculante de suas decisões, geralmente em sede de Recurso Extraordinário. Mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, teoricamente mais descentralizado, a competência recursal do Supremo Tribunal Federal torna ainda mais nítida sua função de guardar e uniformizar a interpretação do texto constitucional, mormente depois das modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/200322, ponto culminante do processo de reforma do Judiciário (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 83, grifo original).

Na sequência, para Luís Roberto Barroso – magistrado que atualmente compõe o pleno STF –, esse controle sobre os demais poderes demonstra que a democracia exige a “incorporação” de valores transcendentais ao conceito clássico de “governo da maioria”. Por isso, ao tribunal constitucional superior transfere-se função representativa “por sua capacidade de ser um fórum de princípios [...] de valores constitucionais, e não de política – e de razão pública [...] de argumentos que possam ser aceitos por todos os envolvidos no debate”. Esse deslocamento representativo, caracteriza-se por uma

⁹ Ademais, verifica-se a promulgação das Constituições de Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009).

“transferência de poder político” capaz de atribuir um certo protagonismo jurídico e poder criativo ao STF. É nesse ponto que a jurisdição constitucional origina a “judicialização política” e, no seu extremo, o ativismo judicial (BARROSO, 2015, p. 37-39)

Apesar de semelhante, o ativismo judicial não se confunde com a judicialização da política, pois o ativismo judicial é o julgamento tendencioso a depender de um apelo social com respaldo constitucional nos princípios e direitos fundamentais adotando uma interpretação exageradamente extensiva ao que está na Constituição ou em alguma lei infraconstitucional. É uma escolha que o juiz faz diante de um caso concreto revela-se como um problema exclusivamente jurídico (ou seja, criado pelo Direito, mas, evidentemente, com consequências em todas as demais esferas), sobre o qual a comunidade jurídica deve, primeiramente, debruçar-se no interesse de perguntar por seu sentido, para posteriormente apresentar uma resposta, na senda de um constitucionalismo democrático.

Lenio Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Lepper (2015) sugerem algumas perspectivas de abordagem acerca do ativismo: a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior

interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. No entanto, de mais a mais, retoma-se o ponto posto anteriormente, do ativismo como eminentemente “comportamental”, vez que “trata-se de conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições”. Ao final, Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 59), ao associar o ativismo ao “império da vontade”¹⁰, vaticinam: “O ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o

¹⁰ Na mesma direção, Ferreira Filho – há mais de um quarto de século atrás – lançou seu “presságio” acerca do efeito da “opinião pública” sobre a vontade dos magistrados, ao falar de um “controle ‘externo’ do Judiciário”: “[...] a justicialização (sic.) da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça. O aspecto bem visível disto está no fato de que, hoje, há magistrados que notoriamente guiam seus votos pela “opinião pública”, o que realmente significa dizer pelos meios de comunicação de massa. Estes “profetizam” os votos dos membros de uma Corte – o Supremo Tribunal Federal, por exemplo – analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias. E nisto são ajudados por membros do Judiciário que, em off, vazam informações, antecipam votos, movidos pelo desejo ou de agradar ou de justificar-se perante os “donos” da comunicação. A politização da justiça é desejada por muitos no Brasil atual. São os que batalham para a adoção do “controle externo” do Judiciário. É claro que o pretexto é a necessidade de punir a incúria de magistrados, ou de reprimir seus eventuais abusos. Entretanto, a verdadeira finalidade é outra. Trata-se de politizar a justiça no sentido de reclamar, e impor, aos juízes e tribunais um padrão politicamente correto de decisão. Evidentemente não é outra coisa que poderá resultar da ação de órgão político de controle, controlando – perdoe-se o pleonasma – no sentido forte, um órgão, em princípio, imparcial. E em favor disto invoca-se a democracia” (FERREIRA FILHO, 1994, p. 16)

prática, algo muito perigoso ao regime democrático. A violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia”.

3. O QUE FINNIS TEM A VER COM A LIBERDADE RELIGIOSA?

3.1. UMA BREVE LEITURA DA LIBERDADE RELIGIOSA

Gregorio Peces-Barba (1993) – quando do prefácio a um clássico de Bobbio – assinala que a liberdade e a igualdade situam-se numa encruzilhada em que se reúnem a reflexão sobre a política e o direito, a filosofia política e a jurídica e inclusive raízes de filosofia moral. Destaca que “aparecem no âmbito da moralidade, como *prolongamento da personalidade humana e de sua dignidade*, assumem determinadas concepções do poder (liberal, democrática e social, três aportes imprescindíveis) e realizam-se numa ideia de Estado de direito” (PECES-BARBA, 1993, p. 36-37, grifo nosso).

Tal ideia pode ser mais bem ilustrada com a referência de Alexy (1993, pp. 331-2.) ao caso *Elfes*, apreciado pelo Tribunal Constitucional Alemão (TCA). No referido caso, em apertada síntese, o recorrente, em 1953, teve negada sua solicitação de renovação de passaporte. O TCA, em janeiro de 1957, não se convenceu de que a liberdade de viajar estivesse contemplada pelo artigo 11 da Lei Fundamental (que garante a liberdade de movimento), mas fundou sua tutela constitucional no

dispositivo que diz respeito (ao direito) ao livre desenvolvimento da personalidade, a suportar uma liberdade de atuar em sentido amplo – desde que não se vulnerem os direitos dos demais, nem se atente contra a ordem constitucional ou à moral (SCHWABE, 2003, p. 19-22). Ao comentar o referido caso, Jayme Weingartner Neto, acompanhando Alexy (1993), escreve:

Desta formulação extraem-se conseqüências (sic.) de grande alcance: trata-se da liberdade de fazer ou deixar de fazer o que se queira, uma norma permissiva *prima facie* (desde que não intervenham *restrições*) – o que é dizer um direito, frente ao Estado, a que este não impeça as ações e omissões possíveis (não intervenha). E além de ações, podem-se abarcar situações e posições jurídicas neste direito geral de liberdade (a tutelar não só um “fazer”, mas também um “ser” fático e jurídico) [...]. Alexy foca, assim, o *princípio da liberdade jurídica*, que “exige que as alternativas de ação sejam afetadas o menos possível por mandatos e proibições” (WEINGARTNER NETO, 2006, p. 198, grifo original).

Em resumo, nesse ponto, o Tribunal Constitucional Alemão sintetiza sua concepção na fórmula sobre a imagem da pessoa: “um ser ético-espiritual que aspira a determinar-se e a desenvolver-se, a si próprio, em liberdade” (ALEXY, 1993, p. 342-349). Nessa linha, a Carta Política de 1988 diz que o primeiro objetivo da República é construir uma sociedade livre (art. 3º, I), assim como a inviolabilidade do direito à liberdade é assegurada no *caput* do art. 5º e a liberdade religiosa – provisoriamente compreendida como a inviolabilidade de crença, consciência e a

proteção do exercício de culto e suas liturgias em determinado espaço previsto – está contemplada no inciso IV do artigo 5º.

Portanto, seguindo Weingartner Neto (2006), é possível mencionar o conceito jurídico da liberdade religiosa, pensada como um direito complexo (*cluster right*¹¹), de vertentes subjetiva (titulares pessoas físicas e jurídicas) e objetiva – que se reveste, assim, de dimensões negativas e positivas e vincula os órgãos estatais e os particulares, sendo importante diferenciá-la do direito fundamental matricial da liberdade de consciência, e segui-la nas manifestações de crença e culto.

Pontes de Miranda (1967) aponta que os povos antigos desconheciam as garantias jurídicas da liberdade de consciência e de crença, que são inconfundíveis, vez que, para o autor, o “descrente também tem liberdade de consciência e pode pedir que se tutele juridicamente tal direito”. Após

¹¹ Gomes Canotilho e Jónatas Machado (2003, p. 370-372) tratam das liberdades publicísticas – aquelas presentes noutros direitos fundamentais que “concretizam aquele direito nos vários domínios da vida social, como sejam a liberdade de participação política, a liberdade religiosa (MACHADO, 2002, p. 16) –, enquanto direito mãe ou *cluster right*, que seria um conjunto de direitos fundamentais que a doutrina reconduz à categoria genérica de liberdades comunicativas ou liberdades da comunicação, construída como um “superconceito” com o escopo de proteger “condutas expressivas, independentemente da qualidade, realidade, significado, objetivo ou efeito do seu conteúdo”, a prescindir da análise dos objetivos espirituais ou materiais da comunicação (WEINGARTNER NETO, 2006).

reconstrução histórica, Miranda destaca que, na alvorada do Renascimento ocorre a aparição do “Homem novo”, empenhado em defender a sua crença, quer contra o Estado, quer contra a imposição de Mundo, unirreligioso, simétrico e sobrevivente, do Império romano e, nesse contexto, “brotou [...] como parcela da liberdade de pensamento, porém a frente de todas as outras parcelas, a liberdade de religião como direito fundamental” (MIRANDA, 1967, p. 110-112).

Seguindo a Jayme Weingartner Neto (2006, p. 271)., “o direito à liberdade religiosa visa a proteger o *forum internum*, de modo a impedir qualquer pressão, direta ou indireta, explícita ou implícita, às opções de fé”. Cria-se, em torno do indivíduo, uma “esfera jurídico-subjetiva” cujo “perímetro os poderes públicos e as entidades privadas devem respeitar”. Vista como instrumento de florescimento dos cidadãos, livres e iguais, a liberdade religiosa entende-se juridicamente como conceito-quadro, cujo “preenchimento positivo é, acima de tudo, uma prerrogativa essencial e ineliminável da personalidade” (MACHADO, 2002, p. 220-221).

Ao fim, considerando o exíguo suporte para a exposição do conceito, pode-se subscrever a síntese abaixo, em vias de conclusão preliminar:

Em suma, esta é a posição, direito subjetivo individual que reconhece e

assegura a liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião. A faceta negativa é, pois, inerente à liberdade religiosa, pena de abrir-se o flanco para a programação do direito fundamental, que significaria, *ipso facto* e já na raiz, sua negação. Trata-se da forma mais segura de blindar o direito contra qualquer coação (WEINGARTNER NETO, 2006, p. 272).

3.2. A RELIGIÃO COMO BEM HUMANO BÁSICO EM FINNIS

Após um período de domínio do debate jurídico pelas correntes positivistas, no início dos anos 70, John Finnis¹² – a pedido e por influência de seu orientador, H. L. A. Hart¹³ – dedicou-se a pesquisar sobre a tradição da lei natural. Inserido na tradição analítica, com a publicação de *Lei natural e direitos naturais* (FINNIS, 1980, 2007), o jusfilósofo australiano foi capaz de introduzir o debate sobre o Jusnaturalismo no centro do pensamento jurídico contemporâneo, o que ocasionou o desenvolvimento da chamada Escola Neoclássica do Direito Natural ou Nova Teoria do Direito Natural (PINHEIRO, SOUZA, 2016b).

¹² “John M. Finnis faz parte da *New School of Natural Law* (juntamente com Germain Grisez, Joseph Boyle, Robert P. George e William E. May) que, ao menos desde meados do século XX, tem realizado uma reinterpretção do pensamento de Santo Tomás de Aquino com o objetivo de promover uma revitalização do Direito Natural” (SGARBI, 2007, p. 661)

¹³ “Essa pesquisa era necessária, pois o sentido do Direito Natural havia sido fortemente mistificado, embaçado por uma nuvem de mitos e ideologias que jamais correspondeu à tradição de 2.400 anos da reflexão metajurídica, ética e política sobre o Direito” (PINHEIRO, SOUZA, 2016b, p. 4)

De “matriz aristotélico-tomista”¹⁴, a referida teoria tem como pressupostos a apreciação dos bens humanos básicos regidos pelo ser humano e da razoabilidade prática, assim como a conceituação de bem comum substancial na razão prática¹⁵, sendo a última responsável por legitimar a autoridade estatal “pela consecução de direitos humanos, que asseguram os bens humanos básicos do florescimento humano” (PINHEIRO; NEIVA, 2019, p.241).

Para Finnis. o Direito é uma instituição social que permite a realização da razoabilidade prática – conforme mencionado anteriormente – com a que os homens os chamados bens humanos básicos. O objetivo de seu principal escrito consiste basicamente em (i) identificar os bens

¹⁴ Victor Sales Pinheiro e Horácio Neiva (2019, p. 241) destacam que o mérito principal de Finnis parecer ser o de oxigenar a reflexão contemporânea com a contribuição de autores clássicos como Aristóteles e Tomás de Aquino. No tocante à teoria da justiça, a renovação do conceito de bem comum, a partir de uma concepção substancial, e não apenas instrumental, de razão prática, é relevante para refletir sobre as dificuldades de fundamentação ética das filosofias políticas que esposam teorias restritivas e deflacionadas do bem.

¹⁵ “Outro aspecto central na teoria de Finnis”, na concepção de Pinheiro e Souza (2016b, p. 7), é a “razoabilidade prática. A ciência social descritiva tem, inevitavelmente, uma dimensão de razão prática, de filosofia prática. Afinal, as ações humanas apenas podem ser pensadas quando tomadas a partir do seu fim, a partir do bem ao qual elas visam. A ação humana é uma espécie de movimento para alcançar algo”. Ora, é imperioso esclarecer que, “em Finnis, ‘a noção de ‘prático’ [...] relaciona-se à ação e à decisão que a antecede, e não diz respeito à praticidade enquanto factibilidade ou eficiência. Prático aqui, no sentido aristotélico que Finnis emprega esse termo, não é oposto ao intelectual, ao reflexivo ou ao teórico” (MENDONÇA, 2018, p. 100)..

humanos básicos¹⁶ (aspecto substancial da teoria); (ii) analisar a razoabilidade prática que os efetiva na ação humana, na vida prática (aspecto prudencial da teoria) e (iii) elucidar a epistemologia adequada¹⁷ à compreensão do Direito (PINHEIRO; SOUZA, 2016a).

Por meio da apreensão do pensamento aristotélico-tomista, Finnis aponta um método para sopesar questões e determiná-las como moralmente certas (virtudes) ou moralmente erradas (vícios). Tal método perpassa pelo questionamento do que é razoável e coerente com o fim, o escopo do indivíduo e da comunidade. Isso implica na intelecção dos chamados bens

¹⁶ Acerca disso, Finnis escreve: “Existem bens humanos que só podem ser garantidos por meio das instituições do direito humano e requisitos de razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer. O objetivo deste livro é identificar esses bens, e esses requisitos de razoabilidade prática, para assim mostrar como e sob que condições têm cabimento e de que maneiras podem ser (e frequentemente são) deficientes” (FINNIS, 2007, p. 17).

¹⁷ Finnis (2007, p. 37-40), desde o começo, aponta os problemas do positivismo, que, segundo ele, “parte de uma ingenuidade hermenêutica, de uma ilusão metodológica”. Pinheiro e Neiva (2019, p. 1-2) são categóricos a esse respeito: “O positivismo seria muito bom, se fosse factível. No entanto, o que parte do positivismo jurídico faz é ocultar o horizonte hermenêutico do qual parte”. Deve-se mencionar que embora seja intenção de Finnis descrever fenômenos objetivamente, o autor insiste que é necessário tomar-se conhecimento do caso central a partir do qual é possível estabelecer relações com os casos periféricos. Isso instaura um significado focal que torna inteligível o fenômeno que está sendo descrito (FINNIS, 2007, p. 23-25). Em alguma dimensão, “é como se Finnis estivesse afirmando que toda descrição do direito é, *ipso facto*, avaliativa. Portanto, não é possível descrever o direito sem avaliá-lo” (PINHEIRO, NEIVA, 2019, p. 6).

humanos básicos (MENDONÇA, 2018, p. 103). Sobre os bens humanos básicos:

[...] [Finnis] afirma haver certas coisas que são básicas para o ser humano aprimorar-se; coisas, das quais, ele [...] depende, enfim, para desenvolver seu potencial crescimento enquanto ser humano. Por outras palavras, esses “valores básicos para a existência humana” constituem o substrato valorativo do homem em todos os seus juízos morais. Ou seja, os *basic values*, de Finnis, operam além de princípios de todo esforço moral, também do político e jurídico. Portanto, eles possuem caráter “pré-moral”, “pré-político” e “pré-jurídico”. De todo modo, importa mais uma vez assinalar que, para nosso Autor, eles são “autoevidentes”, e mesmo que nem todos os homens os entendam e os realizem com igual intensidade, eles são universais e fundamentais (SGARBI, 2007, p. 667)

“É importante notar que Finnis aponta características fundamentais dos bens humanos básicos. São elas *objetividade*, *auto-evidência* e a *incomensurabilidade*” (MENDONÇA, 2018, p. 103). Pautado nessas características básicas, Finnis elenca uma lista – com possibilidade de expansão¹⁸ – de formas básicas de bem, como a vida, o conhecimento, a experiência estética, a sociabilidade, a razoabilidade prática e, por fim, a religião. Considerando o escopo do presente estudo – e o fato de que debruçar-se longamente sobre a teoria finnisiana seria irrealizável nessas laudas – deve-se focar no bem humano básico da religião.

¹⁸ Finnis adverte, de plano, que (i) não há necessidade de o leitor aceitar sua lista, tampouco sua nomenclatura; e admite que (ii) não seria problema admitir outras formas básicas de bem, se de fato forem finalidades básicas do agir humano (FINNIS, 2011, p. 91-92).

Nesse sentido, Souza Simões e Anna Laura Fadel (2017) explicam que religião é um valor fundamental em Finnis (2007), na medida em que o homem se expressa, também, através da religião. Deve-se esclarecer que quando o jusfilósofo australiano se refere à religião, não se tem em conta uma religião específica, nem mesmo remete a uma religião única; pelo contrário, “afirma que o aspecto religioso é um aspecto necessário, historicamente verificado nas manifestações humanas, inclusive a manifestação antiteísta”. Finnis (2007, p. 95) indica Sartre, por exemplo, que – como destaca Pinheiro e Souza (2016b) – tem como sistema filosófico um ateísmo esclarecido, que seria um humanismo existencialista, em que o homem não tem essência pré-determinada e fixa, não tem nenhum critério superior à sua própria liberdade de ação. Portanto, a relação que Finnis traça é o fato de religião estar interligada ao sentido de buscar as origens de sua existência, “uma origem transcendente da ordem universal das coisas” (SIMÕES; FADEL, 2017, p. 584-585)

Assim, se poderia entender o valor humano básico da religião como o questionamento metafísico da realidade (a crença ou descrença numa ordem universal) (GEORGE, 1999, p. 135). A consciência, por sua vez, pertence a condição metodológica da razoabilidade prática e,

define parâmetros morais extrínsecos e intrínsecos de determinação do ser e sua práxis, advindos da cognição de objetos e situações exteriores, o discernimento do bem e do mal. Entende-se que uma crença se relaciona com o ser como elemento de sua integridade, ou seja, é o resultado de um juízo de valor feito na esfera subjetiva com um objeto externo, que constituirá, posteriormente, sua identidade.

Dessa forma, ao ser constatado o vínculo entre a ação ética razoável (a partir dos bens humanos básicos) e o bem comum, é necessário que em uma ação ética razoável esteja incluso o bem comum, para a consecução da humanidade, da felicidade. O bem comum, nesse sentido, é um critério tanto ético quanto jurídico, que legitima a justiça da política (FINNIS, 2007, p. 164) . Portanto, é possível perceber uma liberdade positiva e uma liberdade negativa. Pinheiro e Souza (2016b) notam que essa dualidade constitutiva da noção de direito e dever confere ao Estado uma dupla função em relação aos bens humanos básicos: (1) uma negativa, que consiste em respeitá-los, não se intrometer neles e deixá-los como estão; e (2) uma função positiva de promovê-los, torná-los cada vez mais acessíveis, disponíveis, para que no interior de cada decisão moral plenamente livre dos homens, eles hierarquizem e priorizem esses bens (GEORGE, 1999, p. 134). Por isso o Estado promove o esporte, a música, a cultura, a

literatura e exatamente por isso também cabe ao Estado promover a religião.

4. O CASO CONCRETO

Como referido na introdução do presente escrito, o Partido Popular Socialista (PPS) apresentou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com fundamento na suposta indiferença do Congresso Nacional e mora, que, segundo os argumentos apresentados na inicial, configuraria atitude preconceituosa à comunidade LGBT por influências de grupos majoritários eminentemente confessionais.

Alega-se que a “homotransfobia” compreende o que a Constituição define como racismo (art.5º, XLII, CF) devendo ser igualmente penalizada pela norma que aborda a “discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais” (art.5º, XLI, CF). Desta forma, atribui-se ao Congresso Nacional, a obrigação de editar norma que incrimine preconceito e discriminação em decorrência da orientação sexual e identidade de gênero.

O Partido Popular Socialista postula contra o Congresso Nacional a impetração do reconhecimento da homofobia e transfobia enquadram-se no conceito de racismo (ontológico-constitucional); a mora inconstitucional do Congresso Nacional no dever de editar legislação criminal que puna a homofobia e transfobia frente às ofensas,

aos homicídios, as agressões, ameaças e discriminações em razão da orientação sexual ou identidade de gênero restando ao STF no reconhecimento de omissão e fixação de prazo razoável de um ano para elaboração da legislação criminalizadora, por fim, a Corte adote a corrente concretista geral do mandado de injunção, superando o mandado constitucional que exige lei formal aprovada pelo Congresso – em outras palavras, enquadre no crime de racismo.

4.1. A REPERCUSSÃO DA ADO 26 SOBRE O PRECEITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE RELIGIOSA

O artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal estabelece a liberdade de crença religiosa e resguarda a proteção aos locais de culto para transmissão dos ensinamentos que fundamentam fé, a qual se manifesta como um conjunto de valores comuns entre os membros da coletividade em determinada época, ou, sob uma ótica restritiva, o manancial de valores que informam o atuar do indivíduo, estabelecendo os valores para consigo e a sua própria consciência sobre o bem e o mal (GARCIA, 2010). A autora sustenta, ainda, que a fé está intimamente ligada a subjetividade do sujeito, sua forma de apreender o mundo e o seu agir em sociedade, condicionada por “referenciais superiores”.

A liberdade de consciência religiosa é a liberdade mais individual de todas, vez

que dá forma a identidade do ser e seus juízos tornam-se elementos intrínsecos ao indivíduo. Assim, o Estado não pode violar o poder de escolha do que acreditar e julgar moralmente bom, tal fundamento é primordial na defesa das liberdades individuais, visto que a cada indivíduo é permitido professar ou não quaisquer tipos de credo.

Nessa direção, observa-se o excerto a seguir, extraído do voto do Ministro Celso de Mello, relator da demanda judicial em tela:

Para esse fim, determinados grupos políticos e sociais, **inclusive confessionais, motivados por profundo preconceito,** vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra a comunidade LGBT, **recusando-se a admitir, até mesmo, as noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana, buscando embaraçar, quando não impedir, o debate público em torno da transsexualidade e da homossexualidade, por meio da arbitrária desqualificação dos estudos e da inconcebível negação da consciência de gênero,** reduzindo-os à condição subalterna de mera teoria social (a denominada “ideologia de gênero”) (BRASIL, 2019, p. 14, grifo nosso).

Essa explanação é interessante porque demonstra uma imposição de consciência pelo magistrado, onde a não aceitação a ideologia de gênero apresenta-se como ato discriminatório. Ora, a liberdade conferida pela Constituição – já abordada em momento anterior no presente trabalho – perpassa a hipótese de negar a consciência

de gênero. É manifesto que nas palavras do relator do caso há dentro dessa linha de raciocínio uma ausência normativa (já que não se trata de julgamento com vistas a tipificar a conduta, mas sim equipará-la ao crime de racismo) referente à plena liberdade de consciência religiosa, de maneira a responder objetivamente o ponto limítrofe entre o direito fundamental e o crime.

4.2. O POSICIONAMENTO ATIVISTA DO STF NA ADO 26

A Constituição estabelece no art. 22, I a competência exclusiva da União para legislar sobre direito penal, sendo esta função exercida pelo Congresso Nacional (art.48, CF/88). Tal alegação foi ratificada pelo ministro Ricardo Lewandowski (2019, p. 17), em seu voto:

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta

O voluntarismo judicial tem como fundamento primeiro a proteção da democracia por meio do resguardo de preceitos fundamentais. Ocorre que a importância da Constituição e sua interpretação jurídica não podem suprimir outros poderes, como o legislativo. Desta

forma, diz-se que houve protagonismo judicial na Constituição, de fato, após provocação. Todavia, ao longo dos anos, o poder judiciário transformou-se, sendo mais ativo em questões de inércia do Congresso Nacional em demandas sociais inalcançáveis por omissão legislativa, conforme Barroso preceitua:

A ideia de ativismo judicial está 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente da manifestação do legislador originário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público (BARROSO, 2009, p. 6).

Visando a proteção e garantia do princípio da igualdade, liberdade e dignidade sexual, com fins de mudança e inclusão social apreciou e concedeu discricionariamente a criminalização da homofobia e transfobia por equiparação atípica ao racismo com caráter *erga omnes* até sua regulamentação.

Primeiramente, deve-se dar destaque à equiparação ao crime de racismo no que tange à maneira como o ministro relator aborda a situação voltada à dignidade dos grupos sociais vulneráveis. Nos termos de seus votos a omissão legislativa bem como

uma política heterossexista transgredem de maneira cabal a própria condição humana.

É clara e nítida a conotação ideológica do relator quando sua abordagem declina de maneira enfática de estudos que vão de encontro ao que se está pleiteando na presente ação. Resta cristalino que o ativismo judicial, dentro das máximas de estudo não deve ser, em momento algum, reduzido. Todavia, ele deve ser em prol da redução de consequências já existentes de um determinado regramento jurídico.

É, antes de tudo, dever da Suprema Corte a sua ação visando a defesa e proteção dos diversos grupos e indivíduos que se encontram em flagrante posição de vulnerabilidade. Entretanto, deve-se atentar ao fato que a norma constitucional não deve ser ultrapassada quando da análise de um caso concreto por uma suposta omissão, e ter ainda mais agravada, quando em sede de controle de constitucionalidade abstrato. Em caso similar, se verifica o extrapolamento das funções jurisdicionais da Suprema Corte quando esta acaba por legislar fora de suas atribuições, já que ainda no sistema de freios e contrapesos e independência dos poderes na República e no Estado Constitucional de Direito, o órgão máximo do judiciário não poderia atuar de maneira tão ideológica como tal (BARROSO, 2009).

Ponto em que extrai o entendimento acima encontra repouso quando da leitura do

voto. O relator cita passagem que frisa que “a nota fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades, mas sim suplantar as inconstitucionalidades, para o fim de garantir a supremacia e a integralidade da Constituição” (BRASIL, 2019, p. 23)

Outro ponto que merece destaque se refere a questão da análise do porquê o ministro entende que a homofobia e transfobia devem ser equiparados ao crime de racismo.

Há uma valoração dos bens protegidos constitucionalmente. Tal efeito gera, dentro do panorama jurídico, grande valia, visto que permite a supressão da omissão estatal; porém, deve-se salientar que tais normas constitucionais e salvaguardadas como normas de direito fundamental não devem ser extensivamente aplicadas sob pena de atuação inconstitucional do próprio Supremo Tribunal Federal à medida em que o poder judiciário passa a legislar sobre matéria reservada exclusivamente ao Legislativo, fato este devidamente destacado pelo voto.

É importante o destaque às fls. 64 os seguintes dizeres:

(b) **reconhecimento imediato**, por esta Corte, *de que a homofobia e a transfobia, quaisquer* que sejam as formas pelas quais se manifestem, **enquadram-se**, *mediante interpretação conforme à Constituição,* **na noção conceitual de racismo prevista** na Lei nº 7.716/89,

em ordem a que se tenham como tipificados, **na condição de delitos** previstos nesse diploma legislativo, *comportamentos discriminatórios e atentatórios* aos direitos e liberdades fundamentais **do grupo vulnerável** LGBT.

“**revela** que a comunidade internacional **elegeu o termo racismo** como expressão **que designa, sob o mesmo signo, todas as formas** de discriminação e de intolerância que, **representando a negação da igualdade e da dignidade** que qualificam os seres humanos, **fomentam o ódio e a divisão entre** grupos sociais” (fl. 81).

A maneira como se aborda a equiparação é sobretudo em virtude do ato de menosprezar os indivíduos que compreendem a orientação sexual diversa daquele biologicamente existente.

Há de se mencionar que, no tocante à existência da liberdade de culto como direito fundamental insculpido na Constituição, segundo o relator, não deve ser, sob hipótese alguma, tolhido ou mesmo impedido pelo Estado. Ocorre que dentro da celeuma apresentada nos deparamos com a suposta existência de abusos em pensamento quando estes extrapolam os limites constitucionais e atingem determinado grupo, neste caso LGBT

encontra suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, **mesmo** que *de sua prática possam resultar, especialmente no domínio religioso ou espiritual,* posições opiniões **ou** ideias **que não reflitam** o pensamento *eventualmente prevalecente* em dado meio social **ou** que, *até mesmo,* **hostilizem severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária** de pensamento em determinada coletividade (fl.117)

É evidente que o *princípio majoritário desempenha* importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar**, *na perspectiva de uma concepção material* de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade e da liberdade, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado Democrático de Direito (fl. 142)

É de importante destaque salientar que o posicionamento do relator não busca suprimir a liberdade religiosa. No entendimento do voto, o magistrado afirma que antes de tudo a liberdade religiosa é condição fundamental e inerente ao Estado Democrático de Direito, valendo-se da premissa de que qualquer violação a isso fere gravemente a Constituição da República.

De outro modo, relaciona a omissão estatal à presença de mecanismos de inferiorização de grupos vulneráveis sob o argumento de discurso de ódio, antissemita e racial como prática que deve ser combatida de maneira acentuada. Sua tese busca respaldo na formação basilar e fundamental da República Brasileira em dois aspectos: a dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia, que nesse sentido em conhecimento específico rechaça quaisquer práticas ou condutas que busquem a desumanização daqueles considerados pertencentes a grupos vulneráveis.

Tal destaque reveste-se de relevância vez que dentro do estudo sobre o ativismo judicial, encontramos e nos deparamos com ferramentas constitucionais que permitem ao judiciário sanar omissões legislativas referentes a condutas que violam preceitos fundamentais.

No resumo do voto, o eminente ministro busca salientar de maneira dinâmica que a liberdade religiosa não adentra o campo do discurso do ódio, pois sua expressão se dá por meio de atos, condutas, comportamentos e meios que apenas visam professar determinada fé, não obstante o comportamento religioso deve ser limitado ao respeito do direito do outro. Significa dizer que dentro da sistemática constitucional a expressão de qualquer tipo de manifestação que ultrapasse a garantia da liberdade fundamental não deve ser reconhecida como direito pela sua simples invocação (BRASIL, 2019).

Uma crítica que se estabelece, mais uma vez, é o caráter ideológico pessoal na condução da relatoria sob um aspecto com viés à resolução de um problema sem que com tal fundamento seja resguardado, em sua completude, o direito ao livre pensamento em suposto entendimento majoritário.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar a liberdade religiosa e o ativismo judicial

apresentado no julgamento da ADO 26, onde a Suprema Corte equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo, usurpando competência privativa do Poder Legislativo no que tange à penalização de condutas.

A abordagem feita demonstrou que em primeiro lugar a existência de um ativismo judicial desde o processo de redemocratização do país no período pós 1988, destacando que a Constituição Federal permitiu à Suprema Corte um papel de controle concentrado de constitucionalidade, o que elevou sobremaneira a importância de seu papel judicial.

Na continuidade do trabalho abordamos a dinâmica das liberdades onde se buscou demonstrar a análise da liberdade religiosa que permite ao indivíduo a livre manifestação de suas convicções, salientando que a simples exposição de tais liberdades não deve ser compreendida como de natureza odiosa. O trabalho investigou, outrossim, a relevância da religião como bem humano básico na teoria finnisiana, de modo a sustentar a importância da religião como modo de expressão da ontologia do ser humano.

A última parte deu ênfase ao julgamento da ADO 26, concluído em junho de 2019, onde deu-se lugar a análise de alguns pontos apresentados pelos eminentes ministros da Corte – especialmente o

conteúdo do voto do Relator do caso, o Ministro Celso de Melo – bem como se destacou o ativismo judicial, criticando-o de maneira a salientar a posição ideológica tão clara em sua fundamentação.

Ao fim, é possível concluir que o Supremo Tribunal Federal deveria ter se atido a notificar/cientificar o Poder Legislativo da necessidade imperiosa de avaliar a questão, em vez de equiparar uma norma para um assunto sem regra jurídica a ser tratada. Em resumo, o estudo constatou que houve usurpação da competência privativa do Poder Legislativo e claro ativismo judicial que propicia insegurança jurídica ao atentar contra o princípio da legalidade, a qual define que uma conduta lesiva somente poderá ser caracterizada como crime se estiver expressamente previsto em lei.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie C. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 15, p. 69-94, set./dez. 2014

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o

governo da maioria. **Revista de Direito Administrativo**, Brasília, v. 240, 2005, p. 1-42

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. *In*: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Rel. Min. Ayres Britto. J. 05/05/2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Rel. Min. Celso de Mello. J. 13/06/2019

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. São Paulo: Forense, 2014

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. **Reality shows e liberdade de programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in the Contemporary World**. New York: Bobbs-Merrill, 1971

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014

CARVALHO, Ernani; MARONA, Marjorie C. Por um conceito Operacional de Judicialização da Política. **Trabalho apresentado por ocasião do 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política**. Recife, v. 4, 2009

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: principles and policies**. 3rd ed. New York: Aspen, 2006.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 193, p. 141-149, jan./mar. 2012

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001

- ELSTER, Jon; SLAGSTADT, Run. **Constitutionalism and democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988
- ELY, John. **Democracy and distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980
- FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. **Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1-17, out. 1994
- FILGUEIRAS, Fernando; MARONA, Marjorie. A corrupção, o judiciário e a cultura política no Brasil democrático. *In*: BIASON, Rita de Cássia (org.). **Temas de Corrupção Política**. São Paulo: Balão Editorial, 2012
- FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1980
- FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais**. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999
- GARCIA, Maria. A Constituição e o ensino religioso nas escolas públicas. *In*: GRIM, B. J.; LAZARI, R.; SORIANO, A. G. (org.). **Liberdade religiosa e desenvolvimento econômico**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018
- GEORGE, Robert P. **In defense of Natural Law**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism, **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004a
- HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2004b
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão:** Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2002

MENDONÇA, Matheus Thiago Carvalho. Introdução ao pensamento de John Finnis e as insuficiências juspositivistas. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, n. 14, p. 93-107, 2018

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967.** Tomo IV. São Paulo: RT, 1967

PASTOR, R. Viciano; DALMAU, R. Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *In:* CORTE CONSTITUCIONAL DEL EQUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.** Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010

PASTOR, R. Viciano; DALMAU, R. Martínez. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latino-americano. **Agora**, n. 13, p. 55-68, 2005

PECES-BARBA, Gregorio. La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio. *In:* BOBBIO,

Norberto. **Igualdad y libertad.** Barcelona: Paidós Ibérica, 1993

PINHEIRO, Victor Sales. NEIVA, Horácio L. M. Razão prática, direito e bem comum na teoria da lei natural de John Finnis. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 240-265, 2019

PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. A fundamentação ética dos direitos humanos em John Finnis. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, ano 4, n. 7, p. 65-83, jan./jun. 2016a

PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. O laicismo e a teoria da lei natural em Finnis: a religião como bem humano básico. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 3, n. 1, p. 2-22, 2016b

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010

SARMENTO, Daniel Souza (Org.). **A constitucionalização do direito:** fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. 35, n. 1, p. 73, 1947.

SCHWABE, Jürgen et al. **Cinquenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.** Trad.

- Marcela Anzola Gil.
Montevideo/Bonn/Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung/ Konrad-Adenauer-Stiftung EV/Gustavo Ibañez, 2003
- SGARBI, Adrian. O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis. **Revista da**
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 102, p. 661-689, jan./dez. 2007.
- SHAPIRO, Martin; STONE-SWEET, Alec. **On Law, Politics, and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002
- SIMÕES, Sandro A. S.; FADEL, Anna L. M. O uso de símbolos religiosos nos espaços públicos e o mito da neutralidade do secularismo nos estados modernos: uma análise da religião como um bem humano básico, à luz da teoria de John Finnis. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 553-591, jul./dez. 2017
- STONE-SWEET, Alec. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000
- STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano O. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. Judicialization and the future of politics and policy. In: TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Ed.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995
- VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics—A World-wide Phenomenon: Introduction. **International Political Science Review**, v. 15, n. 2, p. 91-99. April 1994
- VASCONCELOS, Edson de Aguiar. Possibilidade e limites da Justiça Eleitoral: riscos de um ativismo eleitoral exacerbado. **Revista Justiça Eleitoral em Debate**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 15-20, abr./jun. 2015
- VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019
- VERBICARO, Loiane Prado. Judicialização da política no Brasil: aprofundamento ou distorção da democracia. **Confluências**, Niterói, v. 10, n. 1, p. 155-184, 2008a
- VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, jul./dez. 2008b
- VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e

interpretação constitucional. *In:* DE PRETTO, R. S.; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. (Coords.). **Interpretação Constitucional no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2017, p. 231-253

VIEIRA, Oscar Vilhena. Império da lei ou da corte?. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 70-77. 1994

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracy. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 441-463. 2008

WEINGARTNER NETO, Jayme. A edificação constitucional do direito

fundamental à liberdade religiosa: Um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário:** crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.