UNIALFA - CENTRO UNIVERSITÁRIO ALVES FARIA
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO

Eduardo Pascoal Diniz

ATIVISMO JUDICIAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: um estudo do julgamento do Marco Civil da Internet (RE 1.037.396/SP) no Supremo Tribunal Federal

Goiânia
2026

EDUARDO PASCOAL DINIZ

ATIVISMO JUDICIAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: um estudo do julgamento do Marco Civil da Internet (RE 1.037.396/SP) no Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada ao Centro Universitário Alves Faria, como exigência para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional Econômico.

Orientador: Professor Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto

Goiânia

2026

Catalogação na fonte: Biblioteca UNIALFA

D585a

Diniz, Eduardo Pascoal.

Ativismo judicial e desenvolvimento econômico : um estudo do julgamento do Marco Civil da Internet (RE 1.037.396/SP) no Supremo Tribunal Federal / Eduardo Pascoal Diniz. – 2026.

135 f.: il. 30cm.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional Econômico, Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) – Goiânia, 2026.

1. Ativismo judicial. 2. Marco Civil da Internet. 3. Segurança jurídica. 4. Responsabilidade civil. I. Santos Neto, Arnaldo Bastos. II. UNIALFA. III. Título.

CDU: 347.51:004.738.5

EDUARDO PASCOAL DINIZ

ATIVISMO JUDICIAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: um estudo do julgamento do Marco Civil da Internet (RE 1.037.396/SP) no Supremo Tribunal Federal

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Alves Faria, como exigência para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional Econômico.
Orientador: Professor Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto.

Goiânia, 27 de agosto de 2026.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto
(Orientador)

_____

Professora Dra. Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães
Avaliadora Interna

_____

Professor Dr. Pedro Felippe Tayer Neto
Avaliador externo

_____

Dedico este trabalho à minha esposa Patrícia e à minha filha Maria, cujo apoio incondicional, compreensão e paciência foram o alicerce para que eu pudesse concluir esta jornada gratificante no Mestrado em Direito Constitucional Econômico. Sem o incentivo de vocês, esta conquista não seria possível.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Dr. Arnaldo Bastos Santos Neto, pela dedicação, paciência e sabedoria com que conduziu esta pesquisa. Seus ensinamentos, provocações intelectuais e direcionamentos seguros foram fundamentais para a construção e o amadurecimento das ideias desenvolvidas ao longo deste trabalho.

Ao Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA) e a todo o corpo docente do Mestrado em Direito Constitucional Econômico, por proporcionarem um ambiente acadêmico de excelência, fomentando o debate crítico indispensável para uma investigação aprofundada.

À minha esposa, Patrícia, e à minha querida filha, Maria, pelo amor incondicional, pelo suporte diário e por compreenderem as minhas inevitáveis ausências durante as incontáveis horas dedicadas ao estudo e à escrita. O incentivo de vocês foi o alicerce que me manteve firme.

Aos meus pais e demais familiares, pela base moral, pelos princípios transmitidos e por sempre acreditarem em meu potencial e nos meus sonhos.

Aos amigos, colegas de mestrado e interlocutores acadêmicos que, por meio de valiosos debates sobre a jurisdição constitucional, o ativismo judicial, a segurança jurídica e a responsabilidade civil das plataformas digitais, contribuíram direta ou indiretamente para o enriquecimento e a lapidação desta dissertação.

A todos, a minha mais profunda e sincera gratidão.

O direito é um conceito interpretativo.

Ronald Dworkin

Liberdade concedida
somente quando se sabe de antemão que seus efeitos serão
benéficos não é liberdade.

Friedrich Hayek

RESUMO

Em 2025, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.037.396/SP (Tema 987), o Supremo Tribunal Federal reescreveu o regime de responsabilidade civil das plataformas digitais que o art. 19 do Marco Civil da Internet havia fixado, substituindo a opção do legislador por uma arquitetura normativa de sua própria autoria. A decisão alcançou um setor inteiro da economia, e é dela que parte esta dissertação para investigar como se relacionam o ativismo judicial e o desenvolvimento econômico. A pergunta central é direta: em que medida esse julgamento configura ativismo capaz de comprometer as condições institucionais de que o desenvolvimento depende? Sustenta-se, como hipótese, que a Corte agiu com ativismo pronunciado e comprometeu de modo acentuado a integridade da própria fundamentação, deteriorando a segurança jurídica em suas três dimensões (a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade) e elevando os custos de transação que, na perspectiva institucionalista aqui adotada, condicionam o desempenho de uma economia. Duas razões sustentam o exame: o peso de uma decisão que redesenhou as regras de um mercado e a falta, na produção nacional, de um instrumento que reúna num só movimento a identificação do ativismo, a medida de seus efeitos sobre a segurança jurídica e a apuração de seus impactos sobre o desenvolvimento. Suprir essa lacuna é o propósito da pesquisa, que para tanto constrói o marco teórico dessa tríade, distingue o ativismo, fenômeno macroinstitucional, da discricionariedade que se aloja na argumentação de cada voto, e propõe a Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica (MAAJE), com três eixos e onze indicadores, para então aplicá-la ao caso e dele extrair um diagnóstico integrado. A pesquisa é qualitativa e assume o estudo de caso único, escolhido por ser, a um só tempo, paradigmático e crítico, a decisão desafiou um marco legislativo expresso e recente, o terreno mais exigente para a hipótese. O raciocínio é hipotético-dedutivo, e as fontes são o inteiro teor do acórdão, lido por técnica documental, e a bibliografia especializada. Os resultados confirmam boa parte da conjectura: o ativismo macroinstitucional revelou-se pronunciado, a segurança jurídica cedeu nas três dimensões e os custos de transação subiram. Um ponto, porém, escapou à previsão, o comprometimento da integridade da fundamentação, que se supunha acentuado, mostrou-se apenas moderado, pois os votos vencedores foram densos e bem construídos, o que desloca o achado para o registro de uma corroboração parcial e assimétrica, e não de confirmação plena. Conclui-se que, neste caso, a expansão da jurisdição produziu efeitos predominantemente negativos sobre as condições institucionais do desenvolvimento, sem que isso se estenda ao conjunto da atuação do Tribunal, e que preservá-las reclama da Corte uma prudência institucional que sopese, ao lado da correção jurídica, os efeitos de suas decisões sobre a estabilidade das relações econômicas.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Desenvolvimento econômico. Segurança jurídica. Supremo Tribunal Federal. Marco Civil da Internet.

ABSTRACT

In 2025, ruling on Extraordinary Appeal No. 1,037,396/SP (Theme 987), the Brazilian Federal Supreme Court rewrote the civil liability regime for digital platforms that Article 19 of the Marco Civil da Internet (Brazilian Civil Rights Framework for the Internet) had established, replacing the legislature's choice with a normative architecture of its own making. The decision reached an entire sector of the economy, and it is from this decision that the present dissertation sets out to investigate how judicial activism and economic development relate to one another. The central question is a direct one: to what extent does this ruling constitute activism capable of compromising the institutional conditions on which development depends? The hypothesis answers in the affirmative, that the Court acted with pronounced activism and markedly impaired the integrity of its own reasoning, thereby deteriorating legal certainty in its three dimensions (cognoscibility, reliability, and calculability) and raising the transaction costs that, from the institutionalist perspective adopted here, condition an economy's performance. Two reasons underpin the inquiry: the weight of a decision that redrew the rules of a market, and the absence, in Brazilian scholarship, of an instrument that brings together in a single movement the identification of activism, the measurement of its effects on legal certainty, and the appraisal of its impacts on development. Filling that gap is the purpose of the work, which to this end builds the theoretical framework of that triad, distinguishes activism, a macro-institutional phenomenon, from the discretion that lodges itself in the reasoning of each individual vote, and proposes the Matrix for the Assessment of Judicial Activism in Economic Matters (MAAJE), with three axes and eleven indicators, in order then to apply it to the case and draw from it an integrated diagnosis. The research is qualitative and adopts a single-case study, chosen for being at once paradigmatic and critical, the decision challenged an express and recent legislative framework, the most demanding terrain for the hypothesis. The reasoning is hypothetico-deductive, and the sources are the full text of the ruling, examined through documentary analysis, and the specialized literature. The results confirm much of the conjecture: macro-institutional activism proved pronounced, legal certainty gave way across all three dimensions, and transaction costs rose. One point, however, escaped the prediction, the impairment of the integrity of the reasoning, assumed to be marked, proved only moderate, since the prevailing votes were dense and well constructed, which shifts the finding into a register of partial and asymmetric corroboration rather than full confirmation. It is concluded that, in this case, the expansion of jurisdiction produced predominantly negative effects on the institutional conditions of development, without this extending to the Court's conduct as a whole, and that preserving those conditions calls for an institutional prudence on the Court's part that weighs, alongside legal correctness, the effects of its decisions on the stability of economic relations.

Keywords: Judicial activism. Economic development. Legal certainty. Federal Supreme Court. Civil Rights Framework for the Internet.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10
1 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SEGURANÇA JURÍDICA 13
1.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO 13
1.1.1 Conceitos e dimensões do desenvolvimento econômico 14
1.1.2 Desenvolvimento econômico na Constituição Federal de 1988 17
1.2 SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRESSUPOSTO DO DESENVOLVIMENTO 20
1.2.1 Dimensões da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito 20
1.2.2 Previsibilidade decisória, estabilidade institucional e ambiente de negócios 23
1.3 A INTERFACE ENTRE INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E CRESCIMENTO ECONÔMICO 26
1.3.1 A teoria institucionalista e o desenvolvimento econômico 26
1.3.2 O Poder Judiciário como garantidor da ordem econômica e agente definidor dos custos de transação 28
2 O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO 32
2.1 GENEALOGIA E CONCEITUAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL 32
2.1.1 Origens históricas e transposição para a realidade brasileira 32
2.1.2 Ativismo judicial versus judicialização da política 39
2.1.3 Tipologia do ativismo judicial 43
2.1.4 Ativismo judicial e discricionariedade decisória: distinção analítica 49
2.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS E LIMITES CONSTITUCIONAIS 54
2.2.1 Teorias da interpretação constitucional 54
2.2.2 Separação de poderes e autocontenção judicial 59
2.2.3 Legitimidade democrática das decisões judiciais 61
2.3 O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO BRASILEIRO 64
2.3.1 Constitucionalização do direito e expansão da jurisdição constitucional 64
2.3.2 O STF como protagonista institucional pós-1988 66
2.3.3 Críticas e defesas do ativismo judicial no Brasil 68
3 ATIVISMO E INTEGRIDADE ARGUMENTATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA ECONÔMICA 70
3.1 METODOLOGIA DE ANÁLISE DA DECISÃO 70
3.1.1 Critérios de seleção do caso paradigmático 73

3.1.2 A Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica (MAAJE) 75
3.2 O CASO PARADIGMÁTICO: CONTEXTUALIZAÇÃO DO RE 1.037.396/SP (TEMA 987) 79
3.2.1 Marco Civil da Internet e o regime de responsabilidade do art. 19 da Lei 12.965/2014 80
3.2.2 Trajetória processual do RE 1.037.396/SP 82
3.2.3 A decisão do Tribunal: tese fixada e modulação 84
3.3 ANÁLISE DOS VOTOS 88
3.3.1 Composição do Tribunal 88
3.3.2 Voto do Relator (Ministro Dias Toffoli) 90
3.3.3 Voto-vista convergente do Ministro Luís Roberto Barroso 94
3.3.4 Voto divergente (na tese) do Ministro André Mendonça 98
3.3.5 Demais votos: convergências, modulações e divergências 102
3.3.5.1 Votos convergentes: adesão, modulação e ênfase 102
3.3.5.2 Votos vencidos: a corrente da constitucionalidade do art. 19. 104
3.3.5.3 Síntese do quadro deliberativo 105
3.4 APLICAÇÃO DA MAAJE AO RE 1.037.396/SP 106
3.4.1 Eixo 1 — Aplicação dos indicadores de ativismo judicial 106
3.4.2 Eixo 2 — Aplicação dos indicadores de impacto sobre a segurança jurídica 111
3.4.3 Eixo 3 — Aplicação dos indicadores de impacto econômico-institucional (síntese) 113
3.4.4 Síntese diagnóstica e teste da hipótese de pesquisa 115
3.5 IMPACTOS INSTITUCIONAIS E ECONÔMICOS 117
3.5.1 Efeitos sobre a segurança jurídica em sua materialização concreta 117
3.5.2 Efeitos sobre o ecossistema digital brasileiro 119
3.5.3 Efeitos sobre o programa constitucional de desenvolvimento 121
3.5.4 Contribuição analítica e limites da investigação 122
CONCLUSÃO 125
REFERÊNCIAS 129

INTRODUÇÃO

Há, no Brasil contemporâneo, um hiato persistente entre o programa constitucional de desenvolvimento e as condições institucionais de sua realização. A Constituição de 1988 enunciou um compromisso ambicioso com o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades e com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, mas a concretização desses objetivos depende de instituições jurídicas capazes de sustentar expectativas estáveis, custos de transação previsíveis e quadros normativos que permitam aos agentes econômicos planejar a médio e longo prazo. Quando essas condições se fragilizam, o programa constitucional encontra obstáculos não em sua formulação, mas em sua viabilização cotidiana. É sob essa perspectiva que a presente dissertação examina uma configuração particular do problema: o papel que o Supremo Tribunal Federal desempenha na construção, ou na erosão, das condições institucionais de que o desenvolvimento depende.

A Constituição de 1988, como demonstra Gilberto Bercovici (2005), não se limitou a organizar o Estado e a garantir direitos individuais: incorporou um programa de transformação social que tem no desenvolvimento nacional e na redução das desigualdades os seus eixos estruturantes. A chamada Constituição dirigente, conceito que Bercovici recupera e atualiza a partir de Canotilho (1993), impõe aos poderes constituídos, inclusive ao Judiciário, o dever de concretizar objetivos que transcendem a mera manutenção da ordem. Há, contudo, uma tensão que a doutrina nem sempre enfrenta com a franqueza necessária: quando o Supremo decide em matéria econômica expandindo o alcance normativo de dispositivos constitucionais para além do que o texto e o contexto autorizariam, ele pode estar, a um só tempo, concretizando o programa constitucional e corroendo as bases institucionais, sobretudo a segurança jurídica, de que esse mesmo programa depende.

Essa tensão é o fio condutor da pesquisa, e há um julgamento recente que a torna observável em estado quase laboratorial. Em 26 de junho de 2025, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.037.396/SP, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 987) o Supremo Tribunal Federal redesenhou o regime de responsabilidade civil das plataformas digitais no país, substituindo, por construção jurisprudencial, a opção que o Congresso Nacional havia consolidado no art. 19 do Marco Civil da Internet. A Corte não decidiu apenas um litígio entre particulares: reescreveu as regras de um setor inteiro da economia. Daí a pergunta que organiza esta pesquisa: em que medida o julgamento do RE 1.037.396/SP (Tema 987) configura ativismo judicial capaz de comprometer as condições institucionais do desenvolvimento econômico?

A pergunta não admite resposta binária — não se trata de decidir se a Corte foi ou não ativista, mas de aferir em que grau e com que efeitos —, e não pressupõe o sentido do impacto, pois se admite, desde o ponto de partida, que uma decisão com traços ativistas possa, em certas configurações, favorecer o programa constitucional, e não apenas dele afastar-se.

A partir dela, o objetivo geral da investigação é avaliar em que medida o julgamento do RE 1.037.396/SP configura ativismo judicial em matéria econômica capaz de comprometer as condições institucionais do desenvolvimento (segurança jurídica, previsibilidade decisória e custos de transação), mediante a aplicação de instrumento analítico próprio, a Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica (MAAJE).

Para alcançá-lo, a investigação percorre cinco objetivos específicos. Estabelecer o marco teórico que vincula o desenvolvimento econômico à segurança jurídica e à qualidade das instituições, articulando as dimensões da cognoscibilidade, da confiabilidade e da calculabilidade com a análise institucionalista dos custos de transação e da eficiência do sistema jurídico. Delimitar o conceito de ativismo judicial, distinguindo-o da judicialização da política e da discricionariedade decisória e sistematizando a sua tipologia multidimensional. Construir a Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica, integrando os seus três eixos analíticos — ativismo judicial, segurança jurídica e impacto econômico-institucional — e os onze indicadores que os operacionalizam. Aplicar a MAAJE ao julgamento do RE 1.037.396/SP, aferindo a intensidade da expansão funcional e o grau de integridade argumentativa da decisão, os seus efeitos sobre as três dimensões da segurança jurídica e os seus reflexos sobre as condições institucionais do desenvolvimento. E formular, ao final, um diagnóstico integrado que explicita o sinal e a magnitude dos efeitos do julgamento sobre o desenvolvimento econômico.

A hipótese é a de que o julgamento do RE 1.037.396/SP configura ativismo judicial pronunciado, acrescido de comprometimento acentuado da integridade da fundamentação, com alto potencial para deteriorar a segurança jurídica em suas três dimensões — cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade — e para elevar os custos de transação de que depende o desenvolvimento econômico.

A pertinência da investigação decorre, antes de tudo, da natureza do objeto. Poucas decisões recentes do Supremo reúnem, como o Tema 987, a combinação de atualidade, alcance setorial e densidade dogmática que torna um julgado digno de exame monográfico. Ao redesenhar o regime de responsabilidade das plataformas — substituindo a opção que o Congresso havia consolidado no Marco Civil da Internet —, a Corte produziu repercussões diretas sobre os custos de operar, investir e inovar no ambiente digital brasileiro. Examinar essa

decisão é observar de perto o ponto em que a jurisdição constitucional e a ordem econômica se tensionam.

A segunda razão é de ordem teórica. O debate brasileiro sobre ativismo judicial é abundante, mas padece de um déficit recorrente: a palavra "ativismo" circula ora como rótulo de reprovação, ora como elogio, e raramente como categoria submetida a critérios verificáveis. Falta, na produção nacional, instrumento que articule, num mesmo movimento, a identificação do ativismo, a aferição de seus efeitos sobre a segurança jurídica e a apuração de seus impactos sobre as condições institucionais do desenvolvimento. É essa lacuna que a MAAJE se propõe a suprir, e nela reside a contribuição original do trabalho: não se oferece aqui mais um ensaio de opinião sobre os limites da Corte, mas um roteiro analítico que permita ao exame ir além da intuição doutrinária.

Há, por fim, uma razão de ordem prática. Compreender com precisão quando e como a expansão da jurisdição compromete — ou deixa de comprometer — a segurança jurídica não interessa apenas ao meio acadêmico: interessa a quem opera o Direito, a quem legisla e a quem decide investir sob a expectativa de um ambiente institucional estável. Um instrumento que torne esse exame replicável, aplicável no futuro a outras decisões, amplia o alcance da contribuição para além do caso ora analisado.

Quanto ao percurso metodológico, a pesquisa é de natureza qualitativa e adota, como método de procedimento, o estudo de caso único, aplicado ao julgamento do RE 1.037.396/SP. A opção por um só caso não é concessão à conveniência, mas escolha de desenho: prefere-se o exame denso de uma decisão à cobertura superficial de várias, na convicção de que o estudo de caso aprofundado autoriza generalização analítica — o refinamento de conceitos e a identificação de mecanismos —, e não generalização estatística, que um único julgado jamais permitiria. O caso foi selecionado por sua dupla condição: a de caso paradigmático, por operar como exemplar de referência para a classe dos litígios sobre responsabilidade das plataformas digitais, e a de caso crítico, por oferecer terreno de máxima exigência à análise, já que a decisão substitui um marco legislativo expresso e recente.

O raciocínio é hipotético-dedutivo. A fonte primária da análise é o inteiro teor do acórdão — os votos proferidos pelos ministros —, examinado por técnica documental; o referencial teórico que sustenta as categorias é levantado por pesquisa bibliográfica. O exame do caso opera por meio da MAAJE, construída para articular, num só movimento, a identificação do ativismo, a aferição de seus efeitos sobre a segurança jurídica e a apuração de seus impactos econômico-institucionais. A Matriz organiza-se em três eixos e onze indicadores, aferidos em escala gradativa, e não em escores numéricos — quantificar fenômenos

interpretativos produziria uma aparência de objetividade incompatível com a natureza do objeto. Sua aplicação segue protocolo uniforme: descrição do julgado, análise hermenêutica dos votos, aplicação de cada indicador e formulação de diagnóstico integrado.

Para dar conta desse percurso, a pesquisa organiza-se em três capítulos. O primeiro constrói o marco teórico que articula desenvolvimento econômico, segurança jurídica e instituições, situando o Poder Judiciário como agente cujas decisões definem, na prática, o custo de operar no ambiente institucional brasileiro. O segundo delimita o conceito de ativismo judicial, distinguindo-o da judicialização da política e da discricionariedade decisória, e reúne as categorias que a análise do caso mobilizará. O terceiro apresenta a MAAJE, aplica-a ao Tema 987 e dele extrai o diagnóstico dos efeitos do julgamento sobre as condições institucionais do desenvolvimento.

1 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SEGURANÇA JURÍDICA

1.1 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

1.1.1 Conceitos e dimensões do desenvolvimento econômico

O conceito de desenvolvimento econômico carrega consigo uma história de sucessivas ampliações que reflete, em última instância, a insatisfação teórica com definições reducionistas. Se no século XVIII bastava medir a riqueza material das nações para avaliar seu progresso, a experiência do século XX — guerras mundiais, crises financeiras, persistência da miséria em países com PIB crescente — demonstrou que acumular riqueza não equivale a desenvolver-se. Essa constatação, aparentemente trivial, encerra problema teórico de considerável complexidade, cuja compreensão é indispensável para avaliar o papel que as instituições jurídicas desempenham no processo de desenvolvimento.

Adam Smith, na Riqueza das Nações (2023), identificou nos mecanismos de mercado e na progressiva divisão social do trabalho os vetores fundamentais da prosperidade. Interessa menos, para os fins desta investigação, a dimensão propriamente econômica do pensamento smithiano do que um aspecto frequentemente negligenciado: Smith reconhecia que o funcionamento eficiente dos mercados pressupunha arcabouço institucional robusto. Ao enumerar os três deveres do soberano — defesa externa, administração da justiça e provisão de obras públicas (Smith, 2023) —, o economista escocês situou a proteção jurídica dos contratos e da propriedade como condição estrutural do crescimento, o que evidencia que, desde as origens da economia política, a segurança jurídica foi percebida não como valor acessório, mas como precondição do desenvolvimento das forças produtivas.

A primeira ruptura significativa com as teorias centradas no equilíbrio veio com Schumpeter (1988, p. 47), que caracterizou o desenvolvimento não como expansão quantitativa dentro de um fluxo circular estável, mas como processo de "mudança espontânea e descontínua nos canais do fluxo", capaz de alterar permanentemente o estado de equilíbrio preexistente. O empresário inovador, na perspectiva schumpeteriana, não otimiza combinações existentes — ele cria novas realidades econômicas por meio da introdução de produtos, processos e formas organizacionais inéditos. Essa compreensão, formulada no início do século XX, encontra correspondência visível nas transformações produtivas recentes: o advento da internet comercial nos anos 1990 e, nesta década, a disseminação das ferramentas de inteligência artificial configuram ondas de inovação cujos impactos jurídicos desafiam os tribunais brasileiros cotidianamente, em ritmo mais acelerado que o movimento legislativo consegue acompanhar.

A natureza disruptiva dos avanços tecnológicos promovidos há três décadas pelo advento da internet comercial e agora pela popularização da inteligência artificial torna mais

complexas as relações humanas e, ao mesmo tempo em oferece conforto e facilidades, produz novos perigos globais e invisíveis que afetam a vida cotidiana e a estrutura social. O sociólogo alemão Ulrich Beck (2011), conceitua essa nova realidade, permeada de riscos derivados do progresso, como “Sociedade de Risco”, a qual, por si só, em nível global, adiciona variável hermética para o desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Apesar de fundamentais, as teorias de desenvolvimento econômico construídas a partir da experiência dos países desenvolvidos enfrentam objeção de fundo quando transpostas a contextos periféricos, uma vez que não sintetizam toda a complexidade e desafios que é promover o desenvolvimento no atual estágio do capitalismo. Furtado (2009), ao formular o estruturalismo cepalino, demonstrou que o subdesenvolvimento brasileiro não é etapa transitória de um processo linear rumo ao progresso — como se bastasse percorrer o mesmo caminho já trilhado pelas economias consolidadas —, mas configuração histórico-estrutural singular, marcada pela heterogeneidade produtiva e pela dependência externa. Além disso, a natureza finita dos recursos naturais impede que o estilo de vida capitalista seja replicado em regiões periféricas, o que leva Furtado (2024, p. 87) a concluir que o “desenvolvimento econômico – ideia de que os povos pobres podem algum dia desfrutar das formas de vida dos atuais povos ricos – é simplesmente irrealizável”.

Essa advertência tem consequências diretas para o problema desta dissertação. Se o desenvolvimento periférico não pode ser alcançado pela mera replicação de modelos institucionais exógenos, então a avaliação do papel do Judiciário brasileiro na conformação das condições do desenvolvimento exige categorias analíticas próprias, sensíveis às especificidades do contexto nacional. A transposição acrítica de teorias forjadas no *common law* anglo-saxão — como parte da teoria institucionalista de North (2018) — ao sistema judicial brasileiro demanda cautela que nem sempre se observa na literatura especializada.

É justamente a dificuldade dos países subdesenvolvidos em replicar trajetórias alheias que torna atrativa a alteração do eixo desenvolvimentista na forma proposta por Sen (2010), tornando mais complexa a atividade jurisdicional na concretização de direitos fundamentais e sociais. O economista indiano operou deslocamento conceitual radical ao situar a expansão das liberdades humanas no centro do processo de desenvolvimento, transferindo o foco analítico dos meios — renda, PIB, acumulação de capital — para os fins: a ampliação do conjunto de funcionamentos valiosos acessíveis aos indivíduos. Pobreza, nessa perspectiva, não se resume à insuficiência de renda, mas representa privação de capacidades básicas que impedem as pessoas de viverem vidas que têm razão para valorizar.

A arquitetura conceitual de Sen (2010) articula cinco tipos de liberdades instrumentais mutuamente reforçadoras: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. A convergência entre essa formulação e o programa constitucional brasileiro de 1988 não é casual: o constituinte, ao subordinar a ordem econômica aos ditames da justiça social e da existência digna, antecipou, em linguagem normativa, a compreensão seniana de que o desenvolvimento autêntico não se reduz ao crescimento do produto, mas implica transformação das estruturas sociais em direção à expansão das capacidades humanas.

Tal perspectiva ilumina, ainda, tensão relevante para esta pesquisa. Sen (2010) registra que mesmo defensores de regimes autoritários como via para o crescimento econômico — a chamada "tese Lee", atribuída ao ex-primeiro-ministro de Singapura — reconhecem a importância do arranjo institucional para o desenvolvimento. Embora crescimento econômico e concretização de direitos fundamentais não sejam necessariamente antagônicos, há tensão contínua entre ambos, que demanda intervenção dos poderes instituídos para a concretização dos objetivos nacionais.

A dimensão institucional do desenvolvimento ganhou proeminência ainda maior com os trabalhos de North, prêmio Nobel de Economia em 1993. Em Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico (2018), o autor demonstrou que as instituições — entendidas como regras formais e informais que estruturam a interação humana — determinam os custos de transação e produção, influenciando decisivamente o desempenho econômico. Acemoglu e Robinson (2022), por sua vez, aprofundaram a análise institucional ao distinguir entre instituições inclusivas – que protegem direitos de propriedade, garantem sistema judicial imparcial e proveem campo igualitário para a atividade econômica — e instituições extrativas – que concentram poder político e econômico em elite restrita, extraindo renda da maioria em benefício de poucos.

A trajetória histórica brasileira, marcada por indicadores preocupantes de percepção de corrupção (Transparência Internacional — IPC 2024), evidencia a persistência de traços extrativistas que a Constituição de 1988 busca romper institucionalizando compromissos com o desenvolvimento econômico e com a concretização dos direitos fundamentais. O texto constitucional configura, nessa perspectiva, projeto deliberado de transição para instituições genuinamente inclusivas – projeto cuja realização depende, em larga medida, da qualidade com que o sistema judicial desempenha suas funções.

O percurso teórico até aqui empreendido — de Smith a Sen, de Furtado a North, de Schumpeter a Acemoglu e Robinson — converge para compreensão do desenvolvimento como

processo multidimensional que articula dinamismo produtivo, expansão de capacidades humanas, sustentabilidade e robustez institucional. Para o problema desta dissertação, a implicação é direta: o sistema judicial desempenha papel dual no processo desenvolvimentista. De um lado, deve garantir a segurança jurídica indispensável à coordenação de expectativas e à realização de investimentos de longo prazo. De outro, precisa assegurar a efetivação dos direitos fundamentais que constituem o substrato normativo do desenvolvimento humano. O equilíbrio entre estabilidade e transformação, entre previsibilidade e adaptabilidade, manifesta-se de forma aguda nas decisões judiciais em matéria econômica — e é precisamente esse equilíbrio que orienta a realização da pesquisa.

1.1.2 Desenvolvimento econômico na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 não se limitou a organizar o Estado e a garantir direitos individuais, uma vez que incorporou um programa de transformação social que tem no desenvolvimento nacional e na redução das desigualdades seus eixos estruturantes — o que a insere na tradição das constituições dirigentes e coloca o Judiciário diante de desafios interpretativos de considerável envergadura.

A teoria da Constituição Dirigente, originalmente formulada por Canotilho (1993) a partir da experiência portuguesa, encontrou em Bercovici (2005) sua mais profunda reelaboração para o contexto brasileiro. O autor sustenta que a Constituição de 1988 configura autêntica constituição dirigente ao estabelecer programa de transformação da realidade nacional, definindo fins e tarefas que vinculam os poderes públicos à persecução do desenvolvimento. Diferentemente das constituições liberais clássicas — que se limitam a organizar o poder político e a garantir esferas de liberdade individual contra a intervenção estatal —, a constituição dirigente assume função prospectiva quando projeta no tempo um modelo de sociedade a ser construído mediante ação coordenada do Estado e dos atores sociais.

A originalidade da análise bercoviciana reside na articulação entre constitucionalismo dirigente e teoria do subdesenvolvimento. Enquanto Canotilho formulou sua teoria tendo como referência a transição portuguesa para a democracia e a integração europeia, Bercovici (2005) demonstra que a constituição dirigente adquire significado próprio em contextos periféricos, onde não se trata apenas de conformar juridicamente ordem econômica já consolidada, mas de promover transformação estrutural capaz de superar o subdesenvolvimento. A Constituição de 1988, nessa perspectiva, não apenas regula a economia existente — ela projeta economia e sociedade qualitativamente distintas.

A tensão entre constituição formal e constituição real, que Bercovici (2005) identifica como desafio central do constitucionalismo dirigente periférico, possui implicações diretas para a investigação proposta. Se o hiato entre as promessas constitucionais e a realidade socioeconômica é amplo — como o é no Brasil —, surge inevitavelmente a questão de quem deve promover a aproximação entre ambas. O Legislativo, por meio de políticas públicas? O Executivo, pela implementação de programas governamentais? Ou o Judiciário, pela concretização direta de direitos fundamentais? A resposta, evidentemente, não é excludente. Mas a forma como cada poder exerce sua parcela de responsabilidade nesse processo define, na prática, os contornos do arranjo institucional.

Grau (2018) enfatiza que os objetivos fundamentais da República possuem natureza jurídica vinculante, operando como vetores interpretativos que condicionam a compreensão de todo o sistema constitucional. O desenvolvimento, assim constitucionalmente qualificado, deixa de ser opção política contingente para converter-se em imperativo jurídico. Essa vinculatividade é relevante: ela significa que nenhum dos poderes pode simplesmente ignorar o programa desenvolvimentista sem incorrer em inconstitucionalidade por omissão. Mas não significa — e aqui está o ponto que frequentemente se perde no debate — que qualquer dos poderes possa, isoladamente, determinar os meios para a consecução dos fins constitucionais.

Os princípios enumerados no artigo 170 da Constituição Federal — soberania nacional, propriedade privada e sua função social, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, entre outros — não são meras diretrizes programáticas desprovidas de força jurídica. Funcionam como normas-objetivo que conformam a atividade hermenêutica: toda interpretação de dispositivo constitucional relativo à ordem econômica deve ser conduzida de modo a realizar, e não a frustrar, a convergência entre esses princípios e os objetivos fundamentais inscritos no artigo 3º. Quando o STF interpreta normas de natureza econômica, portanto, não opera em vazio axiológico — opera dentro de moldura que o próprio constituinte delimitou, e cujos contornos não podem ser arbitrariamente alargados nem indevidamente comprimidos.

O advento da teoria da força normativa da Constituição (Hesse, 1991) contribuiu para superar a concepção de normas constitucionais programáticas como meras declarações de intenção desprovidas de eficácia jurídica. Contudo, como adverte Bercovici (2005), essa evolução culminou, em parcela significativa da doutrina brasileira, no instrumentalismo constitucional — crença de que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas, dispensando a mediação legislativa e a deliberação democrática. Trata-se de Teoria da Constituição desprovida de Teoria do Estado e de política.

Silva (2008) reforça essa preocupação ao demonstrar que, nos países subdesenvolvidos, a escassez de recursos impede que direitos sociais sejam tratados como se tivessem a mesma estrutura dos direitos individuais. Magistrados não podem ignorar as políticas públicas já existentes, concedendo de forma irracional e individualista medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário. A advertência é contundente e toca diretamente no problema do ativismo: a concretização judicial de direitos sociais, quando desacompanhada de consideração sobre os impactos sistêmicos da decisão, pode comprometer o próprio programa constitucional que pretende realizar.

A redução da importância da Teoria do Estado em favor da adoção irrestrita da Teoria da Constituição Dirigente — fortemente influenciada por viés ideológico, como observa Bercovici (2005) — constitui fator de inquietação em razão do potencial que detém para sabotar o programa de superação do subdesenvolvimento escolhido pelo constituinte. Esse programa pressupõe ações coordenadas dos três poderes em direção ao mesmo objetivo, e não a substituição dos demais pelo Judiciário.

A compreensão da Constituição como expressão de um estágio de desenvolvimento cultural — na formulação de Häberle (2016), como meio da própria afirmação cultural de um povo, reflexo de sua herança e fundamento de novas esperanças — exige interpretação constitucional realista, com as mediações necessárias entre texto e realidade. Essa perspectiva culturalista oferece contraponto ao instrumentalismo: a Constituição não é ferramenta de engenharia social à disposição de quem quer que seja, mas moldura normativa cujos sentidos se constroem historicamente.

A interface entre constituição dirigente (Bercovici, 2005) e teoria institucionalista do desenvolvimento (North, 2018) permite qualificar o projeto constitucional de 1988 como tentativa deliberada de institucionalização de arranjos inclusivos, rompendo com o legado histórico de exclusão que caracterizou a formação brasileira. A constitucionalização de direitos fundamentais universais, mecanismos de participação democrática e compromissos redistributivos configura programa de transformação institucional orientado à superação do subdesenvolvimento. A mera positivação constitucional, porém, não garante sua efetividade — a persistência de práticas extrativistas reforça o hiato entre a constituição formal e a constituição real.

Nesse contexto de tentativa de transformação das instituições e de busca pelo desenvolvimento econômico, a segurança jurídica assume função ambivalente. De um lado, constitui pressuposto indispensável ao processo desenvolvimentista: a previsibilidade das regras e decisões estatais reduz os custos de transação e estimula o investimento produtivo de

longo prazo. De outro, a realização do programa constitucional dirigente pode demandar transformações jurídicas que tensionam expectativas consolidadas.

A constituição dirigente, ao projetar futuro distinto do presente, estabelece dinâmica de mudança que desafia a estabilidade das ordens jurídicas consolidadas, pois confere ao Poder Judiciário o protagonismo para concretizar imperativos constitucionais sem ter que, necessariamente, transpor as dificuldades políticas inerentes aos poderes eleitos. Essa atribuição constitucional exige cautela na mediação jurídica entre estabilidade e transformação em matéria econômica para que o princípio republicano não seja desvirtuado em vista de um governo jurídico.

1.2 SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRESSUPOSTO DO DESENVOLVIMENTO

1.2.1 Dimensões da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito

A compreensão do programa constitucional desenvolvimentista permaneceria incompleta sem o exame do elemento que lhe confere operacionalidade institucional: a segurança jurídica. A Constituição dirigente de 1988, ao estabelecer mandato vinculante de transformação socioeconômica, pressupõe ambiente normativo dotado de estabilidade e previsibilidade — sem os quais os agentes econômicos e os próprios poderes constituídos carecem das condições mínimas para coordenar suas ações em torno dos objetivos constitucionais.

O princípio da segurança jurídica constitui, nas palavras de Canotilho (1993), uma das vigas mestras da ordem jurídica no Estado de Direito, porquanto o ser humano necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. A formulação do constitucionalista português evidencia dimensão que transcende a técnica jurídica: a segurança jurídica responde a exigência antropológica fundamental — a possibilidade de que os indivíduos orientem suas condutas com base em expectativas razoáveis acerca das consequências jurídicas de seus atos.

Essa dimensão existencial conecta-se diretamente com a teoria do desenvolvimento como expansão das liberdades. Sem segurança quanto ao ambiente normativo em que opera, o indivíduo vê cerceada sua capacidade de planejar o futuro — privação de liberdade que compromete não apenas a eficiência econômica, mas a própria dignidade da pessoa humana. Sarlet (2004) reforça essa articulação: a dignidade humana não restará suficientemente protegida em contextos nos quais as pessoas estejam expostas a grau de instabilidade jurídica

tal que não mais se encontrem em condições de confiar nas instituições sociais e estatais, incluído o próprio Direito.

A doutrina trabalha classicamente com duas dimensões do princípio: a objetiva, voltada à estabilidade do ordenamento, e a subjetiva, concernente à proteção da confiança dos cidadãos nos atos do poder público. Canotilho (1993) observa que esses dois princípios andam estreitamente associados: a segurança jurídica conexiona-se com elementos objetivos da ordem — garantia de estabilidade, orientação e realização do Direito —, ao passo que a proteção da confiança vincula-se mais diretamente com as componentes subjetivas, designadamente a calculabilidade e a previsibilidade em relação aos efeitos dos atos públicos.

Couto e Silva (2005), ao transpor essa construção para o direito público brasileiro, apontou que a dimensão objetiva da segurança jurídica relaciona-se com a irretroatividade dos atos estatais e com a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada — institutos expressamente consagrados no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A dimensão subjetiva, elaborada originariamente pela jurisprudência dos tribunais administrativos alemães e incorporada ao direito comunitário europeu como princípio fundamental, impõe ao poder público o dever de respeitar a confiança depositada pelos cidadãos na legitimidade e na permanência dos atos estatais. A importação dessa construção para o direito brasileiro consolidou-se na legislação — a exemplo do artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/99, que reconhece a proteção da confiança como exigência inafastável do Estado Democrático de Direito.

É nesse marco conceitual consolidado que a obra de Humberto Ávila representa contribuição analítica diferenciada. Ávila (2025) propõe reformulação que supera o esquema bidimensional clássico, construindo o trinômio cognoscibilidade-confiabilidade-calculabilidade como estados ideais que articulam as perspectivas estática e dinâmica da segurança jurídica. A opção terminológica é deliberada: substituir "determinação" por cognoscibilidade, "imutabilidade" por confiabilidade e "previsibilidade" por calculabilidade visa a evitar os sentidos absolutos que os termos tradicionais evocam e a adotar postura epistemológica mais realista acerca das possibilidades e dos limites do Direito como instrumento de orientação de condutas.

Ainda nas lições de Ávila (2025), a cognoscibilidade constitui a dimensão estática: refere-se à capacidade dos cidadãos de compreenderem as normas jurídicas que regem suas condutas. Não se exige sentido unívoco, mas que as normas sejam suficientemente acessíveis, claras e determináveis para que os destinatários possam identificar as alternativas interpretativas e orientar-se racionalmente. A confiabilidade e a calculabilidade compõem a

dimensão dinâmica, referindo-se ao problema da ação no tempo. A confiabilidade designa o estado ideal em que o cidadão pode identificar quais mudanças normativas são admissíveis e quais são vedadas. A calculabilidade refere-se ao estado em que é possível antecipar como e quando as mudanças podem ser realizadas.

A articulação entre as três dimensões é sistêmica: a cognoscibilidade é pressuposto da confiabilidade e da calculabilidade, pois sem compreensão adequada do Direito vigente não é possível confiar na sua permanência nem calcular os efeitos de suas eventuais alterações. A segurança conquistada por uma dimensão será solapada pela ausência de qualquer das demais.

Esse arcabouço dialoga produtivamente com a teoria institucionalista de North (2018). As três dimensões da segurança jurídica correspondem, em termos econômico-institucionais, às condições necessárias para a redução dos custos de transação: normas compreensíveis reduzem custos de informação; normas estáveis reduzem custos de monitoramento; normas calculáveis reduzem custos de planejamento e de contingência. A insegurança jurídica opera, nessa perspectiva, como fator de elevação dos custos de transação que compromete a eficiência alocativa e desestimula investimentos produtivos de longo prazo.

A Constituição de 1988 consubstancia a segurança jurídica em múltiplas disposições que conformam o que Ávila (2025) denomina a superestrutura constitucional da segurança jurídica. A carta define autoridades competentes, atos a serem editados, conteúdos a serem regulados, procedimentos devidos e matérias a serem tratadas, potencializando os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. Nesse aspecto, Ávila (2025) identifica o fenômeno como protegido constitucionalmente em múltiplas facetas: segurança do Direito (qualidade intrínseca do ordenamento), segurança pelo Direito (função protetiva perante os cidadãos), segurança frente ao Direito (proteção contra mudanças abruptas), segurança dos direitos (intangibilidade de posições jurídicas consolidadas) e segurança como direito (pretensão subjetiva exercitável contra atos estatais incompatíveis com a previsibilidade normativa).

A dupla condição da segurança jurídica — como princípio estruturante e como direito fundamental — é enfatizada por Sarlet (2004), que demonstra sua dimensão objetiva, impondo ao Estado deveres de proteção mediante medidas positivas e eficazes, e sua dimensão subjetiva, conferindo aos cidadãos pretensão exercitável contra atos que comprometam a estabilidade de suas posições jurídicas. Essa compreensão reforça a tese de que eventual omissão estatal na promoção de níveis satisfatórios de segurança jurídica configura violação da proibição de proteção insuficiente, com consequências relevantes para a análise do ativismo judicial: decisões que, a pretexto de concretizar direitos ou promover objetivos desenvolvimentistas,

comprometam sistematicamente a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do ordenamento podem, paradoxalmente, minar as condições institucionais indispensáveis à realização daqueles mesmos objetivos.

Cumpre ressaltar, porém, que a segurança jurídica não equivale à predeterminação absoluta dos resultados interpretativos. Ávila (2025) formula definição que sintetiza essa complexidade ao conceituá-la como norma-princípio que exige dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a adoção de comportamentos que contribuam para a existência, em benefício dos cidadãos e na perspectiva destes, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais. O conceito desloca o foco analítico do resultado isolado para o processo de aplicação: a segurança jurídica realiza-se não pela rigidez interpretativa, mas pela racionalidade e controlabilidade das estruturas argumentativas empregadas pelos órgãos jurisdicionais.

Para a análise do ativismo judicial, a implicação é direta e significativa. Decisões judiciais inovadoras não violam necessariamente a segurança jurídica, desde que fundamentadas em estruturas argumentativas racionais, transparentes e controláveis. Inversamente, decisões formalmente conservadoras que se apoiem em argumentos inconsistentes ou arbitrários podem comprometer a segurança jurídica de modo mais grave do que mudanças jurisprudenciais bem fundamentadas. O critério de avaliação desloca-se da simples manutenção do status quo interpretativo para a qualidade argumentativa e a coerência sistêmica das decisões.

1.2.2 Previsibilidade decisória, estabilidade institucional e ambiente de negócios

As dimensões normativas da segurança jurídica examinadas no item precedente adquirem concretude quando projetadas sobre a atividade jurisdicional e seus impactos no ambiente econômico. A previsibilidade decisória constitui a dimensão operacional da calculabilidade projetada sobre o exercício da jurisdição: a capacidade dos agentes de anteciparem, com razoável grau de acerto, os resultados das decisões judiciais sobre matérias que afetam suas atividades produtivas.

Quando os tribunais decidem de maneira oscilante, contraditória ou desprovida de padrões argumentativos identificáveis, eleva-se a incerteza e, consequentemente, os custos de transação, ou seja, à luz da teoria de North (2018), quanto maior a incerteza acerca do comportamento jurisdicional, mais elevados serão os custos que os agentes econômicos

precisam suportar para monitorar, prever e proteger-se contra decisões adversas — custos que não geram valor produtivo e representam peso morto sobre a economia.

Os dados empíricos disponíveis conferem materialidade a esse argumento teórico. O relatório Justiça em Números (2026), publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, revela sistematicamente taxas de congestionamento e tempos de tramitação que comprometem a funcionalidade econômica da prestação jurisdicional. No mesmo sentido, os indicadores do antigo *Doing Business* do Banco Mundial (2020) — substituído pelo projeto B-READY (*Business Ready*) — posicionavam historicamente o Brasil em patamares desfavoráveis no indicador de execução de contratos (*Enforcing Contracts*), refletindo a percepção dos agentes econômicos de que o sistema judicial brasileiro opera com custos e prazos incompatíveis com a dinâmica da atividade produtiva.

Pinheiro (2009), ao investigar empiricamente a relação entre Judiciário e desempenho econômico, corroborou essa percepção ao demonstrar que a morosidade judicial é vista pelos agentes como fator autônomo de elevação do risco institucional, desestimulando investimentos de longo prazo e encarecendo o custo do crédito. O spread bancário brasileiro, sistematicamente superior ao de economias com nível de desenvolvimento comparável, reflete, entre outros fatores, a incorporação da incerteza judicial no cálculo de risco das instituições financeiras.

Por sua vez, Timm (2014), ao examinar a interseção entre direito e economia no contexto brasileiro, formulou metáfora esclarecedora: a imprevisibilidade judicial funciona como espécie de imposto invisível sobre a atividade produtiva — tributo que não gera receita para o Estado nem financia serviços públicos, mas onera a economia ao forçar os agentes a absorverem custos defensivos que poderiam ser destinados a investimentos produtivos. Tal analogia capta com precisão o mecanismo pelo qual a insegurança decisória subtrai recursos do circuito produtivo.

Na mesma linha de intelecção, North (2018) explica que o custo de transação será elevado, mediante a inclusão de um prêmio de risco, em razão da incerteza jurídica que gravita a probabilidade de descumprimento do contrato pela outra parte. E arremata (2018, p. 10), “a evolução de instituições que geram um ambiente favorável a soluções cooperativas para trocas complexas propicia crescimento econômico”.

Ávila (2025) adverte, contudo, que a segurança jurídica não proíbe a mudança do Direito — o que seria irrazoável em ordenamento que se pretende dinâmico. O que o princípio veda é que as mudanças ocorram de maneira abrupta e com intensidade desproporcional, surpreendendo os destinatários que confiaram e tinham razão legítima para confiar na permanência das orientações vigentes. A distinção entre mudança legítima e ruptura da

confiança é decisiva: ela permite diferenciar a evolução jurisprudencial saudável, que atualiza o Direito em consonância com as transformações sociais, da instabilidade decisória patológica, que corrói as bases institucionais do desenvolvimento.

Essa distinção encontra respaldo normativo no Código de Processo Civil de 2015, cujos artigos 926 e 927 impõem aos tribunais o dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente. O sistema de precedentes vinculantes não constitui mera técnica processual de racionalização do contencioso, mas instrumento de concretização da segurança jurídica enquanto pressuposto institucional do desenvolvimento econômico.

Observa-se que a estabilidade institucional transcende a previsibilidade das decisões individuais para abranger a permanência e a coerência do quadro regulatório como um todo. Logo, quando o STF altera orientação consolidada sobre matéria tributária, regulatória ou contratual, os efeitos não se circunscrevem às partes do processo: irradiam-se por todo o sistema econômico, afetando expectativas, planos de investimento e decisões de alocação de recursos. A irradiação da jurisprudência da Corte Suprema para a atividade hermenêutica das instâncias inferiores impõe especial cautela ante a possibilidade de mitigação inadequada da proteção constitucional da segurança jurídica.

Sarlet (2004) reforça a relevância da estabilidade: os órgãos estatais, como corolário da segurança jurídica e da proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais, mas estão sujeitos a certa autovinculação em relação aos atos anteriores.

Apesar de afetar todo o sistema econômico, na perspectiva distributiva, a insegurança jurídica não afeta todos os agentes de modo uniforme: seus custos recaem desproporcionalmente sobre aqueles com menor capacidade de absorção de riscos — pequenos e médios empresários, trabalhadores, comunidades vulneráveis — que dispõem de recursos limitados para litígios e consultoria especializada.

A insegurança jurídica opera como fator de ampliação das desigualdades que o programa constitucional se propõe a superar, comprometendo as facilidades econômicas e a segurança protetora que Sen (2010) identifica como liberdades instrumentais essenciais. Essa convergência entre análise institucional e análise distributiva reforça a compreensão de que a segurança jurídica não constitui valor conservador a ser contraposto ao programa transformador da Constituição, mas condição necessária à própria realização desse programa, sob pena de, inversamente ao mandamento constitucional, ampliar as desigualdades sociais e regionais corroendo as bases necessárias para o desenvolvimento nacional.

Outro fator que merece destaque é que a incerteza jurídica provocada pela oscilação decisória, como advertiu Lafer (2018), vem promovendo gradual substituição do governo das leis pelo imponderável governo dos homens — por mais bem-intencionadas que sejam suas condutas. Nesse cenário, em que as decisões judiciais dependem em larga escala da vontade do magistrado, a cognoscibilidade do Direito torna-se difícil, comprometendo por consequência a calculabilidade e a confiabilidade.

Mecanismos como a modulação de efeitos temporais das decisões judiciais — prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99 e nos artigos 525 e 927, §3º, do CPC/2015 — e a fixação prospectiva de novos entendimentos constituem instrumentos de conciliação entre o imperativo transformador da constituição dirigente e a exigência de segurança indispensável ao funcionamento eficiente da economia. Esses mecanismos evidenciam que o legislador brasileiro reconhece a necessidade de proteger a confiança dos cidadãos mesmo quando o ordenamento se modifica – reconhecimento que impõe ao Judiciário dever correspondente.

1.3 A INTERFACE ENTRE INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E CRESCIMENTO ECONÔMICO

1.3.1 A teoria institucionalista e o desenvolvimento econômico

O reconhecimento de que as instituições importam para o desenvolvimento, embora hoje amplamente aceito, representa conquista teórica relativamente recente. Durante décadas, a economia do desenvolvimento concentrou-se em variáveis estritamente materiais — acumulação de capital, dotação de recursos naturais, progresso tecnológico – sem atribuir peso adequado aos arranjos normativos e organizacionais que estruturam a interação humana.

North (2018) define instituições como as regras do jogo em uma sociedade – restrições elaboradas pelos seres humanos que moldam a interação. Essa definição abarca regras formais (constituições, leis, regulamentos), informais (convenções, códigos de conduta, normas sociais) e os mecanismos de aplicação que garantem sua efetividade. A distinção é relevante: o direito positivo constitui apenas uma dimensão do arcabouço institucional, cuja eficácia depende de sua articulação com as normas informais vigentes e da capacidade dos mecanismos de *enforcement*.

O autor em questão (2018) elabora analogia esclarecedora: as instituições são as regras do jogo; as organizações, os jogadores que buscam a vitória. A qualidade do jogo — o sucesso ou não de equipes que transgridem as normas e intimidam adversários — depende da eficácia da vigilância e da severidade das penalizações. Trata-se de um arranjo que, a despeito da

verticalidade da relação, prima pelo mutualismo, pois as organizações, embora operem dentro do quadro de restrições estabelecido pelas instituições, também atuam como agentes de mudança institucional, pressionando por alterações que favoreçam seus interesses — por vias legais ou ilícitas, mediante *lobby*, contratos fraudulentos ou financiamento irregular de campanhas.

A contribuição central de North (2018) reside na demonstração de que as instituições determinam os custos de transação e de produção. Em economias com instituições que protegem direitos de propriedade, garantem cumprimento de contratos e estabelecem regras claras e estáveis, os custos de transação tendem a ser menores, liberando recursos para investimentos produtivos. Onde as instituições são frágeis, imprevisíveis ou capturadas, os agentes dedicam parcela crescente de seus recursos a atividades de proteção e contingência que não geram valor agregado.

Convém registrar, entretanto, que a teoria institucionalista não é monolítica e comporta críticas relevantes que uma investigação rigorosa não pode desconsiderar. Chang (2004), em estudo histórico de amplo escopo, demonstrou que os países hoje desenvolvidos não adotaram, durante seus períodos de crescimento acelerado, as chamadas boas instituições que a ortodoxia contemporânea prescreve aos países em desenvolvimento. Protecionismo comercial, intervenção estatal direta e restrições à livre circulação de capitais foram práticas correntes na trajetória de industrialização da Inglaterra, dos Estados Unidos e da Alemanha — práticas que, paradoxalmente, esses mesmos países condenam quando adotadas por economias periféricas. A crítica de Chang (2004) não invalida a tese institucionalista, mas a qualifica: a relação entre instituições e desenvolvimento não é linear nem universal, e a transposição acrítica de modelos institucionais exógenos pode produzir resultados perversos quando desconsideradas as condições históricas e estruturais específicas de cada contexto.

A ressalva é particularmente pertinente para o caso brasileiro por se tratar de economia ainda em desenvolvimento que, no entanto, paradoxalmente, no campo judicial, busca a máxima concretização da dignidade da pessoa humana. Nessa seara, merece destaque a distinção entre instituições formais e informais apresentada por North (2018), uma vez que a eficácia das primeiras depende de sua articulação com as segundas.

No Brasil, a coexistência entre um aparato normativo formal de razoável sofisticação e práticas informais enraizadas — a cultura do jeitinho, os padrões clientelistas de relação com o poder público, a informalidade econômica que alcança parcela expressiva da força de trabalho, a demonização do empresário — evidencia descompasso que condiciona a eficácia das instituições jurídicas. A mera positivação de regras formais sofisticadas não garante sua

efetividade quando as normas informais vigentes na sociedade operam em sentido contrário. Essa compreensão é indispensável para avaliar o alcance real das decisões do STF em matéria econômica: uma decisão juridicamente correta pode produzir efeitos imprevistos quando projetada sobre ambiente institucional informal que o julgador não levou em consideração.

Acemoglu e Robinson (2022) aprofundam a análise ao demonstrar que instituições inclusivas — aquelas que permitem e estimulam a participação dos indivíduos em atividades econômicas, proporcionando proteção de propriedade, sistema judicial imparcial e provisão de serviços públicos que garantam campo igualitário — constituem precondição do crescimento sustentado. Instituições extrativas, por outro lado, não fornecem incentivos adequados à inovação e ao investimento produtivo, precisamente porque qualquer ameaça ao poder da elite dominante é sistematicamente neutralizada.

O Poder Judiciário ocupa posição singular nessa arquitetura: por um lado, integra o aparato estatal e está sujeito às pressões que afetam as demais organizações públicas; por outro, sua função constitucional de guardião das regras do jogo confere-lhe potencial para operar como contrapeso às tendências extrativistas dos demais poderes. A independência judicial, nessa perspectiva, não constitui privilégio corporativo, mas arranjo constitucional destinado a preservar a capacidade do Judiciário de funcionar como garante da inclusividade institucional.

A teoria institucionalista oferece, portanto, marco analítico que permite compreender por que a qualidade do sistema jurídico constitui variável determinante do desenvolvimento. As instituições jurídicas não são mero reflexo superestrutural das relações econômicas, mas fator constitutivo das condições que possibilitam ou obstaculizam o crescimento sustentado.

A implicação para o objeto desta dissertação é direta: decisões judiciais que comprometem a previsibilidade e a estabilidade do ambiente normativo — ainda que inspiradas pelo propósito de concretizar direitos — podem fragilizar as próprias condições institucionais de que dependem os objetivos constitucionais. É com essa consciência que se deve examinar o papel do Judiciário na conformação do ambiente propício ao desenvolvimento.

1.3.2 O Poder Judiciário como garantidor da ordem econômica e agente definidor dos custos de transação

Compreender o Poder Judiciário como instituição central para o funcionamento da ordem econômica exige que se abandone a perspectiva que o concebe como mero árbitro de litígios para situá-lo no quadro da teoria institucionalista. Sobre o sistema judicial recai a responsabilidade última de conferir efetividade às regras que estruturam a atividade produtiva,

e cada decisão judicial em matéria econômica integra o sistema de sinais normativos que define, na prática, o custo de operar no ambiente institucional brasileiro.

O Poder Executivo ao longo das décadas foi percebido como o principal ator institucional para a promoção do desenvolvimento econômico, no entanto, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o advento do neoconstitucionalismo, este tendo como marco teórico as "mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional" (Barroso, 2005, p. 12), que alçou o Poder Judiciário ao ápice do protagonismo institucional ao situá-lo como agente último no controle de políticas públicas, na concretização de direitos fundamentais e na definição da legitimidade das escolhas para o desenvolvimento nacional.

O protagonismo do Poder Judiciário na esfera econômica é maximizado pela crescente judicialização de questão tradicionalmente reservadas ao campo político. Tal fenômeno é destacado por Barroso (2024) que aponta que os magistrados deixaram de ser mero departamento técnico e passaram a exercer papel político ao lado do Legislativo e do Executivo.

Nesse cenário, o mandamento constitucional de desenvolvimento econômico impõe ao Poder Judiciário a incorporação de atividades políticas e técnicas para além da atividade judicial em sentido estrito. Não basta a mera aplicação de normas jurídicas desprovida de elementos técnicos capazes de elucidar empiricamente os efeitos práticos da decisão no ambiente econômico.

A teoria dos custos de transação, cujas raízes remontam a Coase (2017), oferece instrumental analítico preciso a ser integrado na hermenêutica jurídica. Custos de transação compreendem os dispêndios para identificar oportunidades de troca, negociar termos contratuais, monitorar o cumprimento das obrigações e fazer valer os direitos decorrentes dos acordos. A magnitude desses custos depende, em larga medida, da eficiência com que o sistema judicial desempenha sua função de *enforcement*.

No que tange à atividade jurisdicional e o aumento dos custos de transação, três dimensões merecem exame detido. A primeira é a morosidade processual — possivelmente o fator de maior impacto sobre os custos de transação no Brasil. Os indicadores do Conselho Nacional de Justiça confirmam essa percepção: o tempo médio de tramitação e as taxas de congestionamento dos tribunais brasileiros permanecem em patamares que os agentes econômicos incorporam ao cálculo de risco de suas operações.

Pinheiro (2009), mediante pesquisas junto a empresários brasileiros, já havia identificado a morosidade como componente autônomo do chamado custo Brasil, com reflexos diretos sobre o spread bancário e sobre a decisão de investir em ativos de maturação mais longa.

A posição historicamente desfavorável do Brasil nos indicadores internacionais de eficiência na execução de contratos — como os que integravam o relatório *Doing Business* do Banco Mundial (2020) — materializa essa conexão entre desempenho judicial e competitividade econômica.

A segunda dimensão é a previsibilidade — tema já examinado sob o prisma da segurança jurídica, mas que adquire aqui contornos especificamente econômicos. A oscilação jurisprudencial sobre matérias idênticas impede que os agentes precifiquem adequadamente os riscos de suas operações. Quando um tribunal superior altera orientação consolidada, os efeitos se irradiam por setores inteiros da economia, forçando revisão de planos de negócio, renegociação de contratos e recomposição de provisões contábeis.

Nesse aspecto, Timm (2014), ao sistematizar as intersecções entre Direito e Economia no contexto brasileiro, sustenta que a imprevisibilidade judicial funciona como espécie de imposto invisível sobre a atividade produtiva: não aparece na contabilidade fiscal, mas onera sistematicamente as decisões de investimento ao forçar os agentes a incorporarem margens de segurança mais amplas, a contratarem seguros mais onerosos e a dedicarem recursos crescentes a contingências jurídicas. Esses custos, que a teoria institucionalista classificaria como improdutivos, reduzem a eficiência global da economia e penalizam particularmente investimentos intensivos em capital e infraestrutura, que demandam horizontes temporais longos para maturação.

A terceira dimensão diz respeito à especialização técnica. A complexidade das relações econômicas contemporâneas — contratos derivativos, operações de fusão e aquisição, regulação de mercados digitais, disputas concorrenciais transnacionais — demanda do julgador competências que transcendem a formação jurídica tradicional. A insuficiência de especialização eleva os custos de transação por duas vias: aumenta a probabilidade de decisões tecnicamente inadequadas e alimenta a percepção de imprevisibilidade.

Um dado ilustrativo: a ABEAR (Associação Brasileira de Empresas Aéreas) divulgou que o número de processos judiciais contra companhias aéreas aumentou 60% entre 2020 e 2023, e que o Brasil concentra 98,5% dessas demandas em âmbito mundial — a despeito de as empresas brasileiras registrarem índice de pontualidade de 91,5% em 2024, superior aos 87,1% das companhias americanas (até maio de 2024). Esse paradoxo revela como a judicialização excessiva pode operar como fator autônomo de elevação dos custos de transação, independentemente da qualidade do serviço prestado.

A função do Judiciário como garantidor da ordem econômica transcende, porém, a mera redução de custos de transação. O *enforcement* contratual representa dimensão crucial: a

eficácia dos contratos como instrumento de coordenação econômica depende da credibilidade da ameaça de execução judicial. Quando os tribunais relativizam sistematicamente cláusulas livremente pactuadas — invocando, por exemplo, a função social do contrato ou a boa-fé objetiva de maneira desvinculada de critérios argumentativos controláveis —, o efeito é duplamente perverso: eleva o custo dos produtos e reduz a confiabilidade do sistema.

Trata-se, possivelmente, do principal vetor de insegurança jurídica no aspecto quantitativo. A incerteza quanto ao cumprimento judicial dos termos pactuados desestimula relações econômicas de maior complexidade e duração, precisamente aquelas que demandam horizonte temporal mais extenso e, portanto, maior dependência da previsibilidade institucional. A perspectiva de Ávila (2025) sobre a calculabilidade como estado ideal em que o cidadão pode antecipar as consequências jurídicas de suas ações conecta-se diretamente a essa problemática: o que está em jogo é a possibilidade de que os contratantes calculem, com razoável grau de acerto, os resultados da eventual submissão de suas controvérsias ao Poder Judiciário.

A proteção dos direitos de propriedade constitui dimensão igualmente sensível. A garantia constitucional da propriedade privada, inscrita no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, e sua conformação pela função social prevista no inciso subsequente, demandam do Judiciário exercício hermenêutico que define, na prática, o grau de proteção que os agentes econômicos podem legitimamente esperar para seus investimentos. Decisões que ampliam excessivamente as hipóteses de intervenção na propriedade afetam o cálculo de risco dos investidores e, consequentemente, o volume e a qualidade dos investimentos realizados. A teoria seniana, examinada anteriormente, ilumina essa tensão ao demonstrar que as facilidades econômicas — incluído o acesso seguro a recursos produtivos — constituem liberdade instrumental essencial ao desenvolvimento (Sen, 2010).

A dimensão constitutiva da atuação judicial merece, ainda, consideração específica. Diferentemente do Poder Legislativo, cuja função normativa se exerce mediante produção de regras gerais e abstratas com eficácia prospectiva, o Judiciário define o conteúdo concreto das instituições por meio da interpretação e aplicação das normas a casos específicos. Cada decisão judicial em matéria econômica constitui, nesse sentido, ato de definição institucional que fixa, para os agentes econômicos, o alcance efetivo dos direitos de propriedade, a extensão das obrigações contratuais, os limites da regulação estatal e as consequências do descumprimento das regras. A soma dessas decisões individuais compõe o que se poderia denominar ambiente institucional efetivo da economia — que pode coincidir ou divergir significativamente do

ambiente institucional formalmente previsto na legislação, a depender de como os tribunais interpretam e aplicam as normas vigentes.

A desigualdade no acesso à justiça agrava o quadro. Empresas de grande porte dispõem de departamentos jurídicos estruturados, provisões contábeis robustas e capacidade de suportar a incerteza por períodos prolongados; pequenos empreendedores, trabalhadores e comunidades vulneráveis, ao contrário, são forçados a absorver o risco judicial sem instrumentos equivalentes de proteção. A morosidade e a imprevisibilidade operam, assim, como vetores de concentração que reproduzem as assimetrias que o programa constitucional se propõe a corrigir.

O Poder Judiciário ocupa, em síntese, posição institucional que o converte, simultaneamente, em garantidor da ordem econômica constitucional e em agente cuja atuação define concretamente os custos de transação que oneram a atividade produtiva. A consciência dessa dupla condição impõe ao sistema judicial — e particularmente ao STF, como guardião da Constituição Federal — responsabilidade institucional que transcende a correção jurídica das decisões individuais para alcançar a preservação das condições institucionais do desenvolvimento.

A prudência institucional que se exige não reside na abstenção de decidir sobre matérias economicamente sensíveis, mas na consideração sistemática dos impactos das decisões sobre o ambiente institucional como um todo, buscando preservar as condições de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade que a segurança jurídica exige como pressuposto do desenvolvimento.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

2.1 GENEALOGIA E CONCEITUAÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL

2.1.1 Origens históricas e transposição para a realidade brasileira

A expressão "ativismo judicial" carrega consigo uma ironia de origem que raramente é notada no debate brasileiro: ela não nasceu nos domínios da teoria do direito, nem foi cunhada por jurista. Quem primeiro a empregou publicamente foi Arthur Schlesinger Jr., historiador e ativista político norte-americano, em artigo intitulado *The Supreme Court*: 1947, publicado na revista Fortune — um periódico de negócios destinado ao grande público, não uma publicação acadêmica especializada (Soares, 2010). Naquele texto, conforme aponta Soares (2010),

Schlesinger classificou os juízes da Suprema Corte em dois campos: os "campeões da autorrestrição" e os "ativistas judiciais", estes últimos caracterizados pela percepção de que Direito e Política constituíam dimensões inseparáveis da atividade jurisdicional.

Essa circunstância genética não é mero detalhe historiográfico, Branco (2011) adverte que a expressão nasceu vocacionada à equivocidade e à superficialidade de método, precisamente porque foi forjada fora do ambiente de rigor conceitual que a dogmática jurídica exigiria. Um conceito cunhado por um historiador, em veículo de comunicação de massa, para classificar posições político-ideológicas dentro de uma corte — e não para descrever com precisão um fenômeno jurídico — carregaria desde o início essa marca de ambiguidade.

Importa registrar que o próprio Schlesinger não era neutro na controvérsia que descrevia. Conforme documenta Campos (2012), o historiador tomou partido, como regra geral, da autorrestrição, argumentando que os interesses da democracia norte-americana demandavam que a Corte retraísse, e não expandisse seu poder, reservando às instituições diretamente responsáveis perante o eleitorado a prerrogativa de decidir questões politicamente relevantes. A formulação inicial, portanto, já continha um juízo de valor — e esse viés acompanharia o conceito em toda a sua trajetória posterior.

As raízes materiais do fenômeno, todavia, são anteriores ao batismo terminológico. Campos (2012) denomina o período que precede a formulação de Schlesinger de "pré-história do ativismo judicial", identificando ao menos três decisões paradigmáticas que ilustram práticas expansivas da Suprema Corte antes que existisse nome para designá-las. A primeira é Marbury v. Madison (1803), na qual o *Chief Justice* John Marshall afirmou o poder de judicial review — a competência do Judiciário para declarar a inconstitucionalidade de atos dos demais poderes —, lançando as bases do controle jurisdicional que viria a caracterizar o constitucionalismo norte-americano. A segunda é Dred Scott v. Sandford (1857), em que a Corte, apesar da ausência de norma constitucional, tentou resolver judicialmente, por meio de princípios, a controvérsia sobre a escravidão, com resultado político desastroso: em vez de pacificar o conflito, a decisão exacerbou a divisão entre Norte e Sul e acelerou a eclosão da Guerra Civil. A terceira é Lochner v. New York (1905), que inaugurou período em que a Corte invalidou sistematicamente legislação de proteção social em nome da filosofia liberal econômica.

A chamada Era Lochner (1897-1937) é particularmente relevante para os propósitos desta dissertação. Durante quase quatro décadas, a Suprema Corte utilizou a cláusula do *due process of law* em sua leitura substantiva para invalidar intervenções estatais na ordem econômica que buscavam proteger trabalhadores e regular mercados — privilegiando a liberdade contratual e a autonomia do mercado sobre as políticas redistributivas (Teixeira,

2012). Esse período demonstra, de modo particularmente eloquente, que o ativismo judicial não possui orientação ideológica fixa: pode servir tanto a agendas progressistas quanto conservadoras, tanto à expansão de direitos quanto à sua contenção, conforme a composição da corte e o contexto político em que ela opera.

O histórico do ativismo judicial estadunidense – seja contendo ou expandindo direitos – deixa evidente o longo período de maturidade pelo qual passaram os três poderes daquele estado até se tornarem referência mundial. Além disso, em outro aspecto, propõe reflexão teórica complexa acerca do caminho a ser adotado para a concretização do programa de desenvolvimento. A experiência ora observada confere elementos que ratificam a essência da teoria do "desenvolvimento como liberdade", de Sen (2010), no sentido de que opções econômicas saudáveis podem ensejar a longo prazo melhores condições para o pleno desenvolvimento humano.

No entanto, por outro lado, não é certo que a replicação do modelo de contenção americano da "Era Lochner" produziria o mesmo sucesso em contexto periférico e em momento histórico diverso. A reflexão é relevante, mas não constitui o foco da dissertação.

A superação do modelo liberal de Estado – impulsionada pelas crises econômicas do início do século XX, notadamente a Grande Depressão, e pelas duas guerras mundiais – produziu transformação na racionalidade jurídica que tornava insustentável a tese da imparcialidade absoluta do magistrado. A crescente complexidade das relações sociais exigiu o reconhecimento de que a atividade jurisdicional comporta, inevitavelmente, dimensão criativa (Teixeira, 2012). É nesse contexto de transição do Estado Liberal ao Estado Social que o ativismo judicial encontra terreno fértil para seu desenvolvimento institucional – e é nele que as tensões entre jurisdição e política se tornam permanentes.

No plano da evolução conceitual posterior a Schlesinger, o ativismo judicial transitou de acepção predominantemente descritiva para usos normativos carregados de juízos de valor – e esse trânsito não é casual. Ramos (2015) observa que nos sistemas filiados ao *common law* é substancialmente mais difícil do que nos sistemas romano-germânicos caracterizar o que seria uma atuação ativista a ser repelida, em contraposição a uma atuação ousada, porém juridicamente admissível. No *common law*, a discussão tende a desembocar no plano da filosofia política, onde a indagação central recai sobre a legitimidade democrática da atuação judicial – e não sobre sua consistência jurídica. Nos sistemas de tradição romano-germânica, como o brasileiro, a codificação e a legalidade fazem com que o ativismo seja percebido de forma mais aguda como disfunção, uma vez que a criação judicial do direito não encontra o mesmo respaldo institucional.

Vieira (2008), ao cunhar a provocativa expressão "Supremocracia", iluminou dimensão adicional do problema no contexto brasileiro. O termo designa, em duplo sentido, tanto a autoridade crescente do STF sobre as demais instâncias do Judiciário – consolidada especialmente após a criação das súmulas vinculantes – quanto a expansão de sua autoridade em face dos demais poderes da República. A Corte teria se deslocado para o centro do arranjo institucional, assumindo funções que historicamente cabiam ao Poder Moderador Imperial. Essa leitura, embora não isenta de controvérsias, revela a magnitude que o fenômeno adquiriu na experiência constitucional brasileira – e antecipa questões impregnadas na trajetória do STF no período pós-1988.

A análise do ativismo judicial no Poder Judiciário brasileiro, principalmente no STF, perpassa pela observação de alguns fenômenos que refletem no papel institucional e, consequentemente, na atividade jurisdicional daquela Corte de Justiça.

Primeiro, é importante reconhecer que o Estado brasileiro não possui maturidade democrática, sendo a história republicana marcada por diversos momentos de concentração de poderes na figura do Executivo, cenário alterado pela última vez há mais de três décadas com a Constituição Federal de 1988. O curto período – do ponto de vista histórico quando comparado com democracias sólidas – reflete diretamente na interação institucional entre os três poderes, impedindo a concretização da “harmonia”, preconizada pela Constituição dirigente, e o exercício livre dos controles derivados do sistema de freios e contrapesos (Ex. a dificuldade do Senado Federal em lidar com pedidos de *impeachment* de Ministros do STF). Toda essa imaturidade institucional, natural em democracias não consolidadas, somatiza e reflete na qualidade das instituições nacionais.

O segundo fenômeno, ou reflexão, deriva da análise institucionalista promovida por Acemoglu e Robinson (2022), a conceituação de instituições inclusivas e extrativistas – as primeiras como sendo aquelas que primam por propriedades privadas seguras, um sistema jurídico imparcial e serviços públicos que garantam um campo igualitário para que as pessoas possam se desenvolverem; as segundas, com propriedades opostas às instituições inclusivas, visam extrair receita e riqueza de uma parte da sociedade a fim de beneficiar outra pequena parcela. Em um momento em que vem à tona debates relacionados a supersalários no serviço público, a familiares de Ministros do Supremo Tribunal Federal com contratos milionários envolvendo processos em tramitação naquela Corte, a caronas em aviões privados, vultosos ganhos com palestras e atividades na iniciativa privada etc., é pertinente refletir e questionar, o STF, apesar da essência formal prescrita na Constituição Federal, na prática, representa uma instituição inclusiva ou extrativista?

Terceiro aspecto relevante é a natureza essencialmente política das indicações. Apesar de o arranjo constitucional atribuir ao Presidente da República (art. 84, XIV) a competência para, após aprovação do Senado Federal, nomear Ministros do Supremo Tribunal Federal, as escolhas recentes de pessoas com claros vínculos com a figura do Presidente, ou seja, a adoção de critério político-ideológico para além do notável saber jurídico e da reputação ilibada (art. 101 da CF), fragiliza a esperada imparcialidade, transforma o Poder Judiciário em mais um palco de guerra ideológica e, consequentemente, corrompe o modelo institucional construído pelo constituinte.

A constituição analítica e o sistema recursal constituem o quarto aspecto relevante. Ao constitucionalizar extenso catálogo de direitos e disciplinar minuciosamente matérias que em outros ordenamentos são relegadas à legislação ordinária, a Constituição de 1988 ampliou de modo exponencial o campo de incidência do controle de constitucionalidade. Barroso (2012) identificou nessa amplitude uma das causas estruturais da judicialização brasileira, a qual, apesar de distinguir-se do ativismo, cria as condições materiais para sua emergência.

No Brasil, o Supremo Tribunal acumula funções que em democracias maduras são distribuídas entre órgãos distintos: tribunal constitucional, instância recursal de última instância, foro privilegiado. Essa sobreposição produz pressão por respostas rápidas a questões de elevada complexidade, favorecendo o uso fundamentações genéricas e soluções *ad hoc*. O sistema recursal completa o quadro ao canalizar para a cúpula do Judiciário volume de processos que inviabiliza a deliberação colegiada aprofundada — e o resultado prático é conhecido de quem opera no sistema: concentração crescente de poder decisório em decisões monocráticas e mecanismos de julgamento abreviado, com consequente fragilização da *ratio decidendi* e da previsibilidade que os agentes econômicos legitimamente esperam do tribunal.

O quinto aspecto exige cautela analítica particular, porque toca em questão politicamente sensível: a instrumentalização do discurso de defesa da democracia como fundamento de práticas jurisdicionais expansivas. O STF, confrontado nos últimos anos com ameaças à ordem institucional — atos de vandalismo contra as sedes dos três poderes, campanhas organizadas de desinformação, tentativas articuladas de desestabilização —, reagiu com medidas sem precedente na história constitucional brasileira.

Não se contesta a gravidade dos fatos, o problema reside na inexistência de parâmetros normativos suficientemente claros para delimitar até onde a Corte pode ir quando invoca a autodefesa do regime democrático. Inquéritos instaurados e conduzidos por membros do próprio tribunal, que figuram como vítimas; medidas restritivas de direitos fundamentais determinadas por iniciativa monocrática; ampliação progressiva do objeto investigatório para

além do escopo original — tudo isso coloca em tensão um princípio que a tradição jurídica ocidental consolidou há séculos: *nemo iudex in causa sua* (ninguém pode ser juiz em causa própria).

O risco, para ser explícito, é de circularidade argumentativa: a Corte defende a democracia é a guardiã da Constituição, e se proclama guardiã da Constituição porque defende a democracia. Esse tipo de raciocínio autorreferencial dispensa justificação externa — e decisão que dispensa justificação externa está mais próxima da arbitrariedade do que da jurisdição constitucional.

Resta o sexto aspecto, que é também o mais consequente para os propósitos desta dissertação: o decisionismo, que, resumidamente, é produto da somatização dos cinco fenômenos anteriores. Quando os mecanismos de controle institucional são frágeis, quando os incentivos da atuação jurisdicional são distorcidos por dinâmicas extrativistas, quando as indicações privilegiam critérios político-ideológicos, quando a Corte está sobrecarregada com competências que excedem sua capacidade e quando o discurso de defesa democrática oferece cobertura retórica para decisões de alcance extraordinário — o que se produz não é acidente, é padrão.

Um padrão decisório marcado pela personalização e pela subordinação do direito à vontade do julgador. Streck (2011) deu nome preciso ao fenômeno: discricionariedade positivista, a atribuição de sentidos normativos a partir de convicções pessoais, sem ancoragem na tradição jurídica. O modelo deliberativo do STF potencializa o problema de modo que seria difícil exagerar. Votos individualizados que não dialogam entre si, ausência de deliberação colegiada prévia ao julgamento, decisões monocráticas com alcance normativo geral — na prática, cada gabinete funciona como jurisdição autônoma, e o acórdão frequentemente não passa de agregação aritmética de posições construídas em isolamento.

O que alimenta esse decisionismo, para além das causas estruturais, é a guerra ideológica que converteu o tribunal em mais um front de disputa política. Ministros proferem votos que funcionam como manifestos — ora em nome da "transformação social", ora em defesa da "ordem" — e o que se observa é precisamente o "behaviorismo judicial" de que fala Streck (2016): a corrupção da autonomia do Direito pelo ingresso de argumentos extrajurídicos no processo decisório.

A decisão deixa de ser resposta constitucionalmente adequada e passa a operar como instrumento de projeto político. Para o desenvolvimento econômico, as consequências são tangíveis, uma vez que, à luz das lições de Ávila (2025), o decisionismo corrói a segurança jurídica, decisões personalistas são menos cognoscíveis. A proteção da confiança legítima

pressupõe padrões identificáveis, não o temperamento do relator, pois agentes econômicos não conseguem antecipar o comportamento de Tribunais cujas orientações variam ao sabor da composição do plenário. Quando a instituição que ocupa a cúpula do sistema jurisdicional oferece indícios de que opera sob lógica decisionista, o sinal emitido é de instabilidade — e instabilidade eleva custos de transação e compromete investimentos.

O diagnóstico que se vem delineando — protagonismo institucional do STF combinado com fragilidade dos critérios decisórios — encontra na crítica de Ingeborg Maus (2000) formulação teórica que merece exame detido. Em ensaio que se tornou referência obrigatória do debate brasileiro sobre os limites democráticos da jurisdição constitucional, Maus (2000) sustenta que o Judiciário, nas democracias contemporâneas, vem assumindo posição funcionalmente análoga à do superego no aparelho psíquico freudiano: instância moral que se sobrepõe às demais, dispensa justificação procedimental e opera com pretensão de neutralidade que oculta sua natureza profundamente política. A metáfora não é gratuita, pois captura aspecto central da dinâmica institucional contemporânea, a saber, a transferência progressiva, para os tribunais constitucionais, de tarefas de mediação valorativa que, na arquitetura democrática clássica, pertenceriam ao espaço deliberativo da sociedade civil e dos órgãos representativos.

A consequência que Maus (2010) extrai do diagnóstico é severa. À medida que os tribunais ocupam essa posição superegoica, a comunidade política deixa de deliberar sobre seus próprios valores e passa a recebê-los, já mediados, das decisões judiciais — fenômeno que a autora descreve como infantilização da esfera pública, em que cidadãos e parlamentos se acostumam a reconhecer no tribunal a instância última de produção do sentido constitucional.

A deliberação democrática, para ser legítima, requer espaço público em que a comunidade política reconheça-se como autora das normas a que se submete, quando esse espaço se contrai, e quando os tribunais constitucionais o ocupam mediante decisões que se apresentam como técnicas e neutras, a autodeterminação democrática se torna formal, esvaziando-se de conteúdo substantivo. A escolha popular dos representantes do povo – titular do poder -, apesar de passível de crítica em vista da atecnia predominante entre os eleitos, representa conquista secular e concretização máxima da democracia moderna. Logo, a substituição da vontade dos Poderes eleitos por magistrados togados constitui nítida fragilização dos avanços democráticos.

Os indicadores empíricos que a literatura constitucional brasileira tem reunido — desde a denúncia da supremocracia formulada por Vieira (2008) até as observações mais recentes sobre o modelo deliberativo fragmentado da Corte — articulam-se naturalmente com a crítica de Maus (2000). Quando o STF, ao decidir matéria economicamente sensível, formula tese

vinculante de feição regulamentar e com fluxos administrativos detalhados, não está apenas exercendo expansão funcional no sentido de Ramos (2015), mas, simultaneamente, ocupando espaço deliberativo que a Constituição reservou ao Legislativo, e reduzindo a margem de autodeterminação democrática da comunidade política sobre essas matérias.

A crítica de Maus (2000), portanto, oferece chave de leitura que articula a dimensão institucional do ativismo (relação entre Poderes) com sua dimensão democrática (esvaziamento da deliberação representativa) — articulação que adquire particular relevância quando o que está em jogo não é apenas a configuração interna do Judiciário, mas as condições institucionais do desenvolvimento econômico.

Todos esses aspectos, tomados em conjunto, não esgotam a complexidade do fenômeno, mas oferecem as coordenadas sem as quais a análise do ativismo judicial do STF em matéria econômica ficaria incompleta. O ativismo brasileiro tem feições próprias — moldadas por condições institucionais, políticas e jurídico-culturais que o distinguem da experiência norte-americana que lhe emprestou o rótulo — e impactos singulares sobre a segurança jurídica e o ambiente econômico.

Após pontuar todas essas barreiras que contribuem para atrasar o programa de desenvolvimento econômico e para reflexão final do tópico, vale o registro de uma das passagens mais citadas de Frankfurter (*apud* Campos, 2012, p. 33) na Suprema Corte dos Estados Unidos:

> O impressionante poder desta Corte de invalidar tais leis, por ser limitado na prática apenas por nossa própria prudência em discernir os limites de nossa função constitucional, deve ser exercido com a máxima restrição. (...) o poder [dessa Corte] de invalidar a legislação não deve ser exercido como se, em teoria constitucional ou na arte de governo, ele se apresentasse como a única fortaleza contra as tolices ou excessos do momento.

2.1.2 Ativismo judicial versus judicialização da política

Há uma distinção conceitual que, embora decisiva para a análise rigorosa da atuação do Poder Judiciário, permanece negligenciada em parcela significativa do debate constitucional brasileiro. A confusão entre ativismo judicial e judicialização da política não é apenas imprecisão terminológica – ela compromete a possibilidade mesma de uma crítica democrática consistente ao exercício da jurisdição constitucional. Streck (2016) identifica nessa indistinção um dos obstáculos mais sérios à compreensão do fenômeno: sem diferenciar adequadamente os

dois conceitos, torna-se impossível avaliar quando o Judiciário atua dentro dos limites que a Constituição lhe traça e quando os ultrapassa.

A judicialização da política designa o fenômeno de transferência para o Judiciário de questões que, originariamente, pertenciam à esfera de deliberação dos poderes representativos. Não se trata de escolha dos magistrados: o fenômeno decorre de transformações estruturais operadas no desenho constitucional e institucional do país. Tassinari (2013) sublinha que compreender adequadamente a judicialização pressupõe perceber a interação entre ao menos três elementos — Direito, Política e Judiciário — e que o constitucionalismo pode ser definido, nessa perspectiva, como tentativa de oferecer limites jurídicos ao poder político por meio das Constituições.

No cenário brasileiro, três fatores convergiram para impulsionar a judicialização com intensidade sem precedentes, e Barroso (2011) identifica-os com clareza: a redemocratização, que fortaleceu o Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais; a constitucionalização abrangente, que incorporou ao texto constitucional matérias antes reguladas por legislação ordinária ou entregues à deliberação política; e a adoção de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que combina as modalidades difusa e concentrada e amplia o espectro de questões levadas ao STF. A conjugação de um direito de propositura amplo (artigo 103 da Constituição) com extenso catálogo de direitos constitucionalizados faz com que praticamente qualquer questão politicamente relevante possa ser submetida à apreciação judicial.

A judicialização apresenta-se, portanto, como fenômeno de natureza contingencial. Sua dimensão não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante: deriva de fatores alheios à jurisdição, que têm origem no reconhecimento amplo de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade que caracteriza as sociedades de massa (Streck; Tassinari; Lepper, 2015). Em larga medida, a judicialização é inevitável em regimes democráticos que adotam Constituição normativa dotada de força jurídica vinculante — como atestam experiências tão diversas quanto a alemã, a norte-americana e a colombiana (Streck, 2016).

O ativismo judicial opera em registro inteiramente diverso. Enquanto a judicialização é fato institucional que decorre do arranjo constitucional, o ativismo configura padrão de comportamento da Corte como instituição, identificável pela ultrapassagem das fronteiras funcionais que a Constituição traça entre os Poderes. Ramos (2015) define-o como ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo, situando o ativismo no plano macroinstitucional.

Essa caracterização institucional não exclui, mas antes convive com diagnóstico complementar acerca da estrutura argumentativa das decisões. Streck (2016) chama a atenção para o que denomina "*behaviorismo judicial*": a corrupção da autonomia do Direito pelo ingresso de argumentos extrajurídicos no processo decisório, quando o magistrado decide a partir de argumentos de política, de moral ou de convicções pessoais, substituindo o debate democrático pela vontade individual. Convém registrar que essa formulação descreve, em rigor, a discricionariedade na atribuição de sentidos normativos — fenômeno que pode acompanhar o ativismo, mas que com ele não se confunde.

Essa diferenciação conduz a consequência analítica fundamental: de uma questão judicializada pode advir tanto resposta constitucionalmente adequada — concretizadora de direitos e garantidora da regra democrática — quanto resposta ativista, na qual o julgador extrapola os limites funcionais da jurisdição. A judicialização, diversamente, pode ser legítima ou ilegítima, dependendo dos níveis e da intensidade em que se verifica.

A concepção de Luís Roberto Barroso sobre o ativismo judicial difere substancialmente da perspectiva hermenêutica e da definição dogmática de Ramos, e a divergência merece exame atento, não apenas porque a formulação barrosiana é a mais influente do debate brasileiro, mas porque ela informa a autocompreensão de boa parte da magistratura nacional — inclusive de ministros do próprio STF.

Para Barroso (2011), o ativismo configura atitude proativa de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance para extrair o máximo de suas potencialidades normativas. Trata-se, na formulação do autor, de modo particular e expansivo de exercer a jurisdição constitucional, geralmente acionado em momentos de crise política ou de retração do Legislativo, com finalidade de realizar valores constitucionais que não encontram concretização suficiente nas demais instâncias estatais. O autor identifica três condutas que caracterizam o ativismo judicial: a aplicação direta da Constituição a situações não previstas pelo legislador; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com critérios menos rígidos que os tradicionais; e a imposição de condutas ao poder público em matéria de políticas públicas, especialmente quando se constate omissão violadora de direitos fundamentais.

A formulação em questão, é justo registrá-lo, possui virtudes que a permanência do conceito no debate brasileiro confirma. É descritivamente fiel a um padrão de comportamento decisório efetivamente observável no STF, articulando-o com a missão constitucional de concretização de direitos fundamentais. É operacionalmente acessível: oferece critérios identificáveis na análise de julgados singulares. E é institucionalmente relevante, porquanto funciona como vocabulário compartilhado por parcela expressiva dos próprios ministros, da

advocacia constitucional e da literatura acadêmica brasileira. Não se trata, portanto, de descartar a definição barrosiana, mas de avaliar com rigor seus limites analíticos — particularmente quando o que se busca é distinguir o exercício legítimo da jurisdição constitucional daquele que ultrapassa fronteiras institucionais.

A objeção que Streck, Tassinari e Lepper (2015) dirigem a essa formulação merece registro: os elementos que Barroso elege como caracterizadores do ativismo — aplicar diretamente a Constituição, controlar a constitucionalidade dos atos normativos, impor condutas ao poder público — são, a rigor, inerentes ao exercício ordinário da jurisdição constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito. Se qualquer magistrado pode, e deve, aplicar diretamente a Constituição e realizar controle de constitucionalidade, então os critérios propostos têm dificuldade em distinguir o ativismo do exercício regular da função jurisdicional.

Pádua (2015) formula crítica convergente ao demonstrar que categorias como "ativismo bom" e "ativismo ruim" carecem de densidade normativa, funcionando como juízos ad hoc que variam conforme o alinhamento ideológico do analista com o resultado da decisão. A insuficiência apontada por essas duas vertentes críticas — uma de matriz hermenêutica, outra de matriz dogmática — converge para o mesmo diagnóstico: a definição barrosiana, embora descreva com fidelidade certo padrão de comportamento decisório do STF, não oferece critério rigoroso para distinguir o ativismo judicial corrosivo daquele legítimo e inerente à jurisdição constitucional.

No campo institucional, a definição operacional de Ramos (2015), ultrapassagem das fronteiras funcionais entre Poderes —, oferece uma das referências objetivas que se relacionam com a democracia, porquanto desloca o critério de identificação do ativismo corrosivo do plano atitudinal para o plano da arquitetura institucional do Estado.

No campo de validade institucional do ativismo judicial vale destacar da experiência estadunidense a célebre nota de rodapé 4 do caso United States v. Carolene Products Co (Supreme Court, 1938), por meio da qual indicou maior deferência na análise da legislação econômica regulatória e controle mais rigoroso de constitucionalidade quando o objeto se tratasse de lei que afronte a democracia, as liberdades civis básicas ou registre preconceito contra as minorias.

Na perspectiva de Streck (2016), a judicialização é contingencial e decorre do funcionamento das instituições dentro do arranjo constitucional: quanto maior a possibilidade de discutir judicialmente a conformidade da ação governamental aos ditames constitucionais, maior o grau de judicialização observado. O ativismo, por outro lado, liga-se à resposta que o

Judiciário oferece à questão judicializada. No caso da judicialização da política, configura-se ativismo quando a vontade do julgador substitui o debate político – seja para promover pretensa transformação social, seja para manter o *status quo*.

Quando toda judicialização é equiparada a ativismo, corre-se o risco de deslegitimar o exercício regular da jurisdição constitucional, inclusive em casos nos quais a intervenção judicial não apenas é legítima, mas constitucionalmente exigida. Quando, inversamente, o ativismo é naturalizado como simples modalidade de judicialização, perde-se a capacidade de submeter a atuação judicial ao controle democrático, permitindo que decisões fundadas em preferências pessoais se escudem sob o manto da concretização constitucional.

O problema ganha relevo quando se reconhece, com Müller (2003), que o direito constitucional é o direito do político – sem que essa afirmação implique adesão ao decisionismo. Streck, Tassinari e Lepper (2015) demonstram que é possível reconhecer a imbricação entre Direito e Política sem que isso conduza a postura ativista, do mesmo modo que se pode recusar o ativismo sem negar a dimensão política do fenômeno jurídico. O desafio reside em distinguir a política como elemento constitutivo da normatividade – enquanto força que conforma o conteúdo jurídico-constitucional – da política como argumento corretivo, utilizada de forma casuística pela via judicial. Quando a política deixa de ser fundamento da constituição do ordenamento e passa a funcionar como predador externo da autonomia do Direito, tem-se a configuração do ativismo judicial que corrói o princípio democrático.

2.1.3 Tipologia do ativismo judicial

A indeterminação conceitual que historicamente acompanha a noção de ativismo judicial não se restringe à dificuldade de diferenciá-lo da judicialização. Ela se estende à configuração interna do próprio conceito: a expressão tem sido empregada para designar práticas decisórias tão heterogêneas que, como observa Campos (2014), é possível haver tantas concepções de ativismo quantos forem os autores dedicados ao tema. Essa polissemia, longe de acidental, decorre da complexidade dos comportamentos judiciais que o conceito pretende abranger — o que torna indispensável o desenvolvimento de tipologia capaz de sistematizar suas manifestações sem incorrer em reducionismos que sacrifiquem a riqueza do fenômeno.

A abordagem unidimensional — que procura reduzir o ativismo a critério singular de identificação — tem se mostrado insuficiente. Campos (2014), com base na análise comparada de cortes constitucionais de diversos países, propõe definição que denomina "multidimensional": o ativismo judicial consiste no exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores

políticos. Esse exercício deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais de cada ordenamento, responde a fatores variados — institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais — e se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.

No âmbito da doutrina brasileira, a tentativa de sistematização encontra formulações diversas. Tassinari (2013) elenca, em esforço de síntese, diferentes perspectivas de abordagem presentes na literatura: o ativismo como decorrência do exercício do poder de controle de constitucionalidade; como sinônimo de maior interferência do Judiciário no espaço dos demais poderes; como abertura à discricionariedade no ato decisório; e como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador. A autora ressalva, todavia, que esses enfoques frequentemente se misturam na doutrina, sem compromisso teórico de precisão conceitual — o que reforça a necessidade de tipologia mais rigorosa, capaz de distinguir manifestações qualitativamente diversas de expansão judicial.

Dentre as dimensões identificadas por Campos (2014), a mais recorrente é a metodológica ou interpretativa: a interpretação ampliativa de normas e princípios constitucionais, com afirmação de direitos implícitos ou aplicação direta de princípios vagos para regular condutas sem intermediação legislativa. Nessa dimensão, o tribunal não se limita à aplicação passiva de normas, mas participa ativamente da construção da ordem jurídica. A Crítica Hermenêutica do Direito oferece parâmetro de controle dessa prática ao exigir que a interpretação se mantenha nos limites da moldura normativa autorizada pelo texto e pelo contexto constitucional (Streck, 2014). Quando o intérprete extrapola essa moldura — invocando, por exemplo, princípios de elevada abstração para invalidar opção legislativa que se situa dentro do espaço de conformação democrática —, configura-se exercício interpretativo expansivo que compromete a cognoscibilidade do Direito, na acepção de Ávila (2025), ou seja, os destinatários das normas perdem a capacidade de identificar com razoável segurança o conteúdo normativo vigente.

Uma segunda dimensão de particular relevância é o ativismo como criação legislativa, que se manifesta quando a corte produz normas gerais e abstratas de caráter regulamentar, ocupando espaço que pertenceria ao legislador. No contexto brasileiro, a fixação de teses de repercussão geral com densidade normativa equivalente a diploma regulamentar (ex. Temas de Repercussão Geral n° 06 e 1.234) constitui expressão paradigmática desse fenômeno. Para Ramos (2015), trata-se da manifestação mais aguda do ativismo, porquanto o tribunal assume função precípua do Poder Legislativo sem dispor de aparato técnico econômico e da legitimidade democrática representativa que fundamenta o exercício da competência legiferante. Essa dimensão repercute diretamente sobre o desenvolvimento econômico, pois a

produção normativa judicial padece de limitações institucionais relevantes: opera caso a caso, não se submete ao escrutínio parlamentar, dispensa análise de impacto regulatório e carece de mecanismos de ajuste incremental — deficiências que elevam os custos de transação dos agentes econômicos, como sustenta North (2018).

Há ainda a dimensão da falta de deferência institucional, que se configura quando a corte invalida atos dos demais poderes sem considerar adequadamente sua capacidade institucional e a legitimidade democrática. Vermeule (2006) oferece contribuição decisiva ao demonstrar que tribunais operam sob condições de incerteza que tornam problemática a pretensão de substituir juízos técnicos especializados por avaliações judiciais de alcance geral.

A questão adquire contornos particularmente delicados no domínio da ordem econômica, em que decisões regulatórias exigem conhecimento setorial específico, análise de dados empíricos e capacidade de calibração dinâmica que o processo judicial — por suas características estruturais — dificilmente consegue proporcionar. Quando o tribunal invalida política regulatória sem ponderar sobre os limites de sua própria competência técnica, produz-se efeito desestabilizador sobre as expectativas dos agentes econômicos, comprometendo o que Ávila (2025) denomina calculabilidade: a possibilidade de antecipar, com razoável grau de certeza, os efeitos jurídicos das condutas futuras.

Além dessas três dimensões — que se revelam particularmente operativas para a análise da atuação judicial em matéria econômica —, Campos (2014) identifica outras manifestações do fenômeno que merecem registro. A dimensão de direitos refere-se à afirmação judicial de direitos fundamentais em face do legislador ou do administrador; a de políticas públicas, pela qual a corte intervém na formulação ou implementação de políticas governamentais; a processual, consistente no alargamento dos instrumentos à disposição do tribunal; e a antidialógica, em que a corte se recusa a estabelecer interlocução institucional com os demais poderes.

Embora todas essas dimensões integrem o repertório analítico disponível para o exame do ativismo, nem todas possuem o mesmo grau de pertinência quando a investigação se volta especificamente para os impactos da atuação judicial sobre a ordem econômica e o desenvolvimento. A seleção das dimensões mais adequadas ao recorte temático será retomada no terceiro capítulo, quando da construção do instrumental metodológico que orientará a análise do caso paradigmático.

Duas dimensões adicionais — coerência jurisprudencial e maximalista — reclamam tratamento destacado, pela incidência direta que exercem sobre a segurança jurídica em matéria econômica.

A primeira, denominada coerência jurisprudencial — ou, na formulação inversa de Campos (2014), a superação de precedentes —, se manifesta na recusa de a corte vincular-se a decisões anteriores sem fundamentação bastante para a mudança de orientação. Nessa seara, Dworkin (2007) sustenta que a integridade do Direito reclama dos tribunais postura que trate o ordenamento como conjunto coerente e articulado de princípios, e não como mero repositório de decisões pontuais. A ruptura de precedente sem justificação adequada — ou, o que é mais grave, sem reconhecimento explícito de que se está a promover *overruling* — viola a confiabilidade do sistema jurídico, na medida em que frustra expectativas legitimamente formadas sob a égide da orientação anterior.

No âmbito da ordem econômica, a instabilidade jurisprudencial produz efeitos deletérios sobre o ambiente de negócios: contratos de longa duração, investimentos de maturação lenta e operações de financiamento estruturado dependem da previsibilidade do quadro normativo — incluída, naturalmente, a jurisprudência que lhe confere interpretação autorizada.

Convém, contudo, registrar uma qualificação importante para que o tratamento da coerência jurisprudencial não recaia em formalismo conservador. A estabilidade jurisprudencial não é valor absoluto, e a mudança de orientação não constitui, por si só, vício institucional. Há *overruling* legítimo — e, em circunstâncias determinadas, exigido — quando o precedente revela-se incompatível com transformações substantivas do contexto fático ou normativo, quando se demonstra fundado em premissas factuais ou jurídicas posteriormente refutadas, ou quando a evolução da compreensão constitucional torna insustentável a manutenção da orientação anterior.

A própria construção da integridade fornece o critério teórico dessa distinção: para Dworkin (2007), a exigência de coerência principiológica do ordenamento não impõe ao tribunal a manutenção de precedentes equivocados, mas a obrigação de demonstrar, ao superá-los, que a nova orientação apresenta o material jurídico sob luz que melhor satisfaz simultaneamente as dimensões de adequação e justificação. O *overruling*, nessa perspectiva, é compatível com a integridade quando — e somente quando — a Corte que o promove demonstra fundamentadamente que a orientação anterior comprometia a coerência do ordenamento, e não apenas que a nova orientação é preferível em juízo de conveniência prática. O Direito é prática que se constrói no tempo, e exigir-lhe imobilidade equivaleria a confundir segurança jurídica com petrificação institucional. Ávila (2025) sublinha esse ponto ao distinguir confiabilidade — que protege expectativas legitimamente formadas — de imutabilidade — que seria pretensão incompatível com a natureza dinâmica das relações sociais e econômicas que o Direito regula.

A questão analiticamente decisiva, portanto, não é se houve mudança jurisprudencial, mas se a mudança satisfaz os requisitos de legitimidade que distinguem evolução institucional de ruptura arbitrária. Três critérios cumulativos podem ser extraídos da literatura para essa distinção. O primeiro é o do reconhecimento explícito: a Corte que muda de orientação deve declarar o *overruling*, identificar os precedentes superados e expor as razões da superação, em vez de operar a ruptura silenciosamente, como se a nova orientação sempre houvesse vigorado. O segundo é o da fundamentação substantiva: a mudança deve ser ancorada em razões que satisfaçam o teste dworkiniano da integridade — argumentos de princípio que demonstrem por que a nova orientação apresenta o ordenamento sob luz mais coerente do que a anterior, no sentido formulado por Dworkin (2007), não apenas por que ela é preferível em juízo de conveniência prática. O terceiro é o da modulação adequada: quando a mudança afeta expectativas legitimamente formadas sob a égide da orientação anterior, a Corte deve ponderar mecanismos de transição — efeitos prospectivos, modulação temporal, salvaguardas para situações jurídicas consolidadas — que preservem a confiabilidade do sistema jurídico ainda quando a nova orientação prevaleça doravante. Quando esses critérios são observados, a mudança jurisprudencial constitui exercício legítimo da função adaptativa do Direito; quando são desconsiderados, configura-se a patologia que a dimensão de coerência jurisprudencial pretende identificar.

A segunda dimensão adicional do ativismo judicial é a maximalista, identificada quando o tribunal decide mais do que o estritamente necessário para resolver o caso concreto. Sunstein (2026) formula a distinção entre decisões minimalistas — que se limitam ao necessário, deixando questões periféricas para deliberação futura — e decisões maximalistas, que estabelecem regras amplas e abrangentes de aplicação geral. O maximalismo judicial, embora possa trazer aparente benefício ao reduzir a incerteza sobre questões ainda não pacificadas, carrega risco institucional considerável: ao fixar parâmetros normativos para situações não adequadamente debatidas nos autos, o tribunal pode produzir regras que se revelam inadequadas quando confrontadas com a complexidade dos arranjos econômicos concretos.

A Crítica Hermenêutica do Direito ilumina um aspecto frequentemente negligenciado desse fenômeno: o maximalismo enfraquece a qualidade da fundamentação, pois obriga o tribunal a pronunciar-se sobre questões para as quais o contraditório e a instrução probatória foram insuficientes, favorecendo o recurso a argumentos genéricos e a princípios vagos em detrimento da análise circunstanciada que o caso concreto reclamaria (Streck, 2017).

A virtude epistêmica da proposta multidimensional de Campos (2014) reside no reconhecimento de que dimensões de ativismo e de autocontenção podem coexistir numa

mesma decisão. Uma corte pode ser ativista na interpretação expansiva de um princípio constitucional e, simultaneamente, autocontida na recusa de determinar medidas concretas ao Executivo. O autor faz distinção, a esse propósito, entre "ativismo de meio" e "ativismo de resultado" — categorias que descrevem a possibilidade de coordenação estratégica entre dimensões expansivas e restritivas numa mesma decisão, visando alcançar resultados que seriam inalcançáveis sem essa combinação.

Essa constatação possui implicação metodológica que não pode ser subestimada: a avaliação de uma decisão como ativista ou autocontida não comporta juízo global e indiferenciado, mas reclama análise desagregada que percorra cada dimensão relevante e identifique o grau de expansão ou contenção em cada uma delas. Sem esse cuidado, a rotulação de um julgado como "ativista" degenera em impressionismo acadêmico — vício que Pádua (2015) denuncia ao demonstrar que a expressão tem funcionado, em parcela significativa da doutrina brasileira, como clichê constitucional desprovido de rigor analítico.

Essa sofisticação analítica não deve, contudo, obscurecer a preocupação normativa que está na base do debate. Ramos (2015) sustenta que o ativismo, independentemente da dimensão em que se manifeste, configura disfunção no exercício da função jurisdicional — o exercício dessa função para além dos limites que o ordenamento impõe. Streck (2016) situa o problema no plano da teoria da decisão: a questão central não é quantitativa — não reside em saber quantas decisões o tribunal profere —, mas qualitativa — reside nos critérios que fundamentam o ato decisório. Quando esses critérios são substituídos pela vontade pessoal do julgador, configura-se o decisionismo. A convergência entre a exigência de integridade de Dworkin e a denúncia streckiana da discricionariedade aponta para o mesmo horizonte normativo: a autonomia do Direito reclama limites à atuação judicial que não se confundem com inação, mas que impedem a substituição da normatividade constitucional pela vontade do intérprete.

A relevância da construção tipológica para a análise que será empreendida nesta dissertação é, portanto, dupla. Em primeiro lugar, ela fornece as categorias descritivas sem as quais a identificação do ativismo permaneceria refém de avaliações impressionistas. Em segundo lugar, e este é o ponto que convém explicitar desde já, a tipologia multidimensional oferece o substrato teórico a partir do qual se construirá adiante a Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica (MAAJE) — instrumental analítico que selecionará, dentre as dimensões aqui apresentadas, aquelas de maior pertinência para o exame da decisão do STF acerca da regulação das plataformas de redes sociais. A seleção não será arbitrária: obedecerá a critério de adequação ao objeto, privilegiando as dimensões cujo potencial de impacto sobre a segurança jurídica e o desenvolvimento econômico é mais significativo —

notadamente a interpretativa, a legiferante, a de deferência institucional, a de coerência jurisprudencial e a maximalista. As demais dimensões, conquanto relevantes no plano teórico geral, possuem incidência mais difusa no recorte temático desta pesquisa, razão pela qual não integrarão o núcleo da matriz avaliativa, sem que isso importe em negação de sua importância para a compreensão do fenômeno em outras esferas da jurisdição constitucional.

A articulação entre a tipologia do ativismo e os marcos teóricos que sustentam esta dissertação — a segurança jurídica de Ávila e o institucionalismo de North — constitui, assim, operação que transcende a mera sobreposição de categorias. Cada dimensão do ativismo produz efeitos específicos e diferenciados sobre as condições institucionais de que depende o desenvolvimento econômico. A dimensão interpretativa afeta sobretudo a cognoscibilidade do Direito; a legiferante compromete a estabilidade regulatória e eleva custos de transação; a falta de deferência institucional atinge a calculabilidade e a confiança dos agentes na especialização funcional do Estado; a ruptura de precedentes mina a confiabilidade do sistema jurídico; e o maximalismo dilui a qualidade da fundamentação, corroendo a previsibilidade decisória que o ambiente de negócios reclama.

2.1.4 Ativismo judicial e discricionariedade decisória: distinção analítica

A tipologia multidimensional examinada no item anterior permite classificar manifestações distintas do exercício expansivo da função jurisdicional. Resta, contudo, enfrentar uma questão prévia que a literatura brasileira sobre ativismo nem sempre destaca com a clareza necessária: a de saber se ativismo judicial e discricionariedade decisória designam o mesmo fenômeno, designam fenômenos correlatos mas analiticamente distintos, ou se um é manifestação particular do outro. A resposta a essa pergunta condiciona, em larga medida, o que se há de medir, como medir e o que esperar das categorias propostas para avaliar a atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria econômica.

A confusão entre os dois conceitos não é exclusiva do debate brasileiro, mas nele assume contornos particularmente acentuados, em parte porque a recepção da Crítica Hermenêutica do Direito convergiu, na última década, com a leitura institucional do protagonismo do STF, e a sobreposição dos planos analíticos foi-se naturalizando — a ponto de se tomar, por vezes, qualquer decisão expansiva como discricionária, ou qualquer decisão discricionária como ativista.

Quando ativismo e discricionariedade são tratados como sinônimos, perde-se a possibilidade de identificar aquilo que talvez seja o achado mais relevante para o objeto desta dissertação: a hipótese de que ambos os fenômenos, embora distintos em sua natureza, podem

coincidir empiricamente, e que essa coincidência produz efeitos cumulativos sobre a segurança jurídica e o desenvolvimento econômico. Convém, portanto, demarcar com rigor cada um dos conceitos antes de articulá-los.

A formulação dogmática mais operacional do conceito de ativismo judicial, no direito brasileiro, é devida a Elival da Silva Ramos. Para o autor, o ativismo configura-se na "ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo" (Ramos, 2015, p. 101). A definição é dogmaticamente operacional por uma razão decisiva: ela identifica o ativismo no plano da arquitetura institucional do Estado, e não no plano da estrutura argumentativa da decisão singular. O que está em causa, nessa perspectiva, é a relação entre Poderes — o modo como o Judiciário se posiciona ante o Legislativo e o Executivo —, e não a coerência ou correção interna de cada julgado.

Essa delimitação é importante porque ressalta o caráter macroinstitucional do fenômeno. Ativismo, em sentido estrito, descreve um padrão de comportamento da Corte considerada como instituição, identificável pela natureza, pelo alcance e pela densidade normativa das decisões que ela profere. Quando o STF, ao decidir um recurso extraordinário com repercussão geral, formula tese vinculante que reorganiza fluxos administrativos, redefine competências federativas e estabelece percentuais de custeio (Temas 06 e 1234 da Repercussão Geral), o que está em jogo não é primordialmente a qualidade hermenêutica do voto condutor, mas a forma e a extensão com que a jurisdição constitucional ocupa espaço normativo que a Constituição reservou à atuação legislativa e administrativa.

A tipologia multidimensional de Campos (2014), examinada no item precedente, opera nessa mesma chave. Cada uma de suas cinco dimensões — interpretativa, legiferante, de deferência institucional, de coerência jurisprudencial, maximalista — descreve um modo específico pelo qual o exercício da função jurisdicional pode ultrapassar as fronteiras institucionais que lhe são próprias. Cada dimensão, portanto, descreve comportamento institucional, identificável pela forma e pelo alcance das decisões.

Discricionariedade, ao contrário, designa fenômeno de natureza diversa. Sua localização não é a relação entre Poderes, mas a estrutura interna do ato decisório individual. Trata-se de patologia que se manifesta no modo como o juiz constrói a fundamentação e atribui sentidos normativos — patologia que pode ocorrer tanto em decisões de ampla envergadura institucional quanto em decisões de alcance modesto.

A genealogia do conceito remonta ao positivismo jurídico do século XX. Hans Kelsen (1998) reconhecera, na teoria pura, que a interpretação judicial é ato de vontade — o intérprete

escolhe, dentro da moldura de sentidos compatíveis com o texto, aquele que aplicará ao caso concreto. Hart (2009), por sua vez, ao desenvolver a tese da textura aberta do direito, sustentou que nos casos difíceis o juiz exerce poder discricionário inevitável, atuando como legislador intersticial. A discricionariedade, para esses autores, não é defeito a corrigir, mas característica estrutural da atividade jurisdicional — espaço inevitável de criação que a teoria jurídica deve reconhecer, sem pretender preenchê-lo com critérios materiais de correção.

A virada hermenêutica contemporânea, desenvolvida no Brasil sobretudo por Lenio Streck, opera precisamente sobre esse legado positivista. Para Streck (2014), a discricionariedade positivista — entendida como atribuição de sentidos normativos a partir de convicções pessoais do julgador, à margem da tradição jurídica e dos princípios constitucionais — constitui patologia hermenêutica que compromete a autonomia do Direito. O ponto teórico decisivo, contudo, é que a discricionariedade não é fenômeno da arquitetura institucional, mas da estrutura argumentativa da decisão. Ela se manifesta no momento em que o juiz, ao construir os sentidos normativos aplicáveis ao caso, substitui a tradição jurídica pela própria consciência — e isso pode ocorrer tanto em decisões maximalistas quanto minimalistas, tanto em decisões expansivas quanto autocontidas, tanto em casos econômicos de alcance sistêmico quanto em controvérsias triviais.

A consequência analítica dessa caracterização é central para o objeto desta dissertação. Discricionariedade descreve fenômeno microdecisório — situa-se na anatomia interna do voto, na estrutura da fundamentação, na ancoragem (ou ausência de ancoragem) dos sentidos atribuídos no acervo da tradição jurídica.

Reconhecida a distinção entre ativismo (fenômeno macroinstitucional) e discricionariedade (fenômeno microdecisório), surge a questão decisiva: existe critério positivo capaz de distinguir, no plano microdecisório, a construção legítima da norma daquela construção que se converte em discricionariedade? A resposta afirmativa exige enfrentar uma premissa pós-positivista incontornável — a de que, em qualquer modelo teórico contemporaneamente defensável, o juiz constrói a norma. Não a descobre num ordenamento já dado, nem a deduz mecanicamente do texto. Toda decisão, mesmo a mais corriqueira, envolve algum grau de construção interpretativa.

Reconhecer isso, contudo, não equivale a render-se ao ceticismo: dizer que o juiz constrói não é dizer que ele constrói arbitrariamente. Para Dworkin (2007), o direito é prática interpretativa análoga à construção de um romance em cadeia, em que cada juiz, ao decidir, há de oferecer a melhor leitura possível do material jurídico já produzido — leitura que satisfaça simultaneamente as exigências de adequação (*fit*), isto é, de compatibilidade com o acervo

decisório anterior, e de justificação (*justification*), isto é, de coerência com os princípios morais que tornam essa prática institucionalmente defensável. A integridade, virtude constitutiva dessa concepção, impõe que o ordenamento seja tratado como conjunto coerente e articulado de princípios, e não como repositório de decisões avulsas.

A distinção dworkiniana entre argumentos de princípio e argumentos de política agrega elemento adicional ao critério. Argumentos de princípio fundamentam direitos individuais que devem ser respeitados independentemente de cálculos consequencialistas; argumentos de política sustentam metas coletivas cuja realização depende de juízos prudenciais sobre alocação de recursos e prioridades sociais. Para Dworkin (1999), a função jurisdicional é instância de argumentos de princípio; a função legislativa, de argumentos de política. A confusão entre as duas — quando o juiz decide com base em juízos prudenciais que pertencem ao espaço deliberativo democrático — caracteriza, na arquitetura dworkiniana, o desvio típico do ativismo.

A convergência entre Dworkin e Streck, embora frequentemente assinalada na literatura, exige cautela analítica para não se tornar lugar-comum acadêmico. Os dois autores partem de tradições diversas — o primeiro de matriz analítica anglo-americana, o segundo da hermenêutica filosófica continental —, e suas críticas à discricionariedade assumem inflexões distintas. Convergem, contudo, no essencial: ambos rejeitam o positivismo na tese de que o juiz, nos casos difíceis, decide por escolha subjetiva entre alternativas normativamente equivalentes; ambos sustentam que existe critério substantivo de correção da decisão judicial; ambos identificam, na invocação ad hoc de princípios para justificar resultados pré-concebidos, expressão paradigmática da patologia que pretendem combater.

Convém, ainda assim, registrar uma ressalva crítica que a discussão do tema costuma negligenciar. A integridade dworkiniana, levada ao extremo, pode produzir efeito colateral indesejável no contexto institucional brasileiro: a hipertrofia principiológica que Streck (2014) denominou pamprincipiologismo, e que se manifesta na proliferação de princípios construídos ad hoc para justificar quase qualquer resultado decisório. Quando todo conflito é reformulado como ponderação de princípios, e quando o repertório de princípios disponíveis se expande sem critério rigoroso, a previsibilidade que Ávila (2025) localiza na cognoscibilidade do Direito tende a ceder espaço a fórmulas tópicas cujo conteúdo se decide caso a caso. A integridade, nesse cenário, deixa de operar como antídoto à discricionariedade e passa a funcionar como sua roupagem mais sofisticada. Não há paradoxo: o instrumento que Dworkin formulou para conter o decisionismo pode, em ambiente institucional inadequado, fornecer-lhe vocabulário e legitimação.

Estabelecidas as definições de ativismo judicial e discricionariedade decisória, é possível formular com precisão a relação que se sustenta entre eles. São fenômenos analiticamente distintos: o primeiro descreve relação institucional entre Poderes; o segundo, estrutura interna do ato decisório. A distinção é indispensável porque permite identificar configurações que, sem ela, restariam confundidas.

É conceitualmente concebível — e empiricamente plausível — que se manifeste ativismo sem discricionariedade: tribunal que profira decisões de ampla envergadura institucional, ultrapassando fronteiras funcionais entre Poderes, mas o faça com fundamentação dotada de integridade dworkiniana, ancorada em precedentes, articulada a partir de argumentos de princípio coerentes com o desenho constitucional. É concebível, igualmente, discricionariedade sem ativismo: juiz que, em controvérsia de alcance modesto e sem ultrapassar fronteiras funcionais, decida por convicção pessoal, à margem da tradição jurídica, sem que sua decisão tenha repercussão institucional relevante. E é concebível, finalmente, a coincidência empírica de ambos os fenômenos — configuração em que a Corte exerce simultaneamente expansão funcional e patologia argumentativa, com efeitos cumulativos sobre a segurança jurídica.

Essa terceira configuração merece atenção particular porque, se efetivamente verificada na atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria econômica, produz consequências qualitativamente distintas das que decorreriam de cada fenômeno isoladamente considerado. Quando expansão funcional e patologia argumentativa coincidem, a deterioração das condições institucionais não é a mera soma aritmética dos efeitos de cada uma: cada uma delas potencializa os efeitos da outra, num arranjo em que a indeterminação argumentativa amplifica a imprevisibilidade decorrente da expansão normativa, e a expansão normativa multiplica o alcance dos vícios argumentativos.

A literatura crítica sobre o protagonismo judicial tem oferecido, há mais de duas décadas, indícios robustos das condições institucionais que tornam essa coincidência sistemicamente provável — desde a denúncia de Maus (2000) sobre a posição do Judiciário como superego da sociedade até as análises mais recentes sobre o modelo deliberativo fragmentado do STF, com seus votos individualizados, ausência de deliberação colegiada prévia e dispersão de orientações conforme a composição do plenário. Esses elementos serão retomados nos itens subsequentes, à medida que se aprofunde a discussão sobre os limites constitucionais da atuação expansiva da jurisdição e a legitimidade democrática das decisões judiciais. Por ora, basta o ponto teórico fundamental: ativismo e discricionariedade designam

problemas distintos, e a clareza sobre essa distinção é condição de possibilidade para que a investigação produza algo mais que impressionismo conceitual.

2.2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS E LIMITES CONSTITUCIONAIS

2.2.1 Teorias da interpretação constitucional

Se o item anterior se ocupou da genealogia, da distinção entre ativismo e judicialização e da tipologia do fenômeno, cumpre agora investigar as matrizes hermenêuticas que informam a interpretação constitucional, o princípio da separação de poderes como marco delimitador da atuação judicial e as condições de legitimidade democrática das decisões proferidas por órgãos jurisdicionais em matérias de elevada repercussão. Esses três eixos — interpretação, separação funcional e legitimidade — não formam compartimentos estanques: todo pronunciamento judicial sobre questão constitucional sensível pressupõe, explícita ou implicitamente, uma teoria da interpretação, uma concepção das relações entre os poderes e uma justificação do papel do Judiciário na democracia.

Quando essas premissas permanecem ocultas, a decisão se expõe ao risco de converter-se em exercício de vontade política disfarçado de aplicação técnica do direito. É o que Streck (2014) denomina discricionariedade positivista: a atribuição de sentidos a partir de convicções pessoais do julgador, sem ancoragem na tradição jurídica e nos princípios constitucionais que conformam o Estado Democrático de Direito. A possibilidade de que tais premissas não sejam explicitadas nos votos dos ministros agrava o déficit de controlabilidade das decisões e torna necessário maior esforço analítico.

A tradição do positivismo jurídico clássico enfrentou o problema da interpretação reconhecendo a existência de uma "moldura" normativa dentro da qual se abrigam diversas possibilidades de sentido. Conforme apontado anteriormente, para Kelsen (1998), a interpretação judicial consiste em ato de vontade que seleciona, dentre alternativas logicamente compatíveis com o texto, a que será aplicada ao caso concreto. A consequência dessa formulação é a admissão de espaço irredutível de discricionariedade — espaço que a teoria pura deliberadamente se abstém de preencher com critérios materiais de correção.

Hart (2009), por sua vez, ao reconhecer a textura aberta do direito, posicionou-se em terreno análogo: nos chamados casos difíceis, o juiz exerce inevitável poder discricionário, funcionando como legislador intersticial que preenche lacunas deixadas pela indeterminação semântica das regras. As duas formulações, embora diversas em sofisticação, compartilham a

premissa de que existe domínio da atividade judicial em que os critérios normativos se esgotam e a vontade do intérprete assume papel decisivo.

As teorias da argumentação jurídica, notadamente a de Alexy (2008), propuseram critérios procedimentais para a racionalidade decisória. A teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade — estruturada nas etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito — oferecem instrumental para a resolução de colisões entre normas de direito fundamental, pretendendo conferir controlabilidade racional ao processo de ponderação. A fórmula do peso proposta por Alexy busca quantificar o grau de afetação dos princípios colidentes e submeter a decisão a padrões de controlabilidade intersubjetiva.

A recepção brasileira dessa teoria, contudo, padece de distorções que não podem ser ignoradas. É preciso dizer com franqueza: o que se pratica nos tribunais brasileiros sob o nome de "ponderação" frequentemente guarda pouca semelhança com o rigor analítico da formulação original. Streck (2014) identifica nessa prática uma "ponderação à brasileira" que, desprovida de rigor, funciona como expediente retórico para justificar resultados previamente definidos pelo julgador. Neves (2012), em direção convergente, demonstra que a invocação genérica de princípios constitucionais sem devida reconstrução argumentativa transforma a ponderação em álibi teórico para voluntarismos decisórios, esvaziando a força normativa dos próprios princípios que se pretende concretizar.

A Crítica Hermenêutica do Direito, formulada por Streck (2014), aponta que a interpretação não é ato de vontade do sujeito cognoscente — como sustentava Kelsen (1998) — nem resultado de procedimentos argumentativos idealizados — como propõem as teorias discursivas —, mas fenômeno compreensivo que se realiza a partir da inserção do intérprete em tradição e em comunidade linguística. Em termos mais diretos: o magistrado, ao interpretar a Constituição, não parte de um ponto zero, desprovido de influências, pois toda sua atividade interpretativa é moldada pela formação que recebeu, pela tradição do direito em que está inserido e pela linguagem que compartilha com a comunidade jurídica. Essa estrutura prévia de sentido — a pré-compreensão — não é defeito a ser eliminado, mas condição que torna possível a compreensão do texto normativo e, ao mesmo tempo, estabelece os limites dentro dos quais a interpretação pode legitimamente se mover.

O texto normativo, nessa perspectiva, não está à disposição do intérprete: seu sentido emerge da moldura constitucional que precede e condiciona todo ato compreensivo. A Constituição opera como horizonte de sentido que delimita as possibilidades interpretativas, permitindo distinguir entre respostas adequadas e inadequadas sem que isso implique retorno ao objetivismo ingênuo. Streck (2014) sustenta que o texto é produto de uma correlação de

forças que se dá a partir do círculo hermenêutico, que supera o dualismo metafísico entre objetivismo e subjetivismo.

Essa formulação é decisiva para a análise do ativismo judicial. Se o sentido da norma constitucional não resulta de escolha subjetiva nem de procedimentos argumentativos contingentes, mas da tradição jurídica e da história institucional materializada na Constituição, então é possível identificar critérios substantivos para avaliar quando uma decisão ultrapassa os limites do constitucionalmente autorizado. O pan-principiologismo — a proliferação de "princípios" criados ad hoc pelos tribunais, desprovidos de normatividade constitucional genuína — constitui, para Streck (2014), um dos sintomas mais eloquentes dessa patologia hermenêutica: enunciados tautológicos que permitem apresentar qualquer resposta como correta, esvaziando a função limitadora que os princípios autênticos deveriam exercer.

A contribuição de Dworkin oferece, ao debate sobre os limites da interpretação constitucional, premissa que a literatura brasileira recentemente passou a explorar com maior profundidade. Sua tese central — a de que o juiz constrói a norma, mas a constrói com integridade — opera como antídoto teórico contra o decisionismo sem render-se ao formalismo positivista. A formulação merece exame detido, porque sua aparente proximidade com a Crítica Hermenêutica oculta diferenças importantes que, ignoradas, fragilizam o aproveitamento de cada matriz teórica em seu domínio próprio.

Para Dworkin (2007), o direito é prática interpretativa análoga à construção de um romance em cadeia. Cada julgador, ao decidir, encontra-se diante de material jurídico já produzido pelos juízes que o antecederam — precedentes, doutrinas, princípios consolidados —, e sua tarefa não consiste em iniciar capítulo autônomo nem em reproduzir mecanicamente o que veio antes, mas em oferecer a melhor leitura possível do conjunto, dando continuidade à narrativa institucional de modo que ela permaneça coerente e moralmente justificável.

Dworkin (2007) sintetiza essa exigência por meio de duas dimensões complementares: a adequação (*fit*), que demanda compatibilidade da decisão com o material jurídico precedente, e a justificação (*justification*), que exige que a leitura adotada apresente o ordenamento sob sua melhor luz moral. A integridade, virtude que governa essa prática, impõe que o ordenamento seja tratado como conjunto coerente e articulado de princípios, e não como repositório de decisões avulsas — exigência que se traduz, na atividade decisória cotidiana, em compromisso com a coerência diacrônica da jurisprudência.

A premissa pós-positivista que sustenta essa concepção merece registro explícito: o juiz constrói a norma. Não a descobre num ordenamento previamente dado, nem a deduz mecanicamente do texto. Construir, contudo, não é arbitrar. A construção é dirigida por critérios

— adequação ao material precedente, justificação por argumentos de princípio, coerência com a integridade do ordenamento — que distinguem a decisão constitucionalmente adequada da que se apresenta como mero exercício de vontade. As tradições filosóficas, contudo, divergem em ponto que não pode ser obscurecido: enquanto Streck localiza o critério de correção da decisão na pré-compreensão hermenêutica e na tradição jurídica que precedem o intérprete, Dworkin localiza-o na coerência argumentativa retrospectiva com o acervo decisório institucional. As duas matrizes podem coexistir e enriquecer-se mutuamente, desde que se reconheça que operam em registros teóricos distintos.

A distinção dworkiniana entre argumentos de princípio e argumentos de política agrega elemento adicional ao quadro. Argumentos de princípio fundamentam direitos individuais que devem ser respeitados independentemente de cálculos consequencialistas; argumentos de política sustentam metas coletivas cuja realização depende de juízos prudenciais sobre alocação de recursos e prioridades sociais. Para Dworkin (1999), a função jurisdicional é instância privilegiada de argumentos de princípio; a função legislativa, de argumentos de política. A confusão entre as duas — quando o juiz decide com base em juízos prudenciais que pertencem ao espaço deliberativo democrático — caracteriza, na arquitetura dworkiniana, desvio típico da função jurisdicional. Convém observar que esse desvio, na linguagem que esta dissertação adota, articula simultaneamente o ativismo (porque ultrapassa a fronteira funcional entre Judiciário e Legislativo) e a discricionariedade (porque a substituição de argumentos de princípio por argumentos de política tipicamente requer fundamentação ad hoc, à margem da tradição). A coincidência empírica entre ambos os fenômenos, antecipada no item 2.1.4, encontra na confusão dworkiniana entre princípios e políticas uma de suas expressões paradigmáticas.

A integridade dworkiniana, contudo, não é instrumento isento de tensões internas, e sua transposição ao contexto institucional brasileiro convoca cautelas que a literatura recente vem assinalando. Convém distinguir, antes de tudo, coerência e integridade — conceitos que a leitura apressada por vezes funde, mas que operam em registros analíticos distintos. A coerência, no sentido lógico-formal, designa a ausência de contradição entre proposições; a integridade, no sentido dworkiniano, é virtude moral-política que exige que o ordenamento seja interpretado de modo a apresentá-lo sob sua melhor luz, refletindo princípios consistentes que possam ser atribuídos à comunidade política como projeto comum. A integridade pressupõe coerência, mas a ela não se reduz: é possível que decisões sejam logicamente coerentes entre si e ainda assim careçam de integridade, se desprovidas da ancoragem principiológica que torna o ordenamento moralmente inteligível.

A distinção entre os dois conceitos produz consequência relevante quando se observa a prática decisória do Supremo Tribunal Federal. A coerência diacrônica — a relação que cada decisão estabelece com a cadeia jurisprudencial que a precede — é exigência que a integridade dworkiniana torna particularmente densa. Não basta que o tribunal decida hoje sem se contradizer internamente; é-lhe imposto que sua decisão se articule com o material decisório anterior de modo a permitir que se enxergue, retrospectivamente, projeto institucional inteligível.

Com isso, a ruptura de precedentes sem fundamentação adequada — ou, o que é mais grave, sem reconhecimento explícito de que se está promovendo *overruling* — não viola apenas a confiabilidade do sistema jurídico no sentido a que se refere Ávila (2025); viola a integridade do ordenamento no sentido dworkiniano, ao tratar a história decisória da Corte como repositório de soluções avulsas que podem ser abandonadas conforme a conveniência do caso.

Cabe ainda mencionar a hermenêutica concretizadora de Hesse (1991) e Müller (2008). Hesse formulou o princípio da força normativa da Constituição, segundo o qual a interpretação deve buscar a máxima realização do conteúdo normativo. Müller, ao distinguir entre programa normativo e âmbito normativo, demonstrou que a norma constitucional resulta da conjugação entre texto prescritivo e recorte da realidade regulada. Essas contribuições, contudo, devem ser recebidas com cautela no contexto brasileiro: como alertou Bercovici (2008), o instrumentalismo constitucional — a crença de que basta o Judiciário aplicar os direitos consagrados, dispensando mediação legislativa — converte o tribunal em instância substitutiva dos demais poderes, produzindo Teoria da Constituição desprovida de Teoria do Estado.

O panorama revela, em síntese, que a questão da expansão do papel judicial não pode ser adequadamente compreendida sem que se enfrente a pergunta sobre os limites da interpretação. Correntes que naturalizam a discricionariedade interpretativa como dado inevitável da textura aberta do Direito — Kelsen e Hart, na chave positivista clássica — tendem a esvaziar os critérios materiais de controle da decisão judicial. Correntes que sustentam a possibilidade de respostas constitucionalmente adequadas — como a Crítica Hermenêutica de Streck e a teoria da integridade de Dworkin — fornecem critérios para distinguir construção legítima da norma de discricionariedade, embora cada uma o faça a partir de premissas filosóficas distintas. Ressalte-se que essas correntes operam, em sentido estrito, no plano microdecisório: oferecem critérios de avaliação da estrutura argumentativa do voto, e não diretamente do comportamento institucional da Corte. Ambas, contudo, repercutem sobre a análise do ativismo na medida em que decisões institucionalmente expansivas, quando carentes de integridade argumentativa, acumulam patologias que se reforçam mutuamente.

A opção teórica desta dissertação articula essas duas perspectivas: a segurança jurídica e a previsibilidade institucional — pressupostos do desenvolvimento econômico, como demonstrado no capítulo anterior — dependem tanto da observância de fronteiras funcionais entre os Poderes (plano do ativismo) quanto da existência de critérios hermenêuticos que limitem o arbítrio interpretativo (plano da discricionariedade).

2.2.2 Separação de poderes e autocontenção judicial

O princípio da separação de poderes constitui o marco institucional a partir do qual se delimita o campo legítimo de atuação do Judiciário. Sua aparente simplicidade – atribuir a cada poder função predominante e mecanismos de controle recíproco – oculta, porém, complexidade considerável, sobretudo quando confrontada com as exigências do constitucionalismo contemporâneo. A tensão entre a vocação expansionista da jurisdição constitucional e a necessidade de preservar espaços de deliberação democrática constitui, possivelmente, o dilema institucional mais agudo das democracias constitucionais atuais.

A concepção originária, consolidada na formulação de Montesquieu (2000), estruturou-se sobre a premissa de que a concentração funcional é antitética à liberdade. Piçarra (1989), contudo, observa que a separação nunca operou, na prática, como repartição estanque, mas como princípio de organização funcional flexível, com interferências recíprocas institucionalizadas no mecanismo de freios e contrapesos. No constitucionalismo brasileiro, o artigo 2º da Constituição Federal combina independência com harmonia – formulação que rejeita tanto a separação rígida quanto a confusão funcional, mas que tem sido profundamente tensionada pela expansão da jurisdição constitucional no período pós-1988.

A doutrina da autocontenção judicial surge como contraponto ao ativismo. Campos (2014) identifica duas modalidades fundamentais: a estrutural – em que o juiz se abstém de decidir ou decide com deferência em respeito à autoridade constitucional e à capacidade epistêmica dos poderes representativos – e a prudencial – em que modera sua atuação para evitar reações políticas adversas que possam comprometer a eficácia do próprio Judiciário. A distinção importa porque seus fundamentos apontam para direções parcialmente distintas: a autocontenção estrutural responde a valores democráticos, enquanto a prudencial obedece a cálculos de estabilidade institucional.

Posner (2008) esclarece a lógica subjacente à autocontenção prudencial: tribunais que provocam reações políticas adversas arriscam perder parcela de sua autoridade institucional, comprometendo a capacidade de atuação futura inclusive em matérias que legitimamente exigem intervenção. As cortes protegem, assim, sua própria posição no arranjo de poderes,

evitando confrontos que possam resultar em enfraquecimento perante os demais poderes. Essa lógica não se confunde com a autocontenção estrutural: enquanto esta expressa convicção normativa sobre os limites da função judicial, aquela pode coexistir com a disposição expansionista, manifestando-se como cálculo estratégico sobre o momento adequado para agir.

A experiência comparada confirma que a opção entre autocontenção e ativismo não é meramente teórica. Mendes (2004), ao examinar a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, demonstra que o Tribunal Constitucional Federal alemão consolidou prática de deferência legislativa qualificada em matérias de conformação econômica e social, operando com margens de apreciação (*Gestaltungsspielraum*) que reconhecem ao legislador prioridade na definição de políticas públicas. O escrutínio mais rigoroso fica reservado a restrições que afetem diretamente direitos fundamentais de minorias ou que comprometam o núcleo essencial de garantias individuais — graduação que traduz, na prática decisória, a distinção teórica entre autocontenção estrutural e prudencial. Esse modelo contrasta com as oscilações mais acentuadas da jurisprudência norte-americana, onde a alternância entre períodos de deferência e de intervencionismo judicial reflete, em larga medida, as clivagens ideológicas que atravessam a composição da Suprema Corte (Campos, 2014).

Vermeule (2006) acrescenta argumento de ordem epistêmica que merece consideração: as limitações cognitivas inerentes à função jurisdicional tornam particularmente arriscadas decisões que pretendam redesenhar políticas públicas de natureza econômica. Magistrados não dispõem dos instrumentos de análise de impacto regulatório, das bases de dados setoriais e da expertise técnica que informam as decisões dos órgãos reguladores e do Legislativo. Essa assimetria informacional não impede o controle de constitucionalidade — que permanece indispensável —, mas recomenda que ele se exerça com consciência de suas próprias limitações, especialmente quando a matéria envolve consequências econômicas de difícil mensuração.

A autocontenção estrutural encontra justificação em dois fundamentos. O primeiro é democrático: sendo o Legislativo composto por representantes eleitos, suas deliberações gozam de presunção de constitucionalidade, cabendo ao Judiciário respeitá-las salvo em casos de afronta evidente. Essa concepção remonta a James Bradley Thayer, que sustentava que os tribunais somente deveriam declarar a inconstitucionalidade quando o vício fosse claro e inequívoco (*apud* Campos, 2014). O segundo fundamento é epistêmico: questões que envolvem políticas públicas, alocação de recursos e estratégias econômicas demandam conhecimentos técnicos que o Judiciário, em regra, não possui. Sunstein (2026) recomenda que as cortes evitem formulações teóricas ambiciosas e decidam o mínimo necessário para resolver o caso concreto.

A doutrina enfrenta, porém, objeções relevantes. Souza Neto e Sarmento (2012) advertem que a presunção de constitucionalidade não pode ser concebida de forma homogênea: restrições a direitos de minorias demandam escrutínio mais rigoroso que regulações econômicas de caráter geral, porque os mecanismos de representação majoritária podem falhar na proteção de grupos vulneráveis. Essa perspectiva graduada encontra formulação clássica na já mencionada nota de rodapé nº 4 do caso Carolene Products (1938).

A Crítica Hermenêutica do Direito supera a dicotomia entre ativismo e autocontenção por caminho diverso. Para Streck (2016), o verdadeiro problema não reside em saber se o juiz deve decidir mais ou menos, mas em determinar "como" ele decide — se a partir de argumentos de princípio ancorados na tradição jurídica e na Constituição ou de preferências pessoais e conveniências políticas. Grostein (2019), examinando a questão sob o prisma do direito comparado, chega a diagnóstico que, embora formulado em chave analítica distinta, converge para o mesmo ponto nevrálgico. Ao identificar no julgamento orientado pelo resultado (*result-oriented judging*) a concepção mais recorrente — e mais combatida — do ativismo judicial, o autor sustenta que a figura do "juiz ativista", independentemente da moldura teórica em que se a insira, remete sempre a um magistrado cuja judicatura não se mantém inteiramente isenta de convicções políticas e valorativas próprias.

Há, portanto, um fio condutor que atravessa tanto a crítica hermenêutica quanto a análise comparada: o ativismo que efetivamente compromete a segurança jurídica — e, por extensão, as condições institucionais do desenvolvimento econômico — não se confunde somente com a ampliação do campo decisório em si (macro), mas com a contaminação da decisão por preferências subjetivas que o julgador faz transitar, nem sempre de modo explícito, para dentro da fundamentação (micro). Nessa perspectiva, tanto o ativismo quanto a autocontenção podem ser igualmente problemáticos quando motivados por razões extrajurídicas.

Para o campo específico do desenvolvimento econômico, essa compreensão implica reconhecer que o Judiciário não pode se converter em instância formuladora de políticas econômicas – tarefa dos poderes dotados de legitimidade democrática e capacidade técnica –, mas tampouco pode se abster de exercer controle de constitucionalidade quando as políticas econômicas violarem direitos fundamentais ou princípios estruturantes da ordem econômica constitucional. A prudência institucional que se exige não é a da omissão – é a da consciência de limites e de integridade da fundamentação.

2.2.3 Legitimidade democrática das decisões judiciais

A dificuldade contramajoritária — expressão cunhada por Bickel (*apud* Barroso, 2024) — designa a tensão que se estabelece quando juízes não eleitos invalidam decisões de representantes escolhidos pelo voto popular. O problema não é exclusivo do Brasil, mas assume aqui contornos particularmente agudos em razão do desenho institucional concentrado do controle de constitucionalidade e da amplitude dos direitos e princípios da ordem econômica que compõem a Constituição de 1988.

As respostas à objeção contramajoritária dividem-se em vertentes que convém examinar criticamente. A primeira, substantivista, é defendida entre outros por Dworkin (2006): a democracia não se reduz à regra da maioria, mas incorpora dimensão material que exige proteção de direitos fundamentais que precedem o próprio processo democrático. A Constituição, como expressão do momento constituinte — instância de deliberação qualitativamente superior ao processo legislativo ordinário —, vincula as gerações futuras à observância de valores que maiorias transitórias não podem derrogar. Os direitos fundamentais funcionam, nessa concepção, como trunfos contra a maioria.

A segunda vertente, procedimentalista, aceita a legitimidade do controle judicial, mas restringe seu alcance. Ely (2010) sustenta que a revisão judicial se justifica quando corrige falhas no processo representativo e protege minorias contra discriminações ilegítimas — não quando substitui escolhas substantivas dos poderes democraticamente eleitos. A contribuição de Ely é particularmente relevante para a análise do ativismo em matéria econômica: decisões que substituem escolhas legislativas sobre regulação de mercados, política tributária ou alocação orçamentária carecem de legitimidade reforçada, uma vez que tais matérias constituem o cerne das competências deliberativas dos poderes representativos. Essa observação não implica que decisões econômicas estejam imunes ao controle de constitucionalidade — o que seria incompatível com a força normativa da Constituição —, mas que a intervenção judicial nesse campo exige fundamentação que demonstre a existência de falha no processo representativo ou de violação a direitos que as maiorias legislativas não podem legitimamente desconsiderar.

Habermas (1997), embora partindo de premissas filosóficas distintas, chega a conclusão parcialmente convergente ao sustentar que o tribunal constitucional deve atuar como guardião do processo democrático, assegurando as condições procedimentais da formação legítima da vontade política, sem arrogar-se a condição de legislador concorrente. A convergência entre Ely e Habermas, não obstante as diferenças de fundamentação, reforça a tese de que a legitimidade da jurisdição constitucional em matéria econômica está condicionada à demonstração de que a

intervenção judicial corrige falhas no processo deliberativo — e não simplesmente substitui as escolhas dos poderes representativos por opções que o tribunal considera mais adequadas.

A terceira vertente, dialógica, propõe que a legitimidade se avalia na dinâmica concreta de interação entre os poderes ao longo do tempo. Mendes (2011) argumenta que a decisão judicial que invalida lei não encerra o debate: o Legislativo pode reagir, modificando a legislação ou propondo emenda constitucional. A metáfora do diálogo enfrenta, porém, objeção relevante: na prática, a assimetria de poder entre tribunal constitucional e demais poderes transforma frequentemente o suposto diálogo em monólogo judicial, sobretudo quando a corte se vale de interpretações que exigem, para sua revisão, o procedimento gravoso da emenda constitucional (Silva; Mendes, 2015).

As três vertentes acima examinadas — substantivista, procedimentalista e dialógica — convergem em sustentar, com inflexões diversas, que a jurisdição constitucional admite reconciliação com a regra democrática. Há, contudo, posição teórica que rompe com essa convergência otimista e que merece registro autônomo, sob pena de o tratamento da legitimidade democrática se tornar parcial. Trata-se da crítica formulada por Ingeborg Maus, cujo ensaio “O Judiciário como superego da sociedade” (Maus, 2000) constitui uma das mais incisivas formulações da incompatibilidade estrutural entre protagonismo judicial e democracia.

Para a autora, o problema não é o de ajustar o controle de constitucionalidade aos requisitos da legitimidade democrática — problema que as três vertentes anteriores procuram resolver —, mas o de reconhecer que a posição funcional ocupada pelos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas é, em si, antidemocrática, na medida em que transfere para instância não eleita a tarefa de mediação valorativa que a deliberação representativa deveria realizar. A formulação de Maus (2000) é especialmente severa quanto ao papel de “guardião” que os tribunais reivindicam: longe de proteger a Constituição, esse papel resulta em substituição do soberano popular por instância tecnocrática que dispensa justificação procedimental e opera com autoridade moral inquestionada — fenômeno que a autora descreve como reativação, em chave jurídica, da figura paterna freudiana. A objeção de Maus não é facilmente respondida, e a literatura constitucional brasileira tem reconhecido sua pertinência crescente quando confrontada com a expansão observada do papel do STF no período pós-1988.

No contexto brasileiro, Vieira (2008) identificou na "Supremocracia" a concentração de poder decisório que converteu o STF, na prática, em instância dotada de primazia interpretativa sobre a Constituição, sem que se tenham desenvolvido mecanismos eficazes de controle dessa atuação expansiva. Campos (2014) classifica a modalidade extrema desse fenômeno como

"ativismo de soberania" — em que a corte se posiciona como titular exclusiva da interpretação constitucional, imune a controles externos e internos. Cumpre registrar, como advertem Pompeu e Maia (2013), que a legitimidade de origem do STF — enquanto órgão previsto pelo Poder Constituinte — não dispensa a legitimidade de exercício, que se manifesta na adequação das decisões ao texto constitucional e na qualidade da fundamentação que as sustenta.

Por caminho distinto, Streck (2016) aponta que a legitimidade das decisões não deriva da vontade popular delegada nem da superioridade moral dos juízes, mas do compromisso institucional com a fundamentação adequada. O dever de fundamentação, inscrito no artigo 93, IX, da Constituição e densificado pelo CPC/2015, não é exigência formal — é princípio instituidor da relação entre jurisdição e democracia. Uma decisão será legítima na medida em que demonstre que o resultado decorre de argumentos de princípio ancorados na tradição jurídica, e não de preferências ou conveniências do julgador.

Essa formulação possui consequências diretas para o objeto central desta dissertação. Decisões do STF que interferem em políticas monetárias, fiscais ou regulatórias carregam dupla exigência de legitimação: de um lado, devem demonstrar fundamento constitucional adequado; de outro, devem confrontar-se com a objeção de que as escolhas econômicas pertencem, por excelência, ao domínio da deliberação democrática e da expertise técnica. A insuficiência de fundamentação — ou o recurso a fundamentações genéricas baseadas em princípios vagos — compromete não apenas a legitimidade formal da decisão, mas a segurança jurídica e a previsibilidade de que dependem os agentes econômicos. O ativismo se torna patológico quando rompe os marcos constitucionais, substituindo a política pela jurisdição e convertendo o tribunal em instância soberana, imune ao controle democrático e à autocorreção institucional (Chevitarese, 2015).

2.3 O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

2.3.1 Constitucionalização do direito e expansão da jurisdição constitucional

A redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988 não representou mera restauração de liberdades suprimidas pelo autoritarismo. Tratou-se de refundação da ordem jurídica que instaurou novo paradigma na relação entre Constituição, legislação ordinária e atuação jurisdicional. Ao positivar extenso catálogo de direitos, constitucionalizar matérias antes reguladas pela legislação infraconstitucional e consagrar objetivos de transformação social — erradicação da pobreza, redução das desigualdades —, a Constituição operou o que a doutrina denomina constitucionalização do direito: o efeito expansivo pelo qual o conteúdo

material e axiológico do texto constitucional passa a irradiar-se, com força normativa, por todo o sistema jurídico (Barroso, 2024).

Três especificidades merecem destaque. A primeira é o caráter analítico e compromissório do texto: a Constituição regulamenta matérias de organização econômica, tributária, financeira, administrativa, processual e urbanística, entre tantas outras. Essa amplitude faz com que praticamente qualquer questão politicamente relevante possa ser formulada em termos constitucionais e submetida ao Judiciário (Barroso, 2015).

A segunda é o sistema misto de controle de constitucionalidade, que combina tradições difusa e concentrada e multiplica as vias de judicialização (Mendes, 2004). A ampliação do rol de legitimados para a ação direta (art. 103 da CF/1988), rompendo com o monopólio anteriormente exercido pelo Procurador-Geral da República, democratizou o acesso ao controle concentrado e expandiu a agenda do STF (Campos, 2014). A dimensão quantitativa dessa expansão é eloquente: o volume de ações diretas ajuizadas perante o STF multiplicou-se exponencialmente após 1988, e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental pela Lei nº 9.882/1999 abriu via processual adicional para a judicialização de questões até então consideradas políticas. A institucionalização das audiências públicas e da figura do *amicus curiae* ampliou materialmente o alcance deliberativo da jurisdição constitucional, conferindo às decisões do STF caráter quase-legislativo em matérias de grande repercussão social e econômica. A Emenda Constitucional nº 45/2004, por fim, ao criar a repercussão geral como filtro de admissibilidade do recurso extraordinário e ao institucionalizar a súmula vinculante, consolidou a transformação do STF em instância com poderes normativos que vão muito além da resolução de casos individuais.

A terceira especificidade é descrita por Streck (2011) e consiste no deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário, gerado pela conjunção entre força normativa do texto constitucional e deficiência na execução de políticas públicas. A Constituição assumiu função compensatória, convertendo-se em repositório de promessas de transformação cuja efetivação, ante a inércia dos poderes representativos, tendeu a ser canalizada para a arena judicial. Esse deslocamento não decorreu de aspiração dos magistrados, mas da coexistência entre as promessas não cumpridas do Estado Social e as exigências normativas de uma Constituição Dirigente — circunstância que Moreira (2010) identifica como marca da experiência constitucional brasileira.

Cumpre reiterar, todavia, a distinção capital entre constitucionalização do direito e ativismo judicial. A expansão da jurisdição constitucional é consequência legítima e previsível do desenho institucional de 1988, o ativismo, por outro lado, configura extrapolação dos limites

dessa jurisdição. No entanto, há que ressalvar que o mero fato de o Judiciário decidir questões de relevo político-social, em decorrência da irradiação normativa da Constituição, não constitui manifestação negativa de ativismo, mas exercício ordinário da função jurisdicional.

2.3.2 O STF como protagonista institucional pós-1988

A trajetória do STF anterior a 1988 não permite falar em protagonismo judicial em sentido relevante. Daniel Sarmento, em passagem citada por Campos (2014), observa que a atuação histórica do Judiciário brasileiro sujeitava-se muito mais à crítica de omissão e de conivência com os detentores do poder do que à acusação de excesso de ativismo. Sob os regimes autoritários — do Estado Novo ao Regime Militar —, a Corte enfrentou ciclos sucessivos de constrangimento institucional. Mesmo nos breves períodos de normalidade democrática, o STF não logrou consolidar-se como instância autônoma de controle, em razão da fragilidade do sistema de controle de constitucionalidade e da prevalência de cultura jurisprudencial conservadora e deferente ao poder político (Campos, 2014, p. 209-214).

A Constituição de 1988 alterou radicalmente esse quadro. Ao declarar expressamente o STF como guardião da Constituição (artigo 102, caput), dotou-o de competências originárias sem paralelo: ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandado de injunção, reclamação constitucional, além do controle difuso por via recursal. Essa acumulação de competências configurou, como observa Campos (2014, p. 220), quadro extraordinariamente generoso de oportunidades de litigância constitucional. Contudo, como tratado no tópico precedente, o ciclo de reformas não se esgotou no texto originário: as Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999 introduziram modulação temporal dos efeitos e participação de *amici curiae*; a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao criar a súmula vinculante e a repercussão geral, completou o que Vieira (2008, p. 445) qualificou como ciclo de concentração de poderes decisórios nas mãos do Supremo.

Os resultados dessa expansão são tangíveis, visto que nas últimas décadas o STF decidiu questões de extraordinária repercussão: equiparação das uniões homoafetivas, autorização para interrupção de gestação de fetos anencéfalos, vedação do nepotismo, demarcação de terras indígenas, distribuição de royalties, constitucionalidade de cotas raciais, inquérito das fakes news, além de casos de enorme repercussão como as Ações Penais 470 e 2668. A lista é extensa e poderia ser longamente ampliada — o que importa reter é que cada uma dessas decisões reconfigurou, em maior ou menor medida, o arranjo institucional e as expectativas dos agentes econômicos e sociais.

Os fatores explicativos dessa ascensão, conforme a análise de Campos (2014, p. 237-240), dividem-se em três categorias. Fatores institucionais — novos desenhos da estrutura e funcionamento da Corte, ampliação dos poderes de controle e amplo acesso à jurisdição concentrada. Fatores sociopolíticos — déficit funcional dos poderes representativos, crescente desconfiança da sociedade em relação ao Legislativo e ao Executivo, canalização de demandas não atendidas pela política representativa para a arena judicial. E fatores jurídico-culturais — renovação dos ministros e substituição do conservadorismo jurisprudencial por postura receptiva às ideias neoconstitucionalistas, favoráveis à interpretação criativa e expansiva dos direitos fundamentais.

A conjunção desses fatores configurou o que se pode denominar espiral de protagonismo: os instrumentos ampliam as oportunidades de atuação; o déficit funcional dos demais poderes canaliza demandas; a cultura decisória dispõe os ministros a acolhê-las por meio de interpretações expansivas; a aprovação social reforça a posição institucional do Tribunal, alimentando novo ciclo de expansão. A esse fenômeno soma-se a crescente concentração de poder decisório nos relatores, que por meio de decisões monocráticas — liminares, tutelas de urgência e suspensões de segurança — passaram a conformar individualmente questões de grande repercussão econômica, por vezes antecipando-se ao julgamento colegiado ou mantendo por tempo indefinido situações provisórias que se consolidam na prática (Ex. aumento do IOF – ADC 96, divisão dos royalties do petróleo).

Essa dinâmica amplia a imprevisibilidade: os agentes econômicos precisam considerar não apenas a orientação do plenário, mas as inclinações individuais de cada ministro, numa fragmentação decisória que a teoria institucionalista identificaria como fator autônomo de elevação dos custos de transação. A descrição desse mecanismo não implica juízo de valor sobre sua conveniência: a legitimidade da atuação judicial não se mede pela extensão do protagonismo, mas pela qualidade da fundamentação e pela observância dos limites constitucionais da função jurisdicional.

A proeminência do STF não se exerce, contudo, sem tensões. A concentração de poder decisório suscita reações doutrinárias e político-institucionais que vão desde a denúncia acadêmica dos riscos de um governo de juízes até propostas legislativas de contenção, como a PEC nº 33/2011, que pretendia submeter decisões do STF em controle concentrado à aprovação do Congresso Nacional. Essas reações evidenciam que o protagonismo judicial, quando exercido sem limites claros, pode desestabilizar o próprio arranjo constitucional que lhe confere legitimidade.

2.3.3 Críticas e defesas do ativismo judicial no Brasil

O debate brasileiro adquiriu, nas últimas duas décadas, densidade que, embora não rivalize em extensão temporal com a tradição norte-americana, apresenta riqueza argumentativa considerável. As posições em disputa organizam-se em torno de três vertentes principais — e convém examiná-las não como catálogo, mas como expressões de tensões reais e irresolvidas do constitucionalismo pátrio.

A primeira vertente, articulada em torno da denúncia dos riscos democráticos do protagonismo judicial, sustenta a incompatibilidade estrutural entre certos padrões de atuação expansiva do Judiciário e o Estado Democrático de Direito. A objeção que se apoia na Crítica Hermenêutica do Direito desloca o foco para o plano da estrutura argumentativa: o problema central não é apenas a expansão funcional, mas o modo pelo qual ela se opera, quando argumentos de política e convicções morais privadas substituem argumentos de princípio ancorados na tradição constitucional. O pamprincipiologismo, pelo qual princípios constitucionais são invocados genericamente como álibis retóricos, constitui, para Streck (2014), a manifestação mais visível da discricionariedade decisória no cenário brasileiro — patologia que, embora analiticamente distinta do ativismo, com ele frequentemente coincide.

Nesse campo, a objeção institucional, por sua vez, aponta os riscos de desequilíbrio federativo e fragmentação decisória. Koerner (2013) propõe diagnóstico que desloca a análise do plano hermenêutico para a economia política das instituições: o que se tem denominado ativismo resultaria, em parte, de aliança entre a Presidência da República e elites jurídicas voltada à promoção de governança por meio do instrumental judicial. Essa leitura, embora provocativa, ilumina dimensão frequentemente negligenciada: o ativismo judicial não se explica apenas pelas convicções dos magistrados ou pela abertura semântica dos textos normativos, mas também pelas condições políticas e institucionais que incentivam determinados padrões decisórios — o que torna ingênua qualquer análise que se restrinja ao plano estritamente hermenêutico.

A segunda vertente, frequentemente associada a Barroso, aceita o protagonismo judicial como fato institucional condicionado à razoabilidade e proporcionalidade. O argumento, articulado em obras que se tornaram referência obrigatória no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, sustenta que num sistema de constitucionalização abrangente e mecanismos generosos de controle de constitucionalidade — como o desenhado pela Constituição de 1988 —, o Judiciário inevitavelmente se torna arena de decisão sobre questões politicamente sensíveis, e esse papel pode ser legítimo quando visa concretizar direitos fundamentais ante a inércia ou a insuficiência dos poderes representativos. Para Barroso, a postura ativista, exercida

com prudência e adequada fundamentação, contribui para a maturação do constitucionalismo democrático, na medida em que torna efetivos comandos constitucionais que de outro modo permaneceriam letra morta.

A objeção mais contundente a essa formulação — já registrada no item 2.1.2 — reside na insuficiência dos critérios propostos para distinguir ativismo legítimo de ativismo problemático. Pádua (2015) demonstra que categorias como "ativismo bom" e "ativismo ruim" carecem de densidade normativa, funcionando como juízos ad hoc que variam conforme o alinhamento ideológico do analista com o resultado da decisão. A objeção, contudo, não autoriza descarte sumário da contribuição barrosiana: ela aponta limite analítico do conceito, e não falsidade da intuição que o anima. Sem entrar no mérito normativo da disputa — que extrapolaria os limites desta dissertação —, é razoável reconhecer que a posição de Barroso identifica corretamente uma circunstância institucional do constitucionalismo contemporâneo: a de que o desenho da jurisdição constitucional brasileira, em si, predispõe à expansão do papel judicial. O que essa vertente não oferece, e o que esta dissertação procura formular, é critério rigoroso para distinguir, dentre as expressões dessa expansão, aquelas que preservam as condições institucionais de que depende o desenvolvimento econômico daquelas que as deterioram.

A terceira vertente sustenta a necessidade de efetivação da Constituição em contexto de déficit democrático. A crítica de Garau, Mulatinho e Reis (2015) alerta, porém, que a fundamentação técnica das decisões sobre questões políticas pode ocultar, sob aparência de neutralidade, escolhas valorativas que deveriam ser submetidas ao debate público — transformando controvérsias políticas em questões supostamente técnicas e dificultando o exercício da cidadania ativa. O risco identificado pelos autores é de natureza epistêmica e democrática: na medida em que a linguagem jurídica especializada reveste de objetividade decisões que são, em última instância, escolhas entre valores concorrentes, o espaço para a participação cidadã se contrai, e o debate político genuíno cede lugar a disputas entre experts cujas premissas permanecem opacas para o público.

Rocha e Barbosa (2015) oferecem contribuição relevante ao propor a adoção de sistema de precedentes vinculantes como instrumento de contenção do ativismo. A vinculação a precedentes operaria como mecanismo de racionalização, impondo coerência diacrônica à jurisprudência e limitando a discricionariedade individual. Reconhecem, contudo, que a transposição do stare decisis ao Brasil exige adaptações significativas: a centralização federativa, a inexistência de mecanismos eficientes de filtragem constitucional, a dupla posição do STF como corte constitucional e instância recursal, e sobretudo a forma individualizada com

que os ministros proferem seus votos — sem compromisso institucional com decisão colegiada previamente deliberada.

Esse último aspecto — o modelo deliberativo do STF — constitui dimensão frequentemente negligenciada, mas de relevância capital. A prática de votos longos e individualizados, a ausência de deliberação colegiada prévia ao julgamento e a possibilidade de que o acórdão represente mera agregação aritmética de posições individuais — e não resultado de razão institucional compartilhada — agravam a imprevisibilidade decisória e dificultam a formação de *ratio decidendi* clara. Essa fragmentação deliberativa, combinada com o amplo leque de competências da Corte, produz ambiente no qual as orientações jurisprudenciais podem variar conforme a composição do plenário e as inclinações de cada ministro — circunstância que compromete diretamente a segurança jurídica cuja centralidade para o desenvolvimento econômico é essencial.

A convergência das vertentes aponta para diagnóstico compartilhado: o protagonismo do STF é fato institucional consolidado, resultante de fatores estruturais que transcendem a vontade individual dos magistrados, no entanto, se exercido sem limites hermenêuticos rigorosos e sem mecanismos eficazes de controle, arrisca converter-se em fonte de instabilidade institucional e de insegurança jurídica. A divergência reside na identificação dos critérios normativos aptos a distinguir o exercício legítimo da jurisdição constitucional do ativismo que extrapola os limites funcionais do Poder Judiciário.

Essa questão adquire gravidade especial quando projetada sobre o domínio da ordem econômica — campo no qual as decisões judiciais produzem efeitos sistêmicos sobre a previsibilidade dos contratos, a estabilidade regulatória, os custos de transação e, em última instância, as condições institucionais de que depende o desenvolvimento econômico. É precisamente essa projeção que será objeto do capítulo seguinte, no qual será examinada a regulação das plataformas de redes sociais por meio de decisão judicial.

3 ATIVISMO E INTEGRIDADE ARGUMENTATIVA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA ECONÔMICA

3.1 METODOLOGIA DE ANÁLISE DA DECISÃO

A escolha metodológica que orienta este capítulo demanda justificação explícita, sob pena de a investigação sucumbir a objeção que a literatura de metodologia da pesquisa em ciências sociais identifica como uma das mais recorrentes: a de que estudos de caso únicos seriam incapazes de produzir conhecimento generalizável. A objeção é tradicional e respeitável; sua resposta, contudo, exige distinção que nem sempre é feita com clareza nos trabalhos jurídicos brasileiros, e da qual depende a inteligibilidade do desenho de pesquisa aqui adotado.

A distinção fundamental opera entre dois tipos de inferência. A inferência nomotética, característica das ciências naturais e da pesquisa quantitativa em ciências sociais, busca estabelecer regularidades universais a partir da observação de amostras representativas — sua validade depende da quantidade e da aleatoriedade da amostra, e seu objetivo é a formulação de leis ou correlações estatísticas. A inferência analítica, característica da pesquisa qualitativa aprofundada, busca compreender em densidade um fenômeno singular para refinar conceitos, identificar mecanismos causais e contribuir para o desenvolvimento teórico — sua validade depende da escolha do caso e da profundidade da análise, e seu objetivo é a iluminação conceitual de processos que a análise superficial de muitos casos não permitiria perceber. Yin (2015) sistematiza essa distinção ao afirmar que a generalização permitida pelo estudo de caso é analítica, não estatística: o pesquisador não pretende inferir, da unidade observada, comportamento de uma população, mas contribuir para o refinamento das proposições teóricas que orientam a investigação.

A consequência metodológica dessa distinção é central para o trabalho. A presente dissertação não pretende afirmar que o Supremo Tribunal Federal, considerado como instituição, exerce sistematicamente padrão ativista ou decisionista em todas as suas manifestações em matéria econômica — afirmação que demandaria análise estatística de universo amostral, com inferência nomotética que um caso jamais autorizaria. A pretensão é outra e analiticamente mais sofisticada: demonstrar, mediante exame aprofundado de caso paradigmático, como a articulação entre expansão funcional e déficit de integridade (em sentido amplo) argumentativa pode efetivamente ocorrer no exercício da jurisdição constitucional, identificar os mecanismos institucionais que tornam essa coincidência empírica possível, e oferecer instrumental analítico — a Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica — passível de aplicação a outros julgados em investigações futuras. A inferência, portanto, é teórica: contribui-se para o refinamento conceitual de categorias que a literatura constitucional brasileira tem mobilizado esforços, oferecendo critérios operacionais que ulteriores pesquisas poderão testar em outros contextos decisórios.

A defesa epistemológica mais robusta dessa configuração é devida a Flyvbjerg (2006), cujo trabalho sobre os limites da pesquisa social baseada em casos enfrenta diretamente os equívocos que tradicionalmente se atribuem ao método. O autor demonstra, primeiro, que o conhecimento teórico abstrato — aquele que pretende formular regras gerais independentes do contexto — é insuficiente para a compreensão de fenômenos sociais densos, cuja inteligibilidade depende justamente da apreensão das particularidades que casos concretos exibem; segundo, que a aprendizagem humana, em todas as áreas que envolvem julgamento prático, opera por exposição a casos paradigmáticos e não por dedução a partir de princípios universais; terceiro, que a falsa oposição entre estudo de caso e generalização decorre de incompreensão sobre o que cada tipo de pesquisa pretende produzir — o estudo de caso bem conduzido pode tanto gerar quanto testar hipóteses, contribuindo para o avanço teórico de modo que a pesquisa quantitativa convencional, presa à mensuração de variáveis pré-definidas, dificilmente alcança. A "força do exemplo", na expressão do autor, é subestimada nas tradições convencionais de pesquisa, e estudos de caso paradigmáticos podem oferecer contribuição central ao desenvolvimento científico quando bem conduzidos.

Há, ainda, particularidade do objeto desta dissertação que torna a opção pelo estudo de caso aprofundado não apenas defensável, mas analiticamente exigida. As decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria econômica não são equivalentes umas às outras: cada julgamento mobiliza arquitetura argumentativa própria, configura tese vinculante específica, produz efeitos institucionais que dependem do desenho normativo construído no acórdão. Tratar essas decisões como unidades comparáveis em chave estatística seria desconsiderar o que cada uma tem de constitutivamente singular — a tese fixada, a modulação adotada, os fluxos administrativos eventualmente desenhados, as conexões com a jurisprudência prévia que cada decisão reconhece ou rompe. A profundidade que o exame de um caso paradigmático permite, nessa configuração, não é luxo metodológico, mas exigência epistêmica: sem ela, a análise se torna superficial e os resultados, indeterminados.

Cumpre, ainda assim, reconhecer com franqueza os limites do método. O estudo de caso aprofundado não permite afirmar a frequência com que o padrão observado se repete no conjunto da atuação do STF; não autoriza prognósticos sobre como o Tribunal decidirá controvérsias futuras de natureza diversa; e não substitui pesquisas de maior amplitude amostral que outras investigações poderão realizar. O que oferece, e o que se pretende oferecer com a presente dissertação, é compreensão densa de como, em caso paradigmático cuidadosamente selecionado, os fenômenos teoricamente articulados nos capítulos anteriores se manifestam concretamente — compreensão a partir da qual hipóteses podem ser formuladas, instrumentos

analíticos podem ser refinados, e o debate constitucional brasileiro sobre os limites da jurisdição em matéria econômica pode avançar com maior densidade conceitual.

3.1.1 Critérios de seleção do caso paradigmático

A escolha do Recurso Extraordinário 1.037.396/SP, julgado sob o regime da repercussão geral como Tema 987 do Supremo Tribunal Federal, como caso a ser submetido ao instrumental analítico desta dissertação, não é arbitrária nem resultado de preferência subjetiva do pesquisador. Ela responde a critérios explícitos de seleção, articulados a partir da literatura especializada em pesquisa qualitativa e adequados ao desenho de investigação proposto.

A literatura sobre seleção de casos em pesquisa qualitativa identifica diferentes estratégias de escolha, cada uma adequada a finalidades investigativas distintas. Yin (2015) sistematiza as principais tipologias, registrando que o caso pode ser eleito por seu caráter paradigmático — quando funciona como exemplar de referência para uma classe de fenômenos —, crítico — quando oferece terreno de máxima dificuldade para a teoria a ser testada —, extremo ou desviante — quando se afasta marcadamente da média e por isso é particularmente revelador —, ou representativo — quando reproduz, em escala observável, características típicas da classe inteira. As tipologias não são mutuamente excludentes; um mesmo caso pode satisfazer simultaneamente diferentes critérios de seleção, e a combinação reforça a robustez do desenho de pesquisa. Flyvbjerg (2006) acrescenta a essa tipologia o critério da informação maximamente útil: a escolha do caso deve orientar-se para aquele que ofereça a quantidade e a qualidade de informação capazes de produzir o maior avanço cognitivo sobre o fenômeno investigado.

Aplicados esses parâmetros ao objeto desta dissertação, o RE 1.037.396/SP qualifica-se simultaneamente como caso paradigmático e como caso crítico — e essa dupla qualificação é, em si, primeira razão de sua escolha. Como caso paradigmático, o julgamento opera como exemplar de referência para a classe de litígios sobre responsabilidade civil das plataformas digitais no Brasil: a tese vinculante fixada pelo Tribunal estabelece o padrão decisório que orientará, doravante, todas as controvérsias análogas, e a interpretação que o STF conferiu ao artigo 19 do Marco Civil da Internet redefine, na prática, o regime jurídico aplicável a um setor inteiro da economia.

Como caso crítico, o julgamento oferece à hipótese de pesquisa o terreno de teste mais exigente: trata-se de decisão em que a Corte enfrentou colisão complexa entre direitos fundamentais (liberdade de expressão, dignidade da pessoa humana, livre iniciativa), em que a moldura legislativa preexistente era expressa e recente, e em que a expansão funcional do

Tribunal, se verificada, ocorreria a despeito de marco regulatório democraticamente deliberado pelo Congresso Nacional. Se a articulação entre ativismo macroinstitucional e discricionariedade microdecisória — hipótese central da investigação — efetivamente se verificar nesse caso, a força inferencial do achado é particularmente elevada, porque o caso reúne todas as condições que tornariam o ativismo problemático, se ele ocorrer.

Cinco critérios objetivos sustentam a escolha do caso e merecem registro explícito.

O primeiro é o da relevância institucional. O RE 1.037.396/SP teve repercussão geral reconhecida pelo Tribunal, foi julgado pelo plenário em sua composição integral, resultou em fixação de tese vinculante nos termos do artigo 1.040 do Código de Processo Civil brasileiro, e contou com modulação de efeitos. O peso institucional do julgamento autoriza tratá-lo como manifestação representativa da postura decisória da Corte, e não como evento episódico.

O segundo é o da densidade hermenêutica. O caso configura hard case por excelência: mobiliza pluralidade de princípios constitucionais em colisão, exige ponderação entre direitos fundamentais que não admitem solução matemática, comporta divergências significativas entre os ministros quanto à premissa interpretativa adequada, e suscita controvérsia legítima sobre o alcance da função jurisdicional ante o regime legal estabelecido. A densidade hermenêutica é condição de possibilidade para a aplicação do teste de integridade que se pretende realizar: o teste só faz sentido quando há, efetivamente, alternativas argumentativas em disputa que mereçam exame quanto à sua conformidade com os critérios de adequação e justificação.

O terceiro é o da magnitude econômica setorial. As plataformas digitais constituem, no contexto brasileiro contemporâneo, setor econômico de relevância estratégica que articula múltiplos mercados — comunicação, comércio eletrônico, publicidade digital, intermediação de serviços, criação e distribuição de conteúdo. O regime de responsabilidade civil aplicável a esses agentes condiciona diretamente decisões de investimento, configuração de modelos de negócio, custos operacionais de moderação de conteúdo e estruturas de governança empresarial. A magnitude do impacto setorial torna o julgamento particularmente apropriado para o exame da articulação entre decisão judicial e condições institucionais do desenvolvimento — articulação que opera pelos canais dos custos de transação, da previsibilidade do quadro normativo e da confiabilidade do sistema jurídico para investimentos de maturação lenta.

O quarto é o da articulação com o referencial teórico mobilizado nesta dissertação. O caso permite, simultaneamente, aplicação dos critérios dogmáticos de identificação do ativismo macroinstitucional (Ramos, 2015; Campos, 2014), do teste de integridade decisória no plano microdecisório (Dworkin, 2007), do exame da estrutura argumentativa dos votos quanto à eventual incidência de discricionariedade voluntarista (Streck, 2014), do diagnóstico de

impacto sobre as três dimensões da segurança jurídica (Ávila, 2025) e da análise dos efeitos sobre as condições institucionais do desenvolvimento (North, 2018). Essa convergência de aplicabilidade não é fortuita: o caso oferece terreno particularmente fecundo porque articula, na própria substância da controvérsia decidida, as dimensões teóricas que a investigação se propõe a examinar.

O quinto é o da disponibilidade documental. A análise hermenêutica em profundidade que esta dissertação se propõe a realizar exige acesso integral ao material decisório — não apenas à ementa ou aos extratos disponíveis nos informativos, mas ao inteiro teor do acórdão, aos votos individuais de cada ministro, às transcrições dos debates orais quando disponíveis, e aos registros das audiências públicas e manifestações de *amicus curiae*. O Tema 987 oferece essa disponibilidade em grau particularmente elevado: o material processual completo encontra-se publicamente acessível, os votos foram integralmente publicados, e o caso foi acompanhado por intensa cobertura institucional que permite reconstituir, com precisão, a trajetória deliberativa do Tribunal. A condição é necessária — sem material primário denso, a análise seria especulativa; sua satisfação no caso em exame autoriza a profundidade que se pretende alcançar.

Cumpre registrar, por exigência da honestidade metodológica antecipada no item anterior, o que a escolha do caso não pretende abranger. O RE 1.037.396/SP exemplifica configuração específica do exercício jurisdicional do STF em matéria econômica — aquela que se manifesta em julgamento de repercussão geral com fixação de tese vinculante em controvérsia envolvendo regulação de atividade econômica e ponderação de direitos fundamentais. Outras configurações — decisões em controle concentrado, julgamentos em matéria tributária, intervenções em políticas monetárias — apresentam dinâmicas próprias que demandariam investigação autônoma. A pretensão desta dissertação não é abranger o universo dessas configurações, mas examinar em profundidade aquela que o caso paradigmático exemplifica, oferecendo, como subproduto, instrumental analítico — a Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica, apresentada no item seguinte — passível de adaptação a outras configurações em pesquisas futuras.

Por fim, quanto à escolha do caso, apesar de ter ocorrido o julgamento conjunto do RE 1.057.258, a limitação do objeto visa a análise mais analítica do processo referencial ante a construção da tese principal no RE 1.037.396/SP pelo Min. Rel. Dias Toffoli.

3.1.2 A Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica (MAAJE)

Reconhecer ativismo judicial em decisão concreta é tarefa de considerável complexidade conceitual, como ficou evidenciado no Capítulo 2. A polissemia do conceito, a coexistência possível entre traços ativistas e autocontidos num mesmo julgado, a distinção entre ativismo macroinstitucional e discricionariedade microdecisória — desenvolvida no item 2.1.4 desta dissertação — e a articulação entre esses fenômenos e seus impactos institucionais exigem instrumental analítico que supere a mera intuição doutrinária e ofereça parâmetros verificáveis. Propõe-se, nesse sentido, a Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica — doravante MAAJE —, composta por indicadores derivados dos referenciais teóricos que sustentam esta dissertação: a tipologia multidimensional de Campos, o teste de integridade decisória de Dworkin, o trinômio da segurança jurídica de Ávila e o institucionalismo econômico de North.

A decisão de construir métrica própria, em vez de adotar modelo preexistente, justifica-se por lacuna identificada na literatura brasileira: nenhuma das propostas disponíveis articula simultaneamente as quatro dimensões que a pesquisa requer — a identificação do ativismo macroinstitucional, a verificação da integridade decisória no plano microdecisório, a avaliação dos efeitos sobre a segurança jurídica e a apuração dos impactos sobre as condições institucionais do desenvolvimento econômico. A MAAJE busca suprir essa lacuna, integrando os marcos teóricos já desenvolvidos sem pretensão de exaustividade, mas com o rigor indispensável para que a análise supere o impressionismo acadêmico.

A estrutura da MAAJE organiza-se em três eixos analíticos articulados.

O primeiro eixo — Indicadores de Ativismo Judicial — destina-se a verificar se o julgado configura exercício expansivo de poderes político-normativos, na chave macroinstitucional desenvolvida por Ramos (2015) e operacionalizada por Campos (2014). A análise percorre cinco dimensões: a interpretativa, que avalia eventual ampliação do sentido normativo de disposições constitucionais além do que texto e contexto autorizariam; a legiferante, que verifica se a decisão produziu norma geral e abstrata de feição regulamentar; a de deferência institucional, que examina se o Tribunal sopesou adequadamente a capacidade e a legitimidade dos demais Poderes; a de coerência jurisprudencial, que afere se houve superação de precedentes sem fundamentação que satisfaça o teste de integridade dworkiniano examinado no item 2.2.1; e a maximalista, que indaga se a Corte decidiu mais do que o estritamente necessário para resolver o caso concreto. A inclusão do critério dworkiniano de integridade no indicador de coerência jurisprudencial reflete a articulação teórica construída no item 2.1.4: nem toda superação de precedente configura déficit institucional — o que configura é a

superação que não satisfaz simultaneamente as exigências de adequação ao acervo decisório anterior e de justificação por argumentos de princípio.

Esses indicadores não operam como lista de presença, mas seguem escala gradativa em três graus: ausente (quando a característica não se manifesta), moderado (quando a manifestação é parcial ou atenuada) e intenso (quando ela é inequívoca e determinante). A escala tripartite é preferível tanto à dicotômica, que sacrifica nuances, quanto a escalas mais amplas — de cinco ou sete pontos —, que embora confiram aparência de maior precisão, acabam por gerar falsa objetividade em terreno essencialmente interpretativo. Como sustenta Campos (2014), decisões judiciais raramente se revelam integralmente ativistas ou autocontidas, situando-se em posições intermediárias que só a gradação capta.

O segundo eixo — Indicadores de Impacto sobre a Segurança Jurídica — avalia os efeitos da decisão sobre as três dimensões formuladas por Ávila (2025). O indicador de cognoscibilidade examina se o julgado tornou o Direito mais compreensível ou se, ao revés, introduziu ambiguidades e indeterminações que dificultam a identificação das normas vigentes. O indicador de confiabilidade verifica se as relações jurídicas consolidadas foram preservadas ou se houve modificações retroativas e frustração de expectativas legítimas. O indicador de calculabilidade avalia se os agentes econômicos podem antecipar os efeitos jurídicos de suas condutas futuras ou se a decisão elevou o grau de imprevisibilidade.

A escala aqui empregada tem polaridade invertida — preservada, parcialmente comprometida e gravemente comprometida —, pois o que se mede não é a intensidade de uma prática, mas o grau de preservação de um valor constitucional. A distinção importa porque, como se demonstrou no Capítulo 1, inovações hermenêuticas não violam necessariamente a segurança jurídica, desde que amparadas em estruturas argumentativas racionais e controláveis — exigência que o teste de integridade dworkiniano formaliza com particular clareza.

O terceiro eixo — Indicadores de Impacto Econômico-Institucional — transporta a análise para o campo da teoria institucionalista, aferindo os reflexos da decisão sobre as condições de que depende o desenvolvimento econômico. O indicador de custos de transação examina se o julgado elevou, manteve ou reduziu os custos que os agentes econômicos suportam para celebrar, executar e monitorar contratos, na acepção de Coase (2017) sistematizada por North (2018). O indicador de estabilidade regulatória verifica se o quadro normativo do setor afetado foi preservado ou desestabilizado. O indicador de deferência à competência técnica avalia se o Tribunal considerou as limitações de sua própria capacidade institucional para decidir questões de índole técnica especializada.

A integração dos três eixos viabiliza, ao final do exame, diagnóstico articulado que entrelaça as perspectivas hermenêutica, normativa e econômica. O Quadro 1 condensa a estrutura da MAAJE:

Eixo Analítico	Indicador	Escala	Referencial Teórico
1. Ativismo Judicial	1.1 Dimensão interpretativa	Ausente / Moderado / Intenso	Campos (2014); Ramos (2015)
	1.2 Dimensão legiferante	Ausente / Moderado / Intenso	Campos (2014); Ramos (2015)
	1.3 Deferência institucional	Presente / Parcial / Ausente	Campos (2014); Ramos (2015)
	1.4 Coerência jurisprudencial	Ausente / Moderado / Intenso	Campos (2014); Dworkin (2007)
	1.5 Dimensão maximalista	Ausente / Moderado / Intenso	Campos (2014)
2. Segurança Jurídica	2.1 Cognoscibilidade	Preservada / Parcialmente comprometida / Gravemente comprometida	Ávila (2025)
	2.2 Confiabilidade	Preservada / Parcialmente comprometida / Gravemente comprometida	Ávila (2025)
	2.3 Calculabilidade	Preservada / Parcialmente comprometida / Gravemente comprometida	Ávila (2025)
3. Impacto Econômico-Institucional	3.1 Custos de transação	Reduzidos / Mantidos / Elevados	North (2018); Coase (2017)
	3.2 Estabilidade regulatória	Preservada / Parcialmente comprometida / Gravemente comprometida	North (2018); Pinheiro (2009)
	3.3 Deferência à competência técnica	Presente / Parcial / Ausente	North (2018)

A aplicação da MAAJE seguirá protocolo uniforme. Primeiro, descreve-se o julgado — identificação processual, matéria, contexto fático-normativo, trajetória deliberativa e resultado. Segundo, empreende-se análise hermenêutica dos votos individuais, identificando premissas interpretativas, coerência com a jurisprudência anterior e adequação da fundamentação à luz da articulação Streck-Dworkin examinada no Capítulo 2. Terceiro, aplica-se cada indicador da Matriz. Quarto, formula-se diagnóstico integrado que explicita as relações entre o comportamento judicial identificado, a estrutura argumentativa dos votos e seus impactos sobre a segurança jurídica e o desenvolvimento econômico.

Duas ressalvas são indispensáveis. A MAAJE não opera como instrumento de quantificação: os resultados não são traduzidos em escores numéricos. A tentação de medir fenômenos qualitativos é conhecida na pesquisa jurídica, mas costuma produzir aparência de objetividade que mascara juízos interpretativos. A Matriz funciona, antes, como roteiro sistemático que orienta o olhar do pesquisador, assegura cobertura temática uniforme do exame e permite que a análise se estruture com transparência metodológica.

A segunda ressalva concerne à relação entre os três eixos. A MAAJE não presume correlação automática entre alta intensidade ativista e grave comprometimento da segurança jurídica, nem entre comprometimento da segurança jurídica e elevação dos custos de transação. As correlações, embora plausíveis e subjacentes à hipótese central da pesquisa, devem ser verificadas empiricamente, jamais assumidas como premissas. É conceitualmente possível que decisão ativista na dimensão interpretativa preserve integralmente a segurança jurídica, quando fundamentada com integridade dworkiniana e ancorada em coerência com a tradição jurídica. Também é possível que decisão formalmente autocontida produza insegurança, quando a recusa de decidir gera lacuna normativa que inviabiliza o planejamento dos agentes econômicos. A configuração efetivamente verificada no caso paradigmático submetido à análise é precisamente o que a aplicação da MAAJE permitirá identificar.

Por fim, convém explicitar o fio condutor que articula transversalmente os três eixos da Matriz. A distinção desenvolvida no item 2.1.4 entre ativismo judicial (fenômeno macroinstitucional) e discricionariedade decisória (fenômeno microdecisório) opera como pressuposto analítico de toda a aplicação. O primeiro eixo verifica primordialmente ativismo; a análise hermenêutica dos votos que precede a aplicação dos indicadores verifica simultaneamente a integridade ou o déficit argumentativo de cada decisão individual, à luz do critério dworkiniano de adequação e justificação. A coincidência empírica entre ativismo macroinstitucional e déficit microdecisório — quando se verifica — produz, conforme a hipótese articuladora desta dissertação, efeitos cumulativos sobre a segurança jurídica e sobre as condições institucionais do desenvolvimento, e é precisamente essa coincidência, ou sua ausência, que a aplicação da MAAJE ao caso paradigmático examinará.

3.2 O CASO PARADIGMÁTICO: CONTEXTUALIZAÇÃO DO RE 1.037.396/SP (TEMA 987)

A análise empírica que esta dissertação se propõe a realizar exige, antes de tudo, apresentação rigorosa do caso submetido a exame. O Recurso Extraordinário 1.037.396/SP, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral como

Tema 987, configura objeto complexo cuja inteligibilidade depende da exposição articulada de três dimensões: o regime legislativo preexistente que o caso colocou em questão, a trajetória processual que culminou na decisão paradigmática e a tese fixada pelo Tribunal, com sua respectiva modulação de efeitos. As três dimensões são examinadas, em registro estritamente descritivo, nos itens que se seguem. A análise hermenêutica dos votos e a aplicação da MAAJE ao caso ficam reservadas, respectivamente, aos itens 3.3 e 3.4.

3.2.1 Marco Civil da Internet e o regime de responsabilidade do art. 19 da Lei 12.965/2014

A Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, instituiu o regime jurídico geral aplicável ao uso da internet no Brasil, disciplinando princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários, dos provedores de conexão e dos provedores de aplicações. A norma resultou de processo legislativo precedido por amplo debate público — consultas eletrônicas abertas à participação social, audiências no Congresso Nacional, articulação com entidades acadêmicas, empresariais e da sociedade civil — que estendeu-se por mais de cinco anos entre a debates para a construção do anteprojeto, proposição inicial e a aprovação final (Projeto de Lei n. 2126/2011). A densidade democrática desse processo, conforme se examinará oportunamente, é elemento que a análise da decisão judicial deve considerar.

No núcleo do regime estabelecido pelo Marco Civil situa-se o art. 19, dispositivo que fixou o modelo brasileiro de responsabilização civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdo gerado por terceiros. O artigo estabelece, em síntese, que tais provedores somente podem ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo de terceiros se, após ordem judicial específica, deixarem de tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, dentro do prazo assinalado e nos limites técnicos do serviço. O modelo é tecnicamente designado, na literatura especializada, como judicial *notice and takedown* — exigência de notificação judicial específica como condição para a responsabilização do intermediário.

Os parágrafos do art. 19 acrescentam, ao regime central, três qualificações relevantes. O § 1º exige que a ordem judicial contenha, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, vedando-se determinações genéricas. O § 2º ressalva a aplicação de legislação especial nos casos previstos no art. 21 — dispositivo que estabelece regime diferenciado, de notificação extrajudicial, para conteúdo contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. O § 3º preserva a competência do juizado especial

para causas envolvendo direitos da personalidade na internet. Por razão metodológica e por fidelidade à análise vale transcreve o artigo 19 e parágrafos da Lei 12.965/2014:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
> § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.
> § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.
> § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.
> § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º , poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A finalidade declarada do dispositivo, tal como registrada na exposição de motivos que acompanhou o anteprojeto, orientava-se por preocupação de índole menos econômica do que institucional. O que ali se enunciava era o propósito de conter a proliferação de decisões judiciais conflitantes — e, por vezes, francamente contraditórias — em matéria de responsabilidade civil na internet, decisões que, ao buscarem reparar danos individuais,

poderiam, dadas as peculiaridades do meio, comprometer as garantias constitucionais de privacidade e de liberdade de expressão de toda a sociedade.

Coerentemente, a opção pela responsabilização subjetiva do provedor foi apresentada, naquele documento, como modo de preservar as conquistas da chamada Web 2.0 para a liberdade de expressão, mirando os usos legítimos da rede e tratando os abusos — sempre imputados a terceiros — como eventos excepcionais. Cabe, porém, um registro de precisão histórica que a leitura da tramitação impõe: a cláusula teleológica que hoje abre o caput do art. 19 ("com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura") não constava do anteprojeto, cujo dispositivo correspondente — o art. 15 — silenciava quanto a qualquer enunciado de finalidade. O preâmbulo de intuito foi incorporado no curso da deliberação parlamentar, dado que não é irrelevante quando se tem em conta o peso que esse mesmo enunciado viria a assumir, anos depois, na fundamentação do julgado.

O modelo assim desenhado aproximava-se, em seus contornos, do regime então vigente nos Estados Unidos por força da Seção 230 do *Communications Decency Act*, expressamente identificada pelo relator – Min. Dias Toffoli - como inspiração do legislador brasileiro, dele se distinguindo, contudo, pela exigência de ordem judicial específica como gatilho da responsabilização — exigência que tornava o desenho pátrio, ao menos no plano formal, mais protetivo ao provedor do que o congênere estadunidense. Registre-se, por fim, que a dimensão propriamente econômica atribuída ao dispositivo — a leitura segundo a qual o art. 19 teria por escopo real o estímulo à inovação, a difusão do acesso e a expansão dos negócios — não figura entre as finalidades proclamadas na exposição de motivos; ela foi introduzida no julgamento como reconstrução crítica do intuito da norma, notadamente pela manifestação do Ministro Luiz Fux, para quem a *ratio essendi* do preceito estaria "completamente diferente" daquela anunciada em seu texto.

O art. 19 do Marco Civil vigorou, sem alteração legislativa do regime de responsabilidade, do início da vigência da Lei 12.965/2014 até o julgamento do RE 1.037.396/SP. Durante esse período de aproximadamente onze anos, as decisões judiciais e administrativas relacionadas à responsabilidade civil dos provedores observaram, de modo geral, o regime nele estabelecido — o que confere ao dispositivo, do ponto de vista da análise institucional, status de norma consolidada e expectativa estabilizada de aplicação. Esse dado factual será relevante para a análise da decisão do STF nos itens subsequentes.

3.2.2 Trajetória processual do RE 1.037.396/SP

O caso que deu origem ao RE 1.037.396/SP nasceu de situação corriqueira na litigiosidade digital, e talvez seja essa banalidade de origem o que torne mais expressivo o alcance que a controvérsia viria a assumir. Uma pessoa teve o próprio nome empregado, sem autorização, na criação de um perfil falso na rede social Facebook — perfil que, inautêntico desde a origem, era utilizado para dirigir ofensas a terceiros, inclusive a familiares da vítima. Diante disso, a autora ajuizou, no âmbito dos Juizados Especiais, ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais em face da Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., atribuindo ao perfil os constrangimentos e prejuízos que dizia haver sofrido.

Em primeiro grau, a sentença determinou a exclusão do perfil falso e o fornecimento do respectivo endereço de IP, mas indeferiu o pedido indenizatório, ao fundamento de que, à luz do art. 19 do Marco Civil da Internet, a responsabilização civil do provedor pressupunha o descumprimento de ordem judicial específica — pressuposto que, na hipótese, inexistia antes do ajuizamento. Cumprida a ordem de remoção após a decisão judicial, a controvérsia deslocou-se, no essencial, para o cabimento da reparação.

O recurso foi apreciado pela Segunda Turma Recursal Cível do Colégio Recursal do Estado de São Paulo, órgão do sistema dos Juizados Especiais, e o fundamento adotado não foi o de uma simples exceção interpretativa ao art. 19: a Turma Recursal, provendo o recurso da autora (para condenar a plataforma ao pagamento de indenização de R$ 10.000,00) e o da ré (para desobrigá-la do fornecimento do IP), reconheceu, de modo incidental, a própria inconstitucionalidade do art. 19, afastando o regime nele previsto e aplicando à hipótese a lógica protetiva do direito do consumidor.

No recurso extraordinário, a Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. sustentou a constitucionalidade do art. 19, invocando ofensa aos arts. 5º, incisos II, IV, IX, XIV, XXXII e XXXV, e 220, caput e § 2º, da Constituição. A controvérsia, embora radicada em episódio singular, transcendia-o de modo manifesto: acolher ou rejeitar a solução dada pela instância de origem equivalia a definir, em plano nacional, o regime de responsabilidade civil das plataformas por conteúdo gerado por terceiros. Foi o que reconheceu o Plenário da Corte ao admitir a repercussão geral da matéria, em 1º de março de 2018, com a identificação do caso como Tema 987.

Coube a relatoria ao Ministro Dias Toffoli, e a tramitação, até o início do julgamento de mérito, estendeu-se por mais de seis anos — intervalo durante o qual o Tribunal realizou audiências públicas, para colher subsídios técnicos e setoriais, e admitiu um número expressivo de *amicus curiae*, representando provedores, entidades empresariais, organizações de defesa de direitos digitais, instituições acadêmicas e órgãos da sociedade civil. As sessões de mérito

iniciaram-se em novembro de 2024 e se prolongaram por meses, entremeadas de sucessivos pedidos de vista, até a conclusão do julgamento, em 26 de junho de 2025.

Convém, por fim, registrar o resultado com a precisão que ele exige, porquanto o acórdão comporta duas votações distintas que a leitura descuidada tende a fundir. Quanto ao provimento do recurso, o Tribunal, por maioria, negou-lhe provimento, vencido unicamente o Ministro Edson Fachin. Quanto à tese de repercussão geral, fixada em seguida, também por maioria, ficaram parcialmente vencidos os Ministros André Mendonça, Edson Fachin e Nunes Marques — de modo que a proporção de oito a três, tantas vezes referida como síntese do julgamento, diz respeito, com rigor, à fixação da tese, e não à sorte do recurso. Participaram do julgamento de mérito os onze Ministros da Corte, o que confere à decisão a marca de manifestação do colegiado em sua composição integral.

3.2.3 A decisão do Tribunal: tese fixada e modulação

Por maioria de oito votos a três, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial e progressiva do art. 19 do Marco Civil da Internet. Ficaram parcialmente vencidos, na fixação da tese, os Ministros André Mendonça, Edson Fachin e Nunes Marques, cujos votos — parcialmente divergentes, cumpre desde logo assinalar, e não integralmente contrários ao resultado — serão examinados detidamente adiante.

O fundamento central do voto condutor, proferido pelo Ministro Dias Toffoli, partiu da constatação de que o regime instituído pelo art. 19 em 2014 — embora constitucionalmente legítimo no momento de sua edição — se tornara insuficiente diante da evolução das circunstâncias fáticas que informam a regulação do ecossistema digital. Daí a construção que dá nome à decisão: a de uma inconstitucionalidade superveniente, decorrente da modificação das premissas fáticas e jurídicas que embasaram o dispositivo. Não se afirma, portanto, que o art. 19 fosse inconstitucional desde a origem, mas que se tornou inconstitucional, parcial e progressivamente, em virtude da transformação do ambiente digital operada entre a edição da lei e o julgamento.

A inconstitucionalidade foi qualificada como parcial porque não alcançou o dispositivo em sua integralidade. O Tribunal preservou a regra original em hipóteses determinadas: para os crimes contra a honra, que seguem exigindo ordem judicial específica — sem prejuízo, ressalve-se, da possibilidade de remoção por notificação extrajudicial, e para certa categoria de provedores, a saber, os de serviços de e-mail, os de aplicações cuja finalidade primordial seja a realização de reuniões fechadas por vídeo ou voz e os de mensageria privada, estes no que toca às comunicações interpessoais resguardadas pelo sigilo (art. 5º, XII, da Constituição). Já a

qualificação como progressiva decorre do reconhecimento de que a transformação das circunstâncias se deu de modo gradual, sem que se pudesse fixar um marco temporal exato — dado que, como se verá, tem implicações tanto para a fundamentação dogmática quanto para a definição dos efeitos no tempo.

Na medida da inconstitucionalidade declarada, a tese de repercussão geral substituiu o regime unitário do art. 19 por uma arquitetura diferenciada segundo a natureza do conteúdo e o tipo de plataforma — e convém percorrê-la com algum cuidado, porque é justamente na sua estrutura que residem as consequências que os itens seguintes irão sopesar. Como regra geral, os provedores passam a responder civilmente, nos termos do art. 21 do Marco Civil, pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros em casos de crime ou de atos ilícitos, admitida a notificação extrajudicial — do ofendido ou de seu representante — como suficiente para deflagrar o dever de remoção, com responsabilização em caso de inércia; a mesma regra vale para as contas denunciadas como inautênticas.

A esse regime geral somam-se dois regimes especiais, que não se confundem com responsabilidade objetiva — e aqui a precisão é indispensável, pois o próprio Tribunal fez questão de consignar que não haveria responsabilidade objetiva na aplicação da tese. O primeiro é uma presunção de responsabilidade, que incide sobre os anúncios e impulsionamentos pagos e sobre as redes artificiais de distribuição (*chatbots* ou robôs): nessas hipóteses, a responsabilização pode operar independentemente de notificação, exonerando-se o provedor que comprove haver atuado de modo diligente e em tempo razoável. O segundo é um dever de cuidado, aplicável à circulação massiva de um rol taxativo de crimes graves — atos antidemocráticos, terrorismo, induzimento ao suicídio, incitação à discriminação, crimes contra a mulher, crimes sexuais contra vulneráveis e pornografia infantil, tráfico de pessoas —, cuja inobservância gera responsabilidade não por conteúdo isolado, mas por falha sistêmica, entendida como a omissão em adotar as medidas de prevenção ou remoção adequadas ao estado da técnica. A distinção é fina, mas decisiva: a existência atomizada de conteúdo ilícito, isolada, não basta para atrair a responsabilidade desse regime.

A tese fixou, ainda, um conjunto de obrigações organizacionais e operacionais dirigidas às plataformas. Impôs o dever de editar autorregulação que contemple sistema de notificações, devido processo e relatórios anuais de transparência; o de disponibilizar canais de atendimento acessíveis a usuários e não usuários; o de publicar e revisar periodicamente tais regras; e, por fim, o de constituir e manter no país sede e representante legal, dotado de plenos poderes para responder nas esferas administrativa e judicial e para cumprir as determinações da Corte. Nesse mesmo plano, remeteu à legislação eleitoral e aos atos normativos do Tribunal Superior

Eleitoral a disciplina da matéria de sua competência, que ressalvou expressamente da interpretação fixada.

Quanto aos efeitos no tempo, a Corte modulou a decisão para que se aplicasse apenas prospectivamente, ressalvadas as situações acobertadas pela coisa julgada. A prospectividade corre, assim, a partir da conclusão do julgamento, em 26 de junho de 2025. Mais relevante para o que se seguirá, contudo, é a estrutura temporal que a tese instaura: o regime por ela desenhado vigorará enquanto não sobrevier nova legislação, acompanhado de expresso apelo ao Congresso Nacional para que edite lei apta a sanar as deficiências do modelo quanto à proteção de direitos fundamentais. A configuração daí resultante — um regime transitório de duração indefinida, pendente de ato legislativo futuro cuja vinda a Corte não pode assegurar — constitui, ela mesma, elemento que a análise hermenêutica dos itens subsequentes terá de enfrentar.

A fim de resguardar a exatidão da análise, destaca-se a literalidade da tese construída pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE N° 1.037.396/SP:

> Tese: Reconhecimento da inconstitucionalidade parcial e progressiva do art. 19 do MCI 1. O art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que exige ordem judicial específica para a responsabilização civil de provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, é parcialmente inconstitucional. Há um estado de omissão parcial que decorre do fato de que a regra geral do art. 19 não confere proteção suficiente a bens jurídicos constitucionais de alta relevância (proteção de direitos fundamentais e da democracia). Interpretação do art. 19 do MCI 2. Enquanto não sobrevier nova legislação, o art. 19 do MCI deve ser interpretado de forma que os provedores de aplicação de internet estão sujeitos à responsabilização civil, ressalvada a aplicação das disposições específicas da legislação eleitoral e os atos normativos expedidos pelo TSE. 3. O provedor de aplicações de internet será responsabilizado civilmente, nos termos do art. 21 do MCI, pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros em casos de crime ou atos ilícitos, sem prejuízo do dever de remoção do conteúdo. Aplica-se a mesma regra nos casos de contas denunciadas como inautênticas. 3.1. Nas hipóteses de crime contra a honra aplica-se o art. 19 do MCI, sem prejuízo da possibilidade de remoção por notificação extrajudicial. 3.2. Em se tratando de sucessivas replicações do fato ofensivo já reconhecido por decisão judicial, todos os provedores de redes sociais deverão remover as publicações com idênticos conteúdos, independentemente de novas decisões judiciais, a partir de notificação judicial ou extrajudicial. Presunção de responsabilidade 4. Fica estabelecida a presunção de responsabilidade dos provedores em caso de conteúdos ilícitos quando se tratar de (a) anúncios e impulsionamentos pagos; ou (b) rede artificial de distribuição (chatbot ou robôs). Nestas hipóteses, a responsabilização poderá se dar independentemente de notificação. Os provedores

ficarão excluídos de responsabilidade se comprovarem que atuaram diligentemente e em tempo razoável para tornar indisponível o conteúdo. Dever de cuidado em caso de circulação massiva de conteúdos ilícitos graves 5. O provedor de aplicações de internet é responsável quando não promover a indisponibilização imediata de conteúdos que configurem as práticas de crimes graves previstas no seguinte rol taxativo: (a) condutas e atos antidemocráticos que se amoldem aos tipos previstos nos artigos 286, parágrafo único, 359-L, 359-M, 359-N, 359-P e 359-R do Código Penal; (b) crimes de terrorismo ou preparatórios de terrorismo, tipificados pela Lei nº 13.260/2016; (c) crimes de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação, nos termos do art. 122 do Código Penal; (d) incitação à discriminação em razão de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexualidade ou identidade de gênero (condutas homofóbicas e transfóbicas), passível de enquadramento nos arts. 20, 20-A, 20-B e 20-C da Lei nº 7.716, de 1989; (e) crimes praticados contra a mulher em razão da condição do sexo feminino, inclusive conteúdos que propagam ódio às mulheres (Lei nº 11.340/06; Lei nº 10.446/02; Lei nº 14.192/21; CP, art. 141, § 3º; art. 146-A; art. 147, § 1º; art. 147-A; e art. 147-B do CP); (f) crimes sexuais contra pessoas vulneráveis, pornografia infantil e crimes graves contra crianças e adolescentes, nos termos dos arts. 217-A, 218, 218-A, 218-B, 218-C, do Código Penal e dos arts. 240, 241-A, 241-C, 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente; g) tráfico de pessoas (CP, art. 149-A). 5.1 A responsabilidade dos provedores de aplicações de internet prevista neste item diz respeito à configuração de falha sistêmica. 5.2 Considera-se falha sistêmica, imputável ao provedor de aplicações de internet, deixar de adotar adequadas medidas de prevenção ou remoção dos conteúdos ilícitos anteriormente listados, configurando violação ao dever de atuar de forma responsável, transparente e cautelosa. 5.3. Consideram-se adequadas as medidas que, conforme o estado da técnica, forneçam os níveis mais elevados de segurança para o tipo de atividade desempenhada pelo provedor. 5.4. A existência de conteúdo ilícito de forma isolada, atomizada, não é, por si só, suficiente para ensejar a aplicação da responsabilidade civil do presente item. Contudo, nesta hipótese, incidirá o regime de responsabilidade previsto no art. 21 do MCI. 5.5. Nas hipóteses previstas neste item, o responsável pela publicação do conteúdo removido pelo provedor de aplicações de internet poderá requerer judicialmente o seu restabelecimento, mediante demonstração da ausência de ilicitude. Ainda que o conteúdo seja restaurado por ordem judicial, não haverá imposição de indenização ao provedor. Incidência do art. 19 6. Aplica-se o art. 19 do MCI ao (a) provedor de serviços de e-mail; (b) provedor de aplicações cuja finalidade primordial seja a realização de reuniões fechadas por vídeo ou voz; (c) provedor de serviços de mensageria instantânea (também chamadas de provedores de serviços de mensageria privada), exclusivamente no que diz respeito às comunicações interpessoais, resguardadas pelo sigilo das comunicações (art. 5º, inciso XII, da CF/88). Marketplaces 7. Os provedores de aplicações de internet que funcionarem

> como marketplaces respondem civilmente de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Deveres adicionais 8. Os provedores de aplicações de internet deverão editar autorregulação que abranja, necessariamente, sistema de notificações, devido processo e relatórios anuais de transparência em relação a notificações extrajudiciais, anúncios e impulsionamentos. 9. Deverão, igualmente, disponibilizar a usuários e a não usuários canais específicos de atendimento, preferencialmente eletrônicos, que sejam acessíveis e amplamente divulgados nas respectivas plataformas de maneira permanente. 10. Tais regras deverão ser publicadas e revisadas periodicamente, de forma transparente e acessível ao público. 11. Os provedores de aplicações de internet com atuação no Brasil devem constituir e manter sede e representante no país, cuja identificação e informações para contato deverão ser disponibilizadas e estar facilmente acessíveis nos respectivos sítios. Essa representação deve conferir ao representante, necessariamente pessoa jurídica com sede no país, plenos poderes para (a) responder perante as esferas administrativa e judicial; (b) prestar às autoridades competentes informações relativas ao funcionamento do provedor, às regras e aos procedimentos utilizados para moderação de conteúdo e para gestão das reclamações pelos sistemas internos; aos relatórios de transparência, monitoramento e gestão dos riscos sistêmicos; às regras para o perfilamento de usuários (quando for o caso), a veiculação de publicidade e o impulsionamento remunerado de conteúdos; (c) cumprir as determinações judiciais; e (d) responder e cumprir eventuais penalizações, multas e afetações financeiras em que o representado incorrer, especialmente por descumprimento de obrigações legais e judiciais. Natureza da responsabilidade 12. Não haverá responsabilidade objetiva na aplicação da tese aqui enunciada. Apelo ao legislador 13. Apela-se ao Congresso Nacional para que seja elaborada legislação capaz de sanar as deficiências do atual regime quanto à proteção de direitos fundamentais. Modulação dos efeitos temporais 14. Para preservar a segurança jurídica, ficam modulados os efeitos da presente decisão, que somente se aplicará prospectivamente, ressalvadas decisões transitadas em julgado.

Esta é, em síntese, a decisão a ser examinada nos itens que se seguem. A apresentação descritiva aqui realizada estabelece o terreno factual sobre o qual operará a análise crítica — análise que percorrerá, em ordem, o exame dos votos individuais (item 3.3.), a aplicação da MAAJE em seus três eixos (item 3.4.) e a discussão dos impactos institucionais e econômicos da decisão (item 3.5.).

3.3 ANÁLISE DOS VOTOS

3.3.1 Composição do Tribunal

O julgamento do Recurso Extraordinário 1.037.396/SP foi conduzido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em sua composição integral de onze Ministros, sem ocorrência de impedimentos, suspeições ou ausências que reduzissem o quórum decisório. A unanimidade quanto à integralidade da participação é dado relevante, porquanto julgamentos de matéria com tamanha repercussão econômica nem sempre contam com a integralidade do colegiado, e a ausência de qualquer Ministro poderia ter alterado a configuração do resultado.

A presidência do Tribunal, no momento da conclusão do julgamento em 26 de junho de 2025, era exercida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que tomou posse na função em setembro de 2023, para mandato bienal. Ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno da Corte, compete dirigir os trabalhos do Plenário, ordenar a sequência dos votos e proclamar o resultado dos julgamentos — funções que, em casos de grande complexidade como o que aqui se examina, ganham relevância institucional acrescida. A relatoria do recurso coube ao Ministro Dias Toffoli, indicado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e empossado em outubro de 2009 — o que o situava, no momento do julgamento, entre os Ministros com mais longa permanência na Corte.

A composição do Tribunal, no biênio em que se desenvolveu o julgamento de mérito do Tema 987, refletia a configuração que resultou das nomeações realizadas sucessivamente pelos Presidentes Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff, Michel Temer, Jair Bolsonaro e novamente Luiz Inácio Lula da Silva ao longo de mais de duas décadas. Compunham o Plenário, além do Presidente Barroso e do Ministro Toffoli, os Ministros Edson Fachin, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, André Mendonça, Kassio Nunes Marques, Cristiano Zanin e Flávio Dino. Os dois últimos haviam tomado posse em momento próximo ao início das sessões de julgamento, o que os situou em sua primeira participação significativa em julgamento de repercussão geral em matéria de regulação econômica.

A diversidade de indicações governamentais que produziu essa composição é dado contextual relevante para a leitura do julgamento, sem que daí se possa extrair conclusões deterministas sobre o sentido dos votos individuais. A literatura sobre comportamento judicial brasileiro tem registrado, com cautela metodológica recomendável, que o STF é colegiado em que a deliberação pluralista convive com a manutenção de coerência argumentativa interna — convivência que se realiza com tensões legítimas, e cuja análise demanda exame da estrutura argumentativa de cada voto, não da trajetória institucional do votante. Por essa razão, o exame que se segue dedica-se aos argumentos efetivamente mobilizados nos votos individualmente considerados, e não à reconstituição comportamentalista da decisão.

Os itens subsequentes percorrem, nessa chave, os votos que desempenharam papel estruturante na composição da decisão final. O item 3.3.2. examina o voto do relator, Ministro Dias Toffoli, no qual se articulou a tese vencedora e a doutrina da inconstitucionalidade superveniente por alteração da realidade fática subjacente. O item 3.3.3. detém-se no voto-vista do Presidente, Ministro Luís Roberto Barroso, que articulou a corrente pela inconstitucionalidade parcial do art. 19 com inflexões dignas de registro analítico. O item 3.3.4. analisa o voto divergente, na tese, do Ministro André Mendonça, que liderou a corrente vencida e formulou objeção principiológica à invalidação parcial do art. 19 do Marco Civil da Internet. O item 3.3.5. sintetiza os demais votos, examinando convergências, modulações e particularidades que enriquecem o quadro deliberativo do julgamento sem deslocar a centralidade analítica dos três votos paradigmáticos.

3.3.2 Voto do Relator (Ministro Dias Toffoli)

O voto do Ministro Dias Toffoli, relator do Tema 987 e cuja tese, ao final consolidada, foi aprovada pela maioria do Plenário, estruturou-se sobre arquitetura argumentativa cujo exame em detalhe é indispensável à compreensão da decisão. Convém, desde logo, um registro que orientará também a leitura da subseção seguinte: a tese vencedora não foi obra de um voto isolado, mas resultado de convergência entre os relatores e o Presidente, na qual coube a Toffoli o enquadramento doutrinário e a consolidação formal, e ao Ministro Barroso parte substancial da arquitetura regulatória que se veio a fixar.

O que singulariza o voto do relator, nesse concurso, é a doutrina da inconstitucionalidade superveniente por modificação das premissas fáticas, articulada pela técnica da declaração de inconstitucionalidade — a "legislação negativa de que fala Kelsen", como o próprio Toffoli assentou em plenário, recusando expressamente a via da interpretação conforme, que reputou insuficiente para desfazer uma imunidade que considerava incompatível com a Constituição.

A análise que se segue percorre essa arquitetura em quatro movimentos sucessivos: a delimitação da controvérsia e o panorama das posições deduzidas em audiência pública; a construção da inconstitucionalização progressiva do art. 19, articulada como omissão parcial de proteção; a invocação do princípio da proporcionalidade na vertente da vedação à proteção deficiente — parâmetro que, registre-se, foi comum a toda a corrente vencedora, e não traço distintivo do relator; e a formulação da tese consolidada, com sua respectiva modulação. O exame mantém-se em registro hermenêutico, sem antecipar o juízo de adequação e justificação que a aplicação da MAAJE realizará posteriormente.

O Relator iniciou o voto situando a controvérsia constitucional no Tema 987 da Repercussão Geral e indicando sua conexão com o Tema 533 (RE 1.057.258, Rel. Min. Luiz Fux), relativo ao regime aplicável a fatos anteriores à edição do Marco Civil da Internet. A delimitação preliminar registrou que, no caso em exame, a controvérsia recaía sobre o regime do art. 19 da Lei 12.965/2014 aplicado a fatos posteriores à vigência da norma. A separação dos temas é dogmaticamente relevante porque permite ao Tribunal manter uma decisão para situações regidas pelo Código Civil (Tema 533) e formular outra para situações regidas pelo Marco Civil (Tema 987), embora os parâmetros constitucionais utilizados em ambos os julgamentos sejam semelhantes.

Após o registro processual, o Relator apresentou panorama detalhado das três correntes manifestadas na audiência pública realizada pela Corte. A primeira sustentava a constitucionalidade integral do art. 19, com base na preponderância da liberdade de expressão; a segunda defendia sua inconstitucionalidade integral, fundada em diagnóstico sobre a insuficiência da tutela jurídica de direitos fundamentais no ambiente digital; a terceira propunha interpretação conforme a Constituição, sem consenso quanto aos termos exatos dessa interpretação. O panorama, conforme observou o Relator, contou com a manifestação de "mais de 47 expositores" e configurou um dos mais densos quadros deliberativos já registrados em julgamento de repercussão geral. A mobilização desse acervo argumentativo, ainda que não vincule a decisão final, opera como elemento que contextualiza a posição construída no voto.

O núcleo dogmático do voto do Relator é a construção da doutrina da inconstitucionalidade superveniente do art. 19 do Marco Civil da Internet — doutrina que articula três elementos analíticos. O primeiro é o reconhecimento de que o regime estabelecido em 2014 "foi uma opção constitucional e legítima à época de sua edição", cujo objetivo declarado consistia em "garantir uma proteção reforçada à liberdade de expressão" e em evitar incentivos à censura privada por parte das plataformas. O segundo é a constatação de que, desde a aprovação da norma, "as premissas fáticas e jurídicas que embasaram o regime geral do art. 19 modificaram-se fundamentalmente", em virtude da transformação observada na arquitetura, no alcance e no modo de funcionamento das plataformas digitais. O terceiro é a conclusão de que a manutenção do regime original, a despeito dessa transformação, "expõe a insuficiência" da proteção conferida a direitos fundamentais de alta relevância constitucional, configurando "omissão legislativa parcial" e "inconstitucionalidade superveniente".

A construção dessa doutrina mobiliza categorias dogmáticas que merecem registro analítico. A primeira é a noção de inconstitucionalidade por omissão parcial — fenômeno em que a inconstitucionalidade resulta não da edição de norma incompatível com a Constituição,

mas da insuficiência da norma editada para concretizar os deveres constitucionais de proteção que dela se extraem. A segunda é a noção de inconstitucionalidade progressiva — categoria que o Relator articula para indicar que a transformação da realidade fática se deu gradualmente, sem possibilidade de fixação de marco temporal exato em que a norma originalmente constitucional teria se tornado incompatível com a Constituição. A terceira é a noção de inconstitucionalidade superveniente — categoria que reconhece que dispositivos legais constitucionalmente válidos podem se tornar incompatíveis com a Constituição em virtude de transformações exógenas, sem que a Constituição em si se altere.

A articulação dessas três categorias produz formulação dogmática inovadora no constitucionalismo brasileiro: uma inconstitucionalidade que é, simultaneamente, parcial (atinge apenas determinadas hipóteses do regime do art. 19), progressiva (operou-se gradualmente, sem marco temporal preciso) e superveniente (decorre de transformação da realidade subjacente, não de vício originário). A inovação dogmática merece, em si, registro analítico — não porque inovação seja vício, mas porque a construção sustenta a decisão e cria, portanto, ônus argumentativo proporcional à sua originalidade.

O instrumento dogmático mobilizado pelo Relator para articular a inconstitucionalidade superveniente é o princípio da proporcionalidade em sua vertente da vedação à proteção deficiente — princípio que, segundo registrado no voto, "tem sido aplicada pela jurisprudência deste Tribunal em inúmeros casos para afastar normas que impliquem uma tutela insuficiente de preceitos da Constituição". A construção argumentativa central pode ser sintetizada nos seguintes termos: a proporcionalidade não opera apenas como vedação ao excesso (proibição de restrição desproporcional a direitos fundamentais), mas também como vedação à proteção deficiente (proibição de regime jurídico que não confira tutela adequada a bens constitucionalmente protegidos).

A invocação da vedação à proteção deficiente como parâmetro autônomo de controle de constitucionalidade tem, no constitucionalismo brasileiro, raiz na transposição da *Untermassverbot* do direito constitucional alemão, e seu emprego no julgamento situa-se em linha de continuidade com o uso que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo dessa categoria em julgados anteriores. O Relator citou, especificamente, o precedente da ADO 26 (julgada em 13 de junho de 2019, Rel. Min. Celso de Mello), no qual a Corte reconheceu omissão inconstitucional do legislador na tipificação penal da homofobia e transfobia, e o *Habeas Corpus* 104.410, em que a Segunda Turma sustentou a constitucionalidade da incriminação do porte de munição com base em proteção penal de bens jurídicos coletivos.

A construção, no entanto, comporta exame analítico específico. A vedação à proteção deficiente, quando aplicada como fundamento para declarar inconstitucionalidade de norma legislativa expressa, opera como autorização para que o Tribunal substitua, no plano hermenêutico, o juízo de proporcionalidade do legislador democraticamente eleito por seu próprio juízo. A operação é dogmaticamente legítima sob certas condições — quando, por exemplo, a opção legislativa configura desproteção manifesta de direitos fundamentais sem amparo em finalidade constitucional contraposta. A questão analiticamente relevante é se, no caso do art. 19 do Marco Civil, a opção legislativa originalmente realizada — proteção da liberdade de expressão mediante exigência de ordem judicial específica como pressuposto da responsabilização — configurava desproteção manifesta dos direitos fundamentais em colisão, ou se constituía ponderação legítima de bens constitucionais que o Tribunal, ao invalidá-la, substituiu por ponderação distinta.

Reconhecida a inconstitucionalidade parcial por omissão, o voto do Relator articulou a solução decisória em duas dimensões complementares. A primeira é a fixação de regime jurídico transitório aplicável aos provedores de aplicações de internet, mediante interpretação conforme à Constituição da expressão "ressalvadas as disposições legais em contrário" contida no caput do art. 19. Essa interpretação ampliou substancialmente o escopo das hipóteses em que a responsabilização civil dos provedores independe de ordem judicial específica. A segunda é o que o Relator denominou "apelo ao legislador" — convocação ao Congresso Nacional para que, no prazo de dezoito meses, edite "regulação adequada dos provedores de aplicações de internet, capaz de garantir um ambiente digital seguro e transparente".

O regime transitório formulado pelo voto opera em arquitetura tripartite. Para crimes em geral (com exceção dos crimes contra a honra) e atos ilícitos patentes, aplica-se o regime do art. 21 do Marco Civil — notificação extrajudicial e remoção, com responsabilização civil em caso de inércia. Para crimes contra a honra e situações de dúvida razoável sobre a ilicitude do conteúdo, mantém-se a regra original do art. 19 — exigência de ordem judicial específica. Para provedores neutros (serviços de e-mail, mensageria privada, enciclopédias colaborativas), preserva-se também a regra do art. 19. Adicionalmente, estabelece-se regime de presunção de conhecimento para conteúdo veiculado mediante anúncios pagos ou impulsionamento, e regimes específicos para situações graves de desinformação eleitoral.

A formulação do "apelo ao legislador", quando articulada com a fixação do regime transitório, suscita questão analítica específica: o regime estabelecido pela decisão constitui apenas solução temporária à omissão legislativa, ou opera como moldura constitucional que delimita o espaço de liberdade do legislador ordinário em eventual regulação superveniente? O

voto do Relator é explícito quanto a essa dúvida: o regime fixado, em "seus aspectos fundamentais, constitui, ainda, a moldura constitucional, a estabelecer limites à futura ação legislativa". Mais ainda: "medidas contrárias ou arranjos meramente retóricos, logicamente, serão inconstitucionais por não solucionarem o painel de negligência normativa". A formulação produz configuração institucional peculiar — o Tribunal estabelece, simultaneamente, o regime transitório aplicável até que o Legislativo atue e o conteúdo mínimo que a eventual atuação legislativa deverá observar. A análise dessa configuração quanto à dimensão de deferência institucional será retomada posteriormente.

Nota-se que o voto do Relator articula-se, em síntese, sobre cinco premissas analíticas que sustentam a tese vencedora: (i) a constatação de transformação substantiva das premissas fáticas que orientaram a edição do art. 19 em 2014; (ii) a caracterização dessa transformação como gerando omissão legislativa parcial em face de deveres constitucionais de proteção; (iii) a mobilização da vedação à proteção deficiente como instrumento dogmático de controle dessa omissão; (iv) a formulação de regime transitório que ocupa o vazio normativo até atuação legislativa superveniente; e (v) o estabelecimento de moldura constitucional que delimita a discricionariedade do legislador na regulação futura.

A coerência interna dessa estrutura argumentativa, sua adequação ao acervo jurisprudencial pretérito e a sua justificação por argumentos de princípio constituirão objeto de análise específica no item 3.4., quando se aplicar a Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica. Por ora, basta o registro de que o voto vencedor mobiliza arquitetura argumentativa densa, articulando categorias dogmáticas distintas em construção que merece, pela sua complexidade e pelas implicações que dela decorrem, exame detido.

3.3.3 Voto-vista convergente do Ministro Luís Roberto Barroso

O voto-vista convergente proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do RE 1.037.396/SP merece, dentre os votos analisados nesta dissertação, exame especialmente cuidadoso, e por razão que extrapola sua posição protocolar no julgamento. Presidente do Tribunal e integrante da maioria, Barroso pediu vista e trouxe voto cuja arquitetura — o desenho tripartite (ou multiportas) de responsabilidade civil das plataformas, com diferenciação entre conteúdos sujeitos a regimes distintos, complementado pelo dever de cuidado por falha sistêmica — foi, em larga medida, incorporada à tese que ao final se consolidou.

Diferentemente do relator, que caminhou pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, Barroso construiu a solução pela técnica da interpretação conforme sem redução de texto, mantendo-o "sem redução de texto" enquanto lhe redefinia o alcance. É essa a

contribuição que singulariza o seu voto no concurso da corrente vencedora — e não a proteção deficiente, fundamento que partilhou com o relator e com os demais votos vencedores.

Mais que isso, o voto foi proferido pelo Ministro que, na literatura constitucional brasileira, é um dos formuladores teóricos mais influentes do próprio conceito de ativismo judicial. A circunstância confere ao voto-vista densidade analítica particular, e a presente subseção examina-o em quatro movimentos: a articulação preliminar com a concepção barrosiana de jurisdição constitucional ativa; o diagnóstico empírico que sustenta o juízo de inconstitucionalidade parcial; a arquitetura tripartite do regime proposto; e a interface entre a fundamentação do voto-vista e o conceito de ativismo construtivo.

A análise do voto-vista de um Ministro que é, simultaneamente, autor influente sobre o conceito de ativismo judicial demanda registro metodológico preliminar para que a investigação não escorregue em direção a ad hominem que comprometeria seu rigor. O que se acrescenta, no caso específico do voto-vista do Ministro Barroso, é constatação que tem caráter analítico, não biográfico: o autor da decisão sustenta posição teórica explícita, em obra acadêmica de ampla circulação, sobre a legitimidade do que denomina ativismo construtivo da jurisdição constitucional.

Como observado no item 2.1.2, Barroso (2011) caracteriza o ativismo como modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance para extrair o máximo de suas potencialidades normativas. A circunstância de que o autor dessa formulação teórica é também autor de voto que articula tese vinculante de redefinição do regime de responsabilidade civil das plataformas digitais a partir de doutrina da inconstitucionalidade por proteção deficiente oferece, à pesquisa, oportunidade analítica particular: pode-se examinar como a teoria sustentada no plano acadêmico encontra, no plano decisório, expressão prática. A análise mantém-se em registro hermenêutico estrito — exame da arquitetura argumentativa do voto à luz da teoria que o próprio votante formula —, e não em qualquer registro psicologizante ou comportamentalista que desbordaria do método adotado.

O voto-vista construiu, em sua fundamentação, diagnóstico empírico extenso sobre o impacto das plataformas digitais na esfera pública democrática contemporânea, mobilizando dados sobre desinformação eleitoral, discursos de ódio, exposição de menores a conteúdo nocivo, ataques coordenados à integridade da imprensa profissional e amplificação de comportamentos coletivamente patológicos.

Em síntese, o Ministro Barroso articulou esse diagnóstico em três dimensões analíticas: a transformação no acesso à informação na sociedade contemporânea, com a passagem da imprensa profissional como mediadora privilegiada para o acesso direto via plataformas; a

tribalização da vida pública, fenômeno em que algoritmos personalizados criam câmaras de eco que substituem o ideal da opinião pública informada; e a crise no modelo de negócios da imprensa tradicional, com a concentração de receitas publicitárias nas plataformas digitais e o desfinanciamento dos veículos jornalísticos.

A mobilização desse diagnóstico empírico tem função argumentativa precisa. O voto-vista reconhece, de modo expresso, a posição preferencial da liberdade de expressão no constitucionalismo democrático, sustentando que essa proteção decorre de três fundamentos clássicos — a busca da verdade possível, a dignidade humana e autonomia individual, e a democracia. Mas articula, sobre essa premissa, tese que merece registro analítico cuidadoso: os mesmos valores que historicamente justificaram a proteção reforçada da liberdade de expressão podem, na era digital, "paradoxalmente, fundamentar também a necessidade de sua regulação". A construção mobiliza, portanto, argumento de continuidade principiológica — a regulação proposta não rompe com a tradição liberal de proteção à liberdade de expressão, mas a atualiza para as condições contemporâneas que essa tradição não havia antecipado.

A formulação tem articulação dogmática que merece exame específico. Quando o voto sustenta que "a regulação das plataformas digitais não pode comprometer esses valores" mas, ao mesmo tempo, "deve visar a sua proteção e fortalecimento", ele opera com a categoria do que se convencionou denominar atualização hermenêutica de princípios constitucionais — interpretação que mantém a continuidade com a tradição protetiva, mas redefine o conteúdo concreto dessa proteção em face de circunstâncias fáticas substancialmente alteradas. A questão analiticamente relevante, que será retomada no item 3.4, é se a atualização proposta opera dentro dos limites de adequação ao acervo decisório anterior (teste dworkiniano de *fit*) ou se configura redefinição substantiva que excede a continuidade pretendida.

A solução proposta pelo voto-vista articula-se sobre arquitetura tripartite de responsabilidade civil das plataformas digitais, diferenciando regimes conforme a natureza do conteúdo veiculado.

O primeiro regime estabelece a notificação extrajudicial como regra para crimes em geral, ressalvados os crimes contra a honra, com base no argumento de que "não há fundamento constitucional para um regime que incentiva que as plataformas permaneçam inertes após tomarem conhecimento de claras violações da lei penal". O segundo regime mantém a exigência de ordem judicial específica do art. 19 do Marco Civil para os crimes contra a honra, com fundamento na proteção contra censura privada que poderia silenciar manifestações legítimas — "críticas ao governo, a agentes públicos e a pessoas em geral, bem como denúncias de crimes, abusos e mau comportamento". O terceiro regime estabelece responsabilidade

independente de notificação para anúncios e impulsionamento pago, com fundamento na presunção de conhecimento efetivo decorrente da intermediação remunerada do conteúdo.

A arquitetura é complementada por regime adicional de responsabilidade por falhas sistêmicas no dever de cuidado, aplicável a hipóteses de conteúdo extraordinariamente nocivo enumeradas em rol taxativo — pornografia infantil, induzimento ao suicídio, tráfico de pessoas, atos de terrorismo, atos contra o Estado Democrático de Direito, discurso de ódio e crimes contra a mulher. Nessas hipóteses, a responsabilização decorre não da falha em remover conteúdo específico após notificação, mas da falha sistêmica em manter mecanismos adequados de detecção, prevenção e mitigação. A formulação introduz, no direito brasileiro, conceito de dever de cuidado que vinha sendo articulado em legislações estrangeiras — notadamente no *Digital Services Act* europeu — e cuja recepção pelo voto-vista assume aqui formato específico de adaptação ao quadro constitucional pátrio.

O conjunto da arquitetura, quando se considera sua densidade regulatória, configura solução institucional que merece registro analítico. O regime tripartite não constitui mera interpretação conforme do art. 19 do Marco Civil — opera, em rigor, como redesenho do modelo regulatório aplicável ao setor digital, fixando categorias normativas distintas para classes diferenciadas de conteúdo, estabelecendo deveres anexos detalhados aplicáveis às plataformas e definindo regime de responsabilidade objetiva para hipóteses específicas. A análise quanto à dimensão legiferante dessa construção, à luz dos indicadores do Eixo 1 da MAAJE, será realizada no item 3.4..

Resta examinar a questão analiticamente mais delicada da subseção: a interface entre a fundamentação do voto-vista e o conceito barrosiano de ativismo construtivo formulado pelo próprio autor em sua produção acadêmica. A análise mantém-se em registro estritamente hermenêutico, articulando texto teórico e texto decisório como duas posições do mesmo autor sobre o mesmo tema, sem qualquer pretensão de explicar o segundo pelo primeiro.

No texto teórico, o ativismo construtivo é caracterizado por Barroso (2011, p. 277-278) como "atitude proativa de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance" — e sua legitimidade é sustentada quando "acionado em momentos de crise política ou de retração do Legislativo, com finalidade de realizar valores constitucionais que não encontram concretização suficiente nas demais instâncias estatais". No voto-vista, a fundamentação para a inconstitucionalidade parcial do art. 19 mobiliza precisamente essa estrutura argumentativa: a constatação de transformação substantiva das circunstâncias fáticas; o reconhecimento de insuficiência da concretização constitucional pela regulação preexistente; a postura proativa do

Tribunal na construção de regime regulatório substitutivo; e a articulação retórica entre a expansão da função jurisdicional e a finalidade de realização de valores constitucionais.

No entanto, apesar da convergência, a questão analiticamente relevante — que será retomada no item 3.4. — é se essa expressão prática, quando avaliada pelos indicadores da MAAJE, satisfaz simultaneamente a estrutura macroinstitucional do ativismo construtivo e o teste de integridade dworkiniana no plano microdecisório, ou se configura precisamente o que Pádua (2015, p. 151-155) identifica como dificuldade de distinguir, na ausência de critérios materiais densos, ativismo legítimo de ativismo problemático.

Em resumo, o voto-vista do Ministro Barroso articula-se, em síntese, sobre cinco premissas: (i) o reconhecimento explícito da posição preferencial da liberdade de expressão no constitucionalismo democrático; (ii) o diagnóstico empírico extenso sobre transformações na esfera pública digital que comprometem essa proteção em sua dimensão substantiva; (iii) a articulação da regulação proposta como atualização hermenêutica dos princípios constitucionais, em registro de continuidade principiológica; (iv) a construção do regime tripartite com diferenciação normativa por tipo de conteúdo; e (v) a introdução do dever de cuidado por falhas sistêmicas como categoria normativa adicional. A coerência interna dessa estrutura, sua adequação ao acervo jurisprudencial pretérito e a justificação por argumentos de princípio — bem como sua leitura à luz da concepção teórica de ativismo formulada pelo autor — constituirão objeto de análise específica.

3.3.4 Voto divergente (na tese) do Ministro André Mendonça

O voto-vista proferido pelo Ministro André Mendonça articulou a posição que liderou a corrente vencida quanto à tese de repercussão geral e ofereceu, em arquitetura argumentativa densa, formulação alternativa para o tratamento constitucional do art. 19 do Marco Civil da Internet. Diversamente dos votos vencedores, examinados nas subseções anteriores, o voto-vista do Ministro Mendonça sustentou a constitucionalidade do dispositivo em sua integralidade, articulando objeção que opera em três níveis distintos: (i) a recusa da premissa fática e dogmática dos votos vencedores — a de que a transformação do ambiente digital teria convertido o art. 19 em regime de proteção deficiente a exigir correção judicial; (ii) a defesa principiológica da autocontenção judicial, fundada na separação de poderes e na capacidade institucional diferenciada do Legislativo; e (iii) a demarcação dos limites institucionais da jurisdição constitucional no enfrentamento de "desacordos morais razoáveis".

O voto situou-se, em seu movimento inicial, em posição que merece registro pela diferenciação que estabelece quanto às premissas empíricas mobilizadas pelos votos

vencedores. O Ministro Mendonça reconheceu, como ponto de partida, a existência de "possibilidade de utilização inadequada de novas tecnologias" — mas qualificou imediatamente essa constatação observando que "isso não significa, contudo, que se trate de uma ferramenta que seja, em si, prejudicial ao regime democrático de governo".

Para sustentar diagnóstico mais matizado do que o dos votos vencedores, o voto-vista recorre a Andreas Jungherr e Ralph Schroeder, cuja tese sobre a ausência de qualquer inclinação inata ou congênita das plataformas digitais o Ministro Mendonça condensa em imagem própria: as plataformas "se assemelham a uma caixa de ressonância, a amplificar os ruídos já existentes na sociedade, do que propriamente uma criadora de distúrbios que já não estivessem presentes na sociedade".

A divergência de premissas empíricas tem consequência argumentativa específica. Quando os votos vencedores sustentaram a "transformação substantiva das premissas fáticas" como gatilho da inconstitucionalidade superveniente, eles operavam sobre diagnóstico segundo o qual as plataformas digitais teriam criado, por si próprias, condições novas de violação a direitos fundamentais. O voto-vista do Mendonça opera sobre diagnóstico distinto: as plataformas amplificam fenômenos preexistentes, e a resposta institucional adequada a essa amplificação não se confunde com a resposta à criação *ex nihilo* de patologias sociais. A distinção empírica, embora possa parecer sutil, sustenta arquitetura jurídica diversa: se as plataformas amplificam fenômenos preexistentes, a regulação institucionalmente legítima é a que opera sobre os fenômenos amplificados — não aquela que redesenha o regime de responsabilidade civil das próprias plataformas.

A análise comparada com a Seção 230 do *Communications Decency Act* norte-americano é desenvolvida com profundidade. Amparado em Ricardo Campos — que, por sua vez, cita Jeff Kosseff —, o voto-vista registra que a norma foi vista como "incubadora, permitindo que [as empresas] desenvolvessem modelos de negócios baseados no conteúdo do usuário sem medo de ações judiciais e regulamentação". A invocação do paralelo norte-americano cumpre função argumentativa relevante: posiciona o regime brasileiro do art. 19 não como anomalia local, mas como integrante de tradição constitucional ocidental que privilegia a proteção da liberdade de expressão nos ambientes digitais — tradição cuja revisão exigiria, na arquitetura do voto-vista, deliberação democrática explícita, não construção judicial.

O segundo movimento do voto-vista incide diretamente sobre a premissa que sustenta a tese vencedora. Os votos vencedores, como examinado, articularam a inconstitucionalidade do art. 19 a partir da proporcionalidade em sua vertente da vedação à proteção deficiente, sustentando que a transformação das premissas fáticas subjacentes ao dispositivo teria

convertido, supervenientemente, um regime originalmente legítimo em tutela insuficiente dos direitos fundamentais. O Ministro Mendonça não enfrenta essa categoria dogmática em seus próprios termos — não a rejeita, nem a submete a crítica metodológica autônoma —, mas recusa a premissa que a mobiliza: a de que existiria, no caso, omissão ou desproteção a corrigir.

Dois argumentos sustentam a recusa. O primeiro é o diagnóstico já examinado: se as plataformas amplificam fenômenos preexistentes, e não os criam, não se configura a transformação substantiva capaz de deflagrar a inconstitucionalidade superveniente. O segundo é a compreensão do art. 19 não como lacuna ou proteção aquém do mínimo constitucional, mas como ponderação legislativa deliberada entre bens em colisão — a liberdade de expressão, de um lado; os direitos da personalidade, de outro —, opção que o legislador declarou e fundamentou ao exigir ordem judicial específica como pressuposto da responsabilização. Onde os votos vencedores enxergam desproteção a suprir, o voto-vista enxerga escolha regulatória legítima a preservar.

A construção argumentativa central do voto divergente articula-se sobre categorias dogmáticas precisas: capacidade institucional, separação de poderes, autocontenção judicial e desacordo moral razoável. A articulação dessas categorias merece exame analítico específico, porque opera como contraponto explícito à arquitetura argumentativa dos votos vencedores.

O Ministro Mendonça mobilizou a literatura constitucional brasileira contemporânea — citando expressamente Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Pereira — para sustentar que o tratamento da regulação das plataformas digitais é matéria em que "o Congresso Nacional é a instituição que detém maior capacidade institucional para captar, tratar e elaborar arranjo normativo capaz de externar os anseios da sociedade em relação ao tema". A formulação não é mera invocação de deferência política, mas argumento dogmático sobre capacidade epistêmica diferenciada das instituições estatais para o tratamento de questões específicas. As plataformas digitais constituem fenômeno cuja regulação adequada demanda articulação de saberes técnicos, debate público amplo, ponderação de interesses setoriais, capacidade de revisão periódica das soluções adotadas — atributos institucionais que o Legislativo possui em grau superior ao Judiciário.

Sobre essa premissa, o voto-vista articulou o ponto teoricamente mais relevante do julgamento: a distinção entre a pergunta substantiva "o que a Constituição quer dizer?" e a pergunta antecedente "quem tem autoridade para resolver esta questão?". A citação literal de Arguelhes e Pereira foi extensa: "Imaginar que, como guardião da Constituição, todo e qualquer ato do Legislativo ou do Executivo que contrarie uma interpretação do STF está sob a autoridade do STF é deixar de lado a ideia de que a Constituição é composta por regras de dois

tipos: regras de competência e regras substantivas. Nesse sentido, fazer valer sua interpretação constitucional ignorando que a Constituição estabeleceu zonas de autonomia para outros poderes não é o mesmo que defender a supremacia da Constituição, mas, sim, estabelecer a supremacia do STF". A formulação opera, em sua substância, como crítica frontal à arquitetura argumentativa adotada pelos votos vencedores.

O voto divergente articulou, ainda, a categoria do desacordo moral razoável como instrumento adicional de demarcação dos limites institucionais da jurisdição. A regulação das plataformas digitais, na leitura do Ministro Mendonça, configura situação típica de desacordo moral razoável: matéria sobre a qual cidadãos e instituições democráticas podem legitimamente sustentar posições divergentes, sem que qualquer das posições possa pretender monopolizar a interpretação constitucional adequada. Nessas situações, sustenta o voto, "prepondera com maior candência o princípio democrático", que "inclina a balança entre os poderes para a atuação daqueles que ostentem a legitimidade popular por meio do sufrágio periódico e universal".

A articulação produz consequência decisória explícita: "ao assumir maior protagonismo em questões que deveriam ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional, o Poder Judiciário acaba contribuindo, ainda que não intencionalmente, para a agudização da sensação de desconfiança hoje verificada em parcela significativa da sociedade". O voto registra cuidado metodológico explícito: "não se trata de fazer da opinião pública um critério de julgamento. O que se busca apontar, apenas, são os efeitos deletérios que decorrem da adoção de uma postura ativista". A objeção, portanto, não se baseia em consequências políticas ou em juízo prudencial sobre o impacto da decisão; sustenta-se em premissa institucional sobre os limites do papel constitucional adequado da jurisdição.

Em síntese, o voto-vista do Ministro André Mendonça articula-se sobre três premissas que sustentam a conclusão pela constitucionalidade integral do art. 19 do Marco Civil da Internet: (i) a recusa da premissa da omissão — a compreensão do art. 19 não como proteção deficiente a corrigir, mas como ponderação legislativa legítima, recusa sustentada pelo diagnóstico de que as plataformas amplificam, sem criar, patologias sociais preexistentes; (ii) a defesa principiológica da autocontenção judicial, fundada na separação de poderes e na capacidade institucional diferenciada do Legislativo; e (iii) a articulação do desacordo moral razoável como categoria que demarca os limites institucionais da jurisdição constitucional em matérias sobre as quais a deliberação democrática deve prevalecer.

Convém registrar, ainda, observação analítica relevante para a aplicação da MAAJE no item 3.4. A divergência entre os votos vencedores e o voto-vista do Ministro Mendonça não se

deu, propriamente, no plano do dispositivo. No RE 1.037.396 — caso isolado para exame —, o Ministro Mendonça, embora sustentasse a constitucionalidade integral do art. 19, votou por negar provimento ao recurso, alcançando o mesmo resultado a que chegou o Relator, que dele partia de premissa oposta (a inconstitucionalidade parcial). Essa coincidência do dispositivo, a despeito da radical divergência de fundamentos, é dado que merece tratamento específico: revela que a controvérsia não se travou sobre a solução do litígio, mas sobre a tese — e, mais fundo, sobre concepções distintas do papel constitucional adequado da jurisdição. É nesse plano, que se poderia denominar metaconstitucional, que a divergência se instala; e é dele que se extraem os elementos relevantes para os indicadores de coerência jurisprudencial e de deferência institucional na seção subsequente.

3.3.5 Demais votos: convergências, modulações e divergências

O exame individualizado dos três votos paradigmáticos — o do Relator (item 3.3.2), o do voto-vista do Presidente Barroso (item 3.3.3) e o do voto-vista divergente, na tese, do Ministro Mendonça (item 3.3.4) — cobre os movimentos argumentativos estruturantes do julgamento, mas não esgota o conjunto deliberativo do Plenário. Os votos dos demais oito Ministros, embora analiticamente subordinados aos três anteriores na construção da tese vencedora e da divergência, agregam ao quadro do julgamento inflexões, modulações e particularidades cuja síntese é relevante para a aplicação da MAAJE no item subsequente. A presente subseção examina esses votos em registro analítico necessariamente mais sintético, organizado em dois agrupamentos definidos pela adesão à tese fixada: os votos que aderiram à tese vencedora (item 3.3.5.1) e os que, quanto à tese, permaneceram na corrente vencida (item 3.3.5.2).

Por fim, acerca dos demais votos convém registrar que o voto vencido, no mérito, prolatado pelo Ministro Edson Fachin, não compõe a análise a fim de concentrar o aprofundamento nos fatos com repercussão para além das partes originárias do processo.

3.3.5.1 Votos convergentes: adesão, modulação e ênfase

Os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Cristiano Zanin e Flávio Dino aderiram, com modulações específicas, à tese vencedora pela inconstitucionalidade parcial do art. 19 do Marco Civil da Internet. A adesão, embora unânime no resultado, articulou-se sobre fundamentos e ênfases que diferem entre si, e o exame dessas diferenças oferece dados analíticos relevantes.

O voto do Ministro Luiz Fux apresentou particularidade processual digna de registro: ao magistrado coube a relatoria do Tema 533 — Recurso Extraordinário 1.057.258, julgado em conjunto com o RE 1.037.396/SP —, de modo que seu voto teve dupla natureza, de relator quanto ao Tema 533 e de voto convergente quanto ao Tema 987. Na antecipação de voto, o Ministro construiu o diagnóstico empírico mais vívido do julgamento: mobilizando Jürgen Habermas e sua tese de uma nova mudança estrutural da esfera pública, ao lado de Cass Sunstein e Evelyn Douek, descreveu a dinâmica das câmaras de eco, dos filtros bolha e da tribalização do debate para sustentar que a autorregulação das plataformas fracassara e que se impunha uma resposta institucional — na fórmula que se tornou marca de seu voto, a de uma "sociedade menos raivosa". No plano do resultado, Fux aderiu à tese da inconstitucionalidade parcial e progressiva do art. 19, com ressalvas de entendimento, convergindo com a maioria quanto à necessidade de superar o regime original, preservando-o apenas para hipóteses específicas.

O voto vogal do Ministro Gilmar Mendes deslocou o eixo da controvérsia para a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Partindo da dimensão objetiva desses direitos — a projeção que os converte em ordem de valores irradiante para todos os ramos do direito —, o magistrado sustentou que o *enforcement* dos direitos fundamentais migrou, no ambiente digital, da relação Estado-cidadão para a esfera privada, na qual as plataformas passaram a exercer verdadeiros poderes de adjudicação e conformação de liberdades — invocando, entre outros, Gunther Teubner, para quem os direitos constitucionais já não se dirigem apenas contra o Estado, mas contra atores privados no espaço da internet. A contribuição dogmaticamente mais densa do voto, contudo, situa-se no plano da técnica decisória: para evitar o vácuo regulatório que a nulificação pura produziria, Gilmar Mendes ancorou a solução na tradição alemã das fórmulas decisórias intermediárias e da interpretação conforme à Constituição — mobilizando o precedente do *Bundesverfassungsgericht* sobre omissão parcial (caso Teuerungszulage, 1958), a sistematização de Zagrebelsky e Marcenò e a dogmática de Ipsen e Maurer —, concluindo pela inconstitucionalidade da leitura que extraísse do art. 19 uma isenção absoluta de responsabilidade para as plataformas de alta interferência.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes operou ênfase distinta: a articulação entre a regulação das plataformas e a proteção do princípio democrático e do Estado de Direito. O Ministro mobilizou a experiência institucional adquirida no exercício da presidência do Tribunal Superior Eleitoral, em julgamentos que envolveram desinformação e ataques coordenados às instituições democráticas. A perspectiva apresentada articulou a regulação das plataformas como instrumento de proteção das condições mesmas em que se desenvolve o

debate democrático contemporâneo — argumento que opera em registro complementar, mais que substitutivo, à doutrina da inconstitucionalidade por proteção deficiente formulada pelo Relator.

O voto da Ministra Cármen Lúcia destacou-se pela ênfase na proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade, articulando a necessidade da diferenciação normativa entre plataformas que agem diligentemente para mitigar danos e aquelas que se omitem após ciência inequívoca de violações. A intervenção da Ministra durante os debates introduziu, no quadro deliberativo, a categoria do "agir diligente" como critério modulador da responsabilidade — categoria que, embora não tenha sido formalmente incorporada à tese vencedora, influenciou a articulação do regime de responsabilidade subjetiva por falha no dever de cuidado que veio a constar do voto-vista do Presidente Barroso e da tese final fixada.

Os votos dos Ministros Cristiano Zanin e Flávio Dino, ambos em sua primeira participação significativa em julgamento de repercussão geral em matéria de regulação econômica, articularam-se em adesão substancial à tese vencedora.

3.3.5.2 Votos vencidos: a corrente da constitucionalidade do art. 19.

Os votos vencidos quanto à tese não formaram, a rigor, três correntes doutrinárias distintas, mas uma só posição de resultado — a da constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet —, sustentada por três adesões de densidade argumentativa desigual. Ao lado da divergência principal, liderada pelo voto-vista do Ministro André Mendonça e analisada no item 3.3.4., os Ministros Edson Fachin e Kassio Nunes Marques também votaram pela constitucionalidade do dispositivo, com fundamentações que ora se aproximavam, ora se distanciavam da arquitetura de Mendonça, sem com ela se identificarem integralmente.

O voto vogal do Ministro Edson Fachin sustentou a constitucionalidade plena do art. 19. A necessidade de ordem judicial para a remoção de conteúdo gerado por terceiros seria "a única forma constitucionalmente adequada de compatibilizar a liberdade de expressão com o regime de responsabilidade ulterior", conclusão que ancorou, ainda, no relatório do Relator Especial da ONU para a Liberdade de Expressão (A/HRC/38/35, § 65). O voto percorreu os dois modelos ideais de regulação da liberdade de expressão — o de matriz norte-americana, fundado na autonomia individual e no livre mercado de ideias, e o de inspiração interamericana, mais plural —, reputando ambos legítimos e vendo, na opção pelo primeiro, escolha política do legislador merecedora de deferência. A contribuição dogmaticamente mais aguda de Fachin, todavia, deu-se sobre a categoria do "dever de cuidado" mobilizada pela tese vencedora: observou que ela "se subsume à velha e conhecida diligência, ou falta de diligência, que pode levar à

responsabilidade civil". A observação carrega registro analítico relevante — identifica que a categoria nova poderia articular-se sobre figuras preexistentes do direito civil brasileiro, sem a inovação institucional que a inconstitucionalidade declarada produziu. O magistrado registrou, por fim, ressalvas de ordem processual à ampliação da causa de pedir e à aproximação entre o controle concentrado e o concreto para além dos estritos limites da repercussão geral.

O Ministro Kassio Nunes Marques integrou a corrente da constitucionalidade do art. 19, acompanhando, no resultado, os Ministros Mendonça e Fachin, sem opinião elaborada autônoma. Sua contribuição documentada deu-se sobretudo nos debates, ao apontar que o ordenamento já dispõe de instrumentos para enfrentar a intimidação sistemática: referindo-se à Lei nº 13.185/2015, que institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática e prevê o cyberbullying, observou que as plataformas teriam condição de criar mecanismo de rastreamento da repetição. A intervenção, embora pontual, opera no mesmo registro da divergência: sugere que os problemas invocados pela maioria poderiam ser enfrentados pela legislação existente, sem necessidade de declarar a inconstitucionalidade parcial do art. 19.

A configuração dos votos vencidos merece registro específico. Não se opôs à tese vencedora um leque de teses doutrinárias rivais, mas uma única posição de resultado — a constitucionalidade do art. 19 —, sustentada com intensidades distintas: a arquitetura teórica densa de Mendonça (capacidade institucional, autocontenção, desacordo moral razoável); a fundamentação civilista e institucional de Fachin (a diligência ordinária como suficiente, a deferência à escolha do legislador); e o acompanhamento pontual de Nunes Marques.

3.3.5.3 Síntese do quadro deliberativo

O exame conjunto dos onze votos do Plenário permite formular observação analítica que sintetiza o quadro deliberativo do julgamento. A tese vencedora articulou-se sobre arquitetura argumentativa densamente fundamentada, com aporte de literatura jurídica, dogmática constitucional comparada e diagnóstico empírico sobre as transformações do ecossistema digital. A divergência principal — em torno da qual se reuniu a corrente vencida pela constitucionalidade do art. 19 — articulou-se sobre arquitetura argumentativa igualmente densa, mobilizando categorias dogmáticas precisas: capacidade institucional, autocontenção e desacordo moral razoável. Entre os dois polos, os votos individuais agregaram inflexões, ênfases e modulações que enriqueceram o quadro deliberativo sem deslocá-lo de sua estrutura bipolar.

A coexistência, no mesmo julgamento, de arquiteturas argumentativas teoricamente sólidas, mas erigidas sobre concepções opostas do papel da jurisdição é, em si, dado analítico

relevante. Como assinalado anteriormente, a divergência sequer se traduziu, no caso concreto, em resultados opostos: no RE 1.037.396, a corrente vencedora e a divergência principal convergiram no dispositivo (o desprovimento do recurso), a despeito de partirem de premissas inconciliáveis. É esse o ponto que confere densidade ao dado: a controvérsia não se limitou à interpretação de dispositivos legais, tampouco à solução do litígio; operou em nível mais profundo, sobre concepções distintas do papel constitucional adequado da jurisdição em matérias de regulação econômica setorial.

Nessa seara, a aplicação da MAAJE, na sequência, examinará em que medida a tese efetivamente fixada satisfaz simultaneamente os critérios de adequação ao acervo decisório anterior, justificação por argumentos de princípio e preservação das condições institucionais de que depende o desenvolvimento econômico — examinando, particularmente, se a configuração argumentativa adotada pela maioria configura ativismo macroinstitucional articulado a déficit de integridade decisória, ou se constitui exercício legítimo da função jurisdicional na construção da norma constitucionalmente adequada.

3.4 APLICAÇÃO DA MAAJE AO RE 1.037.396/SP

Construídos os pressupostos metodológicos (item 3.1.), apresentado o caso paradigmático em seus elementos descritivos (item 3.2.) e examinada a estrutura argumentativa dos votos individuais (item 3.3.), cumpre proceder à aplicação efetiva da Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica ao Recurso Extraordinário 1.037.396/SP.

A aplicação seguirá a estrutura tripartite da Matriz, percorrendo sucessivamente os indicadores de ativismo judicial (item 3.4.1.), de impacto sobre a segurança jurídica (item 3.4.2.) e de impacto econômico-institucional (item 3.4.3., em síntese, com aprofundamento reservado ao item 3.5.), encerrando-se com a síntese diagnóstica articuladora dos três eixos e o relato do teste da hipótese de pesquisa (item 3.4.4.). A análise mantém-se em registro hermenêutico, aplicando os critérios construídos no Capítulo 2 ao material decisório do julgado paradigmático, sem antecipações conclusivas que excedam o que a aplicação dos indicadores efetivamente autorize.

3.4.1 Eixo 1 — Aplicação dos indicadores de ativismo judicial

O primeiro eixo da MAAJE percorre cinco indicadores derivados da tipologia multidimensional de Campos (2014), examinada no item 2.1.3, e operacionalizados à luz da definição de ativismo macroinstitucional formulada por Ramos (2015) — a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento, principalmente, da função

legislativa. Quatro deles (1.1, 1.2, 1.3 e 1.5) aferem a intensidade dessa expansão funcional; o quinto (1.4) incorpora o teste de integridade dworkiniano, cuja natureza distinta será examinada ao término deste eixo. A aplicação ao Tema 987 demanda análise específica de cada dimensão.

Indicador 1.1 — Dimensão interpretativa

A dimensão interpretativa avalia se o julgado configurou ampliação do sentido normativo de dispositivos constitucionais para além do que texto e contexto autorizariam. A análise do RE 1.037.396/SP revela manifestação intensa nesse indicador. A doutrina da inconstitucionalidade superveniente por modificação das premissas fáticas, articulada pelo Relator e adotada pela maioria, opera precisamente sobre essa dimensão: postula-se que o conteúdo normativo do que se extrai dos arts. 5º, IV, IX, e 220 da Constituição — em colisão com os direitos da personalidade do art. 5º, X — sofreu alteração substantiva entre 2014 e 2025 sem que se tenha alterado, em qualquer medida, o texto constitucional.

A operação interpretativa adotada, portanto, ampliou o sentido das disposições constitucionais sobre liberdade de expressão e proteção de direitos da personalidade não em virtude de mutação textual ou de novo precedente vinculante, mas em virtude da constatação, juridicamente construída pelo Tribunal, de transformação da realidade subjacente. A ampliação interpretativa é, em si, dogmaticamente legítima quando articulada com integridade — e a avaliação dessa integridade compete ao indicador 1.4., examinado adiante; o que o indicador 1.1. registra é, apenas, a intensidade da operação interpretativa realizada. Classificação: intensa.

Indicador 1.2 — Dimensão legiferante

A dimensão legiferante verifica se a decisão produziu norma geral e abstrata de feição regulamentar. A análise do Tema 987 revela manifestação intensa também nessa dimensão, possivelmente a mais visível do julgamento. A tese fixada pelo Tribunal substituiu, na medida da inconstitucionalidade declarada, o regime original do art. 19 do Marco Civil por arquitetura normativa tripartite densamente estruturada: regime de notificação extrajudicial para crimes em geral; regime de presunção de conhecimento para conteúdo impulsionado; regime de responsabilidade por falhas sistêmicas no dever de cuidado para rol de conteúdos extraordinariamente nocivos; manutenção do regime original para crimes contra a honra e provedores neutros; obrigações organizacionais e operacionais aplicáveis a plataformas de determinado porte; e regimes específicos para desinformação eleitoral, conteúdo gerado por inteligência artificial e transmissão ao vivo de atos criminosos.

A complexidade e a densidade regulatória da tese configuram, em rigor técnico, redesenho normativo do regime aplicável ao setor — operação que, na arquitetura institucional clássica, seria realizada por via legislativa. O próprio voto do Relator reconhece essa circunstância ao articular o que denominou "apelo ao legislador" — convocação ao Congresso Nacional para que retome a regulação do tema mediante nova legislação. A convocação, contudo, opera em configuração peculiar: estabelece-se o regime aplicável no interregno e fixa-se, em paralelo, moldura constitucional que delimita a discricionariedade do legislador futuro. A análise dessa configuração será retomada nos indicadores subsequentes. Classificação: intensa.

Indicador 1.3 — Deferência institucional

A dimensão de deferência institucional examina se o Tribunal sopesou adequadamente a capacidade e a legitimidade dos demais Poderes para tratar da matéria objeto da controvérsia. Diversamente dos indicadores anteriores, cuja escala mede a intensidade de uma prática ativista, este indicador afere o grau de preservação de um valor — a deferência —, razão pela qual opera em polaridade invertida: presente, parcial ou ausente. Os votos vencedores reconheceram, em diferentes graus, a legitimidade originária da opção legislativa formulada pelo Congresso Nacional em 2014 — opção que resultou de processo legislativo democrático extenso, com ampla participação social.

Sustentaram, contudo, que essa legitimidade original fora erodida pela transformação das premissas fáticas subjacentes ao regime, configurando inconstitucionalidade superveniente. A construção, embora dogmaticamente articulada, opera substituição do juízo de proporcionalidade originalmente formulado pelo legislador democraticamente eleito pelo juízo do Tribunal.

A crítica institucional mais densa a essa substituição partiu do voto-vista do Ministro Mendonça, que sustentou ser o Congresso Nacional a instituição dotada de maior capacidade institucional para regular as plataformas digitais e que o desacordo moral razoável sobre a matéria demandaria a preponderância do princípio democrático. Em registro convergente, o Ministro Fachin nomeou com precisão o que a maioria realizava, ao descrever o cerne do julgamento como a decisão sobre "se a inversão entre regra e exceção [art. 19 e art. 21] pode ser feita (…) segundo um filtro de constitucionalidade", assinalando que, "diante dessas premissas, o Poder Legislativo fez uma determinada opção" — opção que a Corte, ao inverter regra e exceção, terminou por reformular. Nenhuma das duas objeções foi acolhida pela maioria.

A configuração institucional resultante — o Tribunal a estabelecer, a um só tempo, o regime transitório aplicável e a moldura constitucional limitadora do legislador futuro — comprime substancialmente a deferência. Não se trata, todavia, de deferência inteiramente ausente: o "apelo ao legislador" articulado pelo Relator constitui reconhecimento expresso da competência primária do Congresso para dispor sobre a matéria, e a preservação do regime original em hipóteses determinadas (crimes contra a honra, provedores neutros) sinaliza contenção pontual. A deferência subsiste, portanto, no discurso e em franjas do dispositivo, mas resta substancialmente comprometida na operação central da decisão — a substituição da ponderação legislativa expressa. Classificação: parcial (com inclinação para ausente quanto à substituição da opção legislativa originária).

Indicador 1.4 — Coerência jurisprudencial

A dimensão de coerência jurisprudencial verifica se houve superação de precedentes sem fundamentação que satisfaça o teste de integridade dworkiniano. A análise demanda atenção especial, porque articula o eixo macroinstitucional do ativismo com o critério microdecisório de integridade.

A tese fixada pelo Tribunal não rompe expressamente com precedentes específicos do próprio STF — não há, em rigor, *overruling* de decisão anterior em sentido estrito. Mas opera redefinição substantiva do regime jurídico aplicável a partir de doutrina dogmaticamente inovadora — a inconstitucionalidade superveniente por modificação das premissas fáticas —, sem que essa doutrina encontre suporte robusto na jurisprudência pretérita do Tribunal.

A vedação à proteção deficiente, mobilizada como instrumento dogmático principal, foi utilizada em julgados anteriores (ADO 26, HC 104.410), mas sua aplicação para invalidar opção legislativa explícita, formulada após processo democrático denso, constitui inflexão que demanda fundamentação especialmente robusta sob o critério da integridade. O exame da estrutura argumentativa dos votos vencedores, conforme realizado no item 3.3., revela que a inflexão foi reconhecida pelos Ministros, mas não foi acompanhada de demonstração explícita de adequação ao acervo decisório pretérito. A configuração apresenta, portanto, déficit no teste dworkiniano de *fit* — não no sentido de ruptura aberta com precedentes específicos, mas no de inflexão dogmática que mereceria justificação mais densa quanto à continuidade com a tradição jurisprudencial. Classificação: moderada a intensa (caracterizada pela combinação entre inovação dogmática e fundamentação parcial da continuidade).

Indicador 1.5 — Dimensão maximalista

A dimensão maximalista indaga se a Corte decidiu mais do que o estritamente necessário para resolver o caso concreto. A análise do Tema 987 revela manifestação intensa nesse indicador. A controvérsia originária — criação de perfil falso no Facebook, utilizado para ofender terceiro — admitia solução normativamente mais restrita: bastaria reconhecer que a omissão da plataforma em remover o perfil falso, após regular notificação da vítima, gerava o dever de indenizar, resolvendo-se o litígio no interior do próprio art. 19, sem redesenho do modelo regulatório aplicável a todo o setor digital.

Não se trata de conjectura da análise: foi precisamente esse o caminho sustentado pelo Ministro Fachin, para quem o art. 19 é constitucional e o "dever de cuidado" invocado pela maioria "se subsume à velha e conhecida diligência, ou falta de diligência, que pode levar à responsabilidade civil" — de modo que a responsabilização por omissão diligente, categoria já assentada no direito civil brasileiro, bastaria à solução do caso.

No mesmo sentido apontava o dispositivo do voto-vista do Ministro Mendonça, que, sustentando a constitucionalidade integral do dispositivo, também negou provimento ao recurso. A opção da maioria pela formulação de tese de máxima envergadura — com redesenho normativo do regime aplicável a todo o setor das plataformas digitais, fixação de rol de deveres, presunções e regimes categoriais, e imposição de moldura ao legislador futuro — excede consideravelmente o requerido para a solução da controvérsia originária, configurando abordagem maximalista no sentido preciso que contrapõe ao minimalismo decisório. Classificação: intensa.

Observações finais - Ativismo, integridade e a composição do eixo

Cabe, ao término deste eixo, uma ressalva conceitual que o rigor do método impõe. Os cinco indicadores percorridos não medem, todos, a mesma grandeza. Os indicadores 1.1., 1.2., 1.3. e 1.5. aferem intensidade de expansão funcional — o quanto a Corte avançou sobre a fronteira da função legislativa, no sentido macroinstitucional de Ramos (2015). O indicador 1.4., ao incorporar o teste de integridade dworkiniano, afere coisa diversa: não a fronteira entre os Poderes, mas a legitimidade interna da fundamentação — a presença ou a ausência do *fit* ao acervo decisório e da justificação por argumentos de princípio, cuja falta caracteriza o decisionismo que Dworkin (2007) e, no registro da Crítica Hermenêutica do Direito, Streck (2014) buscam coibir. Ativismo e decisionismo são, com efeito, patologias de naturezas diversas: aquele, um problema de competência — quem decide; este, um problema de fundamentação — como se decide. Um voto pode ser expansivo e íntegro, como pode ser contido e decisionista.

Rigorosamente, portanto, a coerência jurisprudencial não constitui ativismo em sentido estrito na conceituação adotada por esta Matriz. A inclusão desta no Eixo 1 é opção que se assume como metodológica e pedagógica, e não como identidade conceitual: reunir os cinco indicadores sob o mesmo teto permite ler, em um só movimento analítico, quanto a Corte expandiu (1.1., 1.2., 1.3. e 1.5.) e se o fez legitimamente (1.4.) — as duas perguntas de que depende a distinção, central a esta dissertação, entre ativismo íntegro e ativismo com déficit de integridade.

Convém precisar, ainda, o sentido em que aqui se fala de princípios: não o da invocação retórica de princípios vagos — que, na crítica de Streck, é ela própria uma forma de decisionismo travestido, o pamprincipiologismo —, mas o da exigência de integridade, que subordina a construção da norma à coerência com a tradição jurídica e a uma justificação principiológica controlável. Daí por que a intensidade ativista, isoladamente considerada, não configura patologia: dimensões interpretativa, legiferante e maximalista intensas, somadas a deferência apenas parcial, indicam expansão pronunciada, no entanto, é o indicador 1.4 que aponta se essa expansão se sustenta em integridade ou resvala para o decisionismo.

3.4.2 Eixo 2 — Aplicação dos indicadores de impacto sobre a segurança jurídica

O segundo eixo da MAAJE avalia o impacto da decisão sobre as três dimensões da segurança jurídica formuladas por Ávila (2025), examinadas no Capítulo 1 desta dissertação. A escala opera em polaridade invertida — preservada, parcialmente comprometida, gravemente comprometida —, pois o que se afere não é a intensidade de uma prática, mas o grau de preservação de um valor constitucional. A análise considera, em cada dimensão, o estado das condições institucionais antes da decisão e o estado posterior à sua prolação, identificando o sentido e a magnitude da alteração produzida.

Indicador 2.1 — Cognoscibilidade

A dimensão de cognoscibilidade refere-se à capacidade dos destinatários do direito de identificar com clareza as normas vigentes e suas implicações concretas. A análise do impacto do Tema 987 sobre a cognoscibilidade requer comparação entre o estado normativo anterior — em que o art. 19 do Marco Civil, com redação clara e cerca de onze anos de vigência, oferecia parâmetro normativo de identificação razoavelmente direta — e o estado posterior à decisão.

A tese fixada substituiu o regime original por arquitetura tripartite densa, com diferenciações categoriais que demandam interpretação aplicada por intérprete qualificado. A categoria "crimes em geral" precisa ser delimitada em face dos "crimes contra a honra"

mantidos sob o regime original; a categoria "conteúdo impulsionado" precisa ser delimitada em face do conteúdo orgânico; a categoria "dever de cuidado" precisa ser preenchida casuisticamente, sem critérios objetivos que definam de antemão o que constitui "falha sistêmica".

A consequência é deterioração identificável da cognoscibilidade do regime. Não se trata, contudo, de ausência absoluta de clareza — a tese estabelece categorias e parâmetros que oferecem alguma orientação, e as indeterminações são, em rigor, quantitativas (a quantidade de mediações interpretativas requeridas para identificar a norma aplicável aumentou substancialmente) mais do que qualitativas. É essa a razão pela qual a cognoscibilidade resiste em grau maior do que a calculabilidade examinada adiante: as categorias, embora numerosas, são identificáveis no próprio texto da tese, ao passo que sua aplicação futura permanece imprevisível. Classificação: parcialmente comprometida (com elementos que se aproximam do grave comprometimento, especialmente quanto ao dever de cuidado).

Indicador 2.2 — Confiabilidade

A dimensão de confiabilidade refere-se à proteção de expectativas legitimamente formadas sob a égide do regime jurídico anterior. A análise do impacto do Tema 987 sobre a confiabilidade revela configuração particularmente problemática. As plataformas digitais que operam no Brasil organizaram seus modelos de negócio, suas políticas de moderação de conteúdo, suas estruturas operacionais e seus investimentos com base no regime estabelecido pelo art. 19 do Marco Civil.

O Tribunal, é certo, cuidou de modular os efeitos da decisão: nos termos do item 14 da tese, esta "somente se aplicará prospectivamente, ressalvadas decisões transitadas em julgado" — ressalva que preserva a coisa julgada e afasta a retroatividade plena. A modulação, contudo, é de eficácia prospectiva simples: não estabeleceu *vacatio judicialis* nem regime escalonado de transição que permitisse a adaptação operacional progressiva das plataformas às novas obrigações. Protegeu-se, assim, o passado judicial já consolidado, mas não se concedeu horizonte de ajuste para o presente.

Os investimentos realizados sob a expectativa do regime anterior — particularmente em pequenas e médias plataformas, que não dispõem de capacidade técnica e financeira equivalente à dos grandes agentes globais para implementar de imediato os mecanismos de moderação exigidos pelo novo regime — encontram-se, por isso, sob risco de obsolescência institucional acelerada. A frustração recai não sobre situações pretéritas transitadas em julgado, mas sobre o conjunto de decisões empresariais tomadas, no presente, sob a pressuposição de continuidade

do regime — que a decisão altera sem transição adaptativa. Classificação: gravemente comprometida.

Indicador 2.3 — Calculabilidade

A dimensão de calculabilidade refere-se à capacidade dos agentes econômicos de antecipar os efeitos jurídicos de suas condutas futuras. A análise do impacto do Tema 987 sobre a calculabilidade revela configuração que merece registro analítico cuidadoso. A tese fixada estabeleceu, simultaneamente, o regime aplicável e a moldura constitucional para legislação superveniente — o que produz duas camadas sobrepostas de incerteza prospectiva.

A primeira é a incerteza quanto à aplicação concreta dos novos critérios pelos juízos inferiores: o que será considerado falha sistêmica no dever de cuidado, em que circunstâncias a notificação extrajudicial será tida por idônea, quais conteúdos serão enquadrados como manifestamente ilícitos, qual o padrão de diligência suficiente para afastar a responsabilização. Essas indeterminações serão progressivamente preenchidas pela jurisprudência aplicada — mas o tempo necessário a essa consolidação configura janela de elevada incerteza sobre o conteúdo concreto do regime. A segunda camada é a incerteza quanto à evolução normativa: o regime fixado pelo Tribunal é declaradamente provisório, pendente de regulação pelo Congresso, mas a moldura constitucional estabelecida pela decisão pode invalidar opções legislativas futuras que o próprio Tribunal venha a considerar insuficientes. Os agentes enfrentam, assim, dificuldade qualitativamente acrescida para antecipar os efeitos jurídicos de suas condutas em horizontes de médio e longo prazos — dificuldade que a modulação prospectiva, ao preservar apenas o passado, não mitiga quanto ao futuro. Classificação: gravemente comprometida.

3.4.3 Eixo 3 — Aplicação dos indicadores de impacto econômico-institucional (síntese)

O terceiro eixo da MAAJE percorre indicadores derivados da teoria institucionalista de North (2018), articulada com Coase (2017), examinadas no Capítulo 1 desta dissertação. A aplicação completa desses indicadores demanda exame substantivo das condições do setor digital brasileiro, dos modelos de negócio das plataformas envolvidas, das estruturas de incentivos ao investimento em inovação tecnológica e dos custos operacionais decorrentes do novo regime — exame que constitui o objeto específico do item 3.5. subsequente. Aqui se registram as classificações dos indicadores em síntese, com remissão analítica ao tratamento aprofundado do item seguinte.

Indicador 3.1 — Custos de transação

A análise da decisão sob a perspectiva dos custos de transação que North (2018) identifica como variável determinante do desempenho econômico revela elevação substantiva. As plataformas digitais terão, doravante, custos consideravelmente mais elevados para implementar mecanismos de moderação de conteúdo conforme o regime tripartite, para defender judicialmente os enquadramentos categoriais aplicáveis a cada caso, para responder a notificações extrajudiciais cuja idoneidade pode ser objeto de disputa e para manter estruturas organizacionais capazes de evidenciar a observância do dever de cuidado em hipóteses de fiscalização. A elevação, que se articula nas três dimensões de Coases (2017) — informação, negociação e *enforcement* —, será examinada em detalhe no item 3.5. Classificação: elevados.

Indicador 3.2 — Estabilidade regulatória

A análise da estabilidade regulatória do setor afetado revela configuração inequivocamente comprometida. O regime jurídico aplicável às plataformas digitais foi substituído, em sua arquitetura essencial, por construção judicial declaradamente transitória, pendente de regulação legislativa cuja viabilidade política e cujo cronograma não são previsíveis — o próprio Tribunal, no item 13 da tese, apelou ao Congresso Nacional para que edite legislação sanadora, sem que a esse apelo corresponda prazo ou garantia de atendimento.

A modulação dos efeitos, embora invocada "para preservar a segurança jurídica", operou de modo prospectivo simples (item 14 da tese), ressalvando apenas as decisões transitadas em julgado, sem instituir regime de transição que estabilizasse o quadro regulatório durante o interregno até a atuação legislativa. A conjugação desses elementos — regime substituto de vigência provisória, dependente de legislação futura incerta e desprovido de transição — produz instabilidade regulatória de grau elevado.

Distingue-se, aqui, a estabilidade regulatória da confiabilidade aferida no Eixo 2: enquanto a confiabilidade de Ávila afere a proteção das expectativas dos destinatários do direito diante da mudança normativa — perspectiva subjetiva, centrada no agente —, a estabilidade regulatória afere a preservação objetiva do arranjo normativo do setor como condição institucional do investimento, na acepção de North. Classificação: gravemente comprometida.

Indicador 3.3 — Deferência à competência técnica

A análise da deferência à competência técnica revela configuração específica. O Tribunal realizou ampla audiência pública para colher subsídios técnicos sobre a controvérsia, com participação de especialistas, representantes setoriais e organizações da sociedade civil — circunstância que opera em favor da deferência à competência técnica. Contudo, a construção

do regime tripartite final mobilizou categorias normativas que não derivam diretamente do material técnico-empírico colhido, mas de elaboração dogmática interna ao próprio Tribunal.

Mais do que isso, a tese fixou deveres de índole marcadamente regulatória e técnica — constituição de sede e representante no país, publicação periódica de relatórios de transparência, gestão de riscos sistêmicos, disponibilização de mecanismos internos de notificação e reclamação —, matéria que, na arquitetura institucional típica, seria objeto de disciplina por autoridade reguladora setorial dotada de expertise e de instrumentos de revisão periódica. O reconhecimento dessa lacuna pelo próprio Tribunal, expresso no apelo ao legislador, sinaliza a consciência dos limites de sua capacidade institucional para exaurir a matéria — o que atenua, mas não elide, o déficit de deferência técnica na parcela do regime efetivamente construída por via jurisdicional. Classificação: parcial.

3.4.4 Síntese diagnóstica e teste da hipótese de pesquisa

A aplicação dos onze indicadores da MAAJE ao Recurso Extraordinário 1.037.396/SP permite formular síntese diagnóstica que articule os três eixos analíticos e submeta a hipótese central da pesquisa ao teste a que se comprometeu o desenho metodológico.

No primeiro eixo, a aplicação revelou manifestação intensa em três das quatro dimensões que aferem expansão funcional — interpretativa, legiferante e maximalista — e deferência institucional apenas parcial, com inclinação para ausente quanto à substituição da opção legislativa originária. Os quatro indicadores convergem, portanto, no mesmo sentido: o de uma expansão funcional pronunciada. O quinto indicador — a coerência jurisprudencial — , que, conforme assentado, não afere expansão, mas integridade, revelou-se moderado a intenso, por força da inflexão dogmática operada sem demonstração explícita de adequação ao acervo decisório pretérito. A leitura articulada permite caracterizar o julgamento como manifestação de ativismo macroinstitucional pronunciado, no sentido de Ramos (2015) — ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento da função legislativa, pela substituição do regime estabelecido pelo Congresso por construção normativa do próprio Tribunal, com densidade regulatória e abrangência setorial que exorbitam os limites usualmente atribuídos à jurisdição constitucional —, acompanhado, porém, de um déficit de integridade de intensidade apenas intermediária, e não plena.

No segundo eixo, a aplicação revelou comprometimento parcial da cognoscibilidade e comprometimento grave da confiabilidade e da calculabilidade. As três dimensões formuladas por Ávila (2025) foram afetadas na direção da deterioração, com magnitudes variáveis — resistindo a cognoscibilidade em grau maior, por permanecerem as categorias identificáveis no

texto da tese, e cedendo mais gravemente a confiabilidade e a calculabilidade, que incidem, respectivamente, sobre expectativas já consolidadas e sobre a antecipação de condutas futuras.

No terceiro eixo, identificou-se elevação dos custos de transação, comprometimento grave da estabilidade regulatória e configuração apenas parcial da deferência à competência técnica. O impacto sobre as condições institucionais do desenvolvimento, no setor afetado, é negativo.

O quadro-resumo a seguir sintetiza as classificações da MAAJE aplicadas ao Recurso Extraordinário 1.037.396/SP:

Eixo	**Indicador**	**Classificação**
1. Ativismo Judicial	1.1 Dimensão interpretativa	Intensa
	1.2 Dimensão legiferante	Intensa
	1.3 Deferência institucional	Parcial
	1.4 Coerência jurisprudencial	Moderada a intensa
	1.5 Dimensão maximalista	Intensa
2. Segurança Jurídica	2.1 Cognoscibilidade	Parcialmente comprometida
	2.2 Confiabilidade	Gravemente comprometida
	2.3 Calculabilidade	Gravemente comprometida
3. Impacto Econômico-Institucional	3.1 Custos de transação	Elevados
	3.2 Estabilidade regulatória	Gravemente comprometida
	3.3 Deferência à competência técnica	Parcial

A articulação dos três eixos permite submeter a hipótese ao teste. A hipótese central, formulada como proposição, sustentava que a coincidência entre ativismo macroinstitucional pronunciado e déficit identificável de integridade argumentativa tenderia a deteriorar as três dimensões da segurança jurídica, com efeitos correlatos sobre os custos de transação. O desenho previa quatro cenários de refutação, cuja verificação, em qualquer deles, imporia o registro: configuração incompatível com ativismo pronunciado; fundamentação dotada de integridade

dworkiniana plena; preservação das três dimensões da segurança jurídica; ou impactos sobre a segurança jurídica sem efeitos identificáveis sobre os custos de transação.

Nenhum dos quatro cenários se materializou em sua forma plena. Houve expansão funcional pronunciada; houve deterioração da segurança jurídica nas três dimensões; houve elevação dos custos de transação. O segundo elemento, contudo — o déficit de integridade —, materializou-se em magnitude moderada, e não pronunciada: os votos vencedores articularam fundamentação densa, mobilizaram literatura especializada, dialogaram com diagnóstico empírico extenso e satisfizeram, em larga medida, as exigências de adequação de Dworkin, de modo que a configuração não autoriza caracterizar a decisão como exemplar de discricionariedade voluntarista no sentido empregado por Streck.

O resultado situa-se, por isso, em registro de corroboração parcial e assimétrica, e não de confirmação plena: a hipótese resistiu ao teste em seu núcleo — a coincidência entre expansão funcional e déficit de integridade, com os efeitos correlatos previstos, efetivamente se verificou —, mas em configuração mais matizada que a de sua versão mais forte, na qual o déficit de integridade atingiria intensidade comparável à da expansão funcional. Esse descompasso entre os dois planos — ativismo pronunciado, integridade apenas moderadamente comprometida — constitui, em si, o achado central do teste.

3.5 IMPACTOS INSTITUCIONAIS E ECONÔMICOS

A aplicação da MAAJE ao Recurso Extraordinário 1.037.396/SP (Tema 987), realizada no item anterior, identificou impactos identificáveis sobre as três dimensões da segurança jurídica e classificou os indicadores do Eixo 3 — custos de transação, estabilidade regulatória, deferência à competência técnica — em síntese. Cumpre, agora, desenvolver esses achados em densidade analítica adequada, articulando as classificações da Matriz com o referencial teórico construído no Capítulo 1 desta dissertação e com diagnóstico específico do setor afetado pela decisão. A subseção percorre, sucessivamente, os efeitos sobre a segurança jurídica em sua materialização concreta, os efeitos sobre o ecossistema digital brasileiro e os efeitos sobre o programa constitucional de desenvolvimento. A análise mantém-se em registro descritivo-analítico — examinando os impactos efetivamente produzidos pela decisão, sem emitir juízo normativo sobre a adequação dessa produção ao desenho constitucional brasileiro, juízo que ultrapassaria os limites do método adotado.

3.5.1 Efeitos sobre a segurança jurídica em sua materialização concreta

A análise no item 3.4.2. identificou comprometimento parcial da cognoscibilidade e comprometimento grave da confiabilidade e da calculabilidade. As classificações, formuladas em síntese, demandam exame substantivo da materialização concreta desses impactos para que se possa avaliar sua intensidade e seu alcance institucional.

A cognoscibilidade — capacidade dos destinatários do direito de identificar com clareza as normas vigentes — deteriorou-se a partir do redesenho regulatório operado pelo julgamento. Sob a redação original do art. 19 do Marco Civil, os agentes do setor operavam sobre regime cuja estrutura era acessível ao operador qualificado: a responsabilização civil das plataformas dependia de ordem judicial específica, ressalvada a hipótese excepcional do art. 21, relativa à divulgação não autorizada de cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. A estrutura era clara, os parâmetros identificáveis, os limites delimitáveis.

O regime fixado pelo Tribunal substituiu essa configuração por arquitetura tripartite com múltiplas categorias — crimes em geral, crimes contra a honra, conteúdo manifestamente ilícito, conteúdo impulsionado, conteúdo sujeito ao dever de cuidado por falha sistêmica, além de hipóteses específicas de desinformação eleitoral, conteúdo gerado por inteligência artificial e transmissão ao vivo de atos criminosos. A pluralidade de categorias, articuladas em regimes distintos, produz exigência hermenêutica acrescida: antes de identificar a norma aplicável, o intérprete precisa qualificar a hipótese concreta em uma das categorias fixadas, juízo sobre o qual a tese oferece orientação apenas parcial. A deterioração, aqui, não é qualitativa — as categorias podem ser preenchidas por elaboração doutrinária e jurisprudencial —, mas quantitativa: multiplicaram-se as mediações interpretativas necessárias para reconhecer, ex ante, as obrigações incidentes.

A confiabilidade — proteção das expectativas legitimamente formadas — sofreu deterioração de grau mais elevado. Tal como a articula Ávila (2025), a confiabilidade opera não apenas sobre situações jurídicas consolidadas no passado, mas sobre o conjunto de decisões empresariais tomadas no presente sob a expectativa de continuidade do regime vigente. Os agentes do setor organizaram seus modelos de negócio ao longo de cerca de onze anos de vigência do art. 19 — período bastante para configurar expectativa institucional consolidada. Estruturas de moderação foram desenhadas, equipes dimensionadas, investimentos realizados, contratos firmados, modelos de receita calibrados, todos sob a pressuposição de estabilidade do regime.

É certo que o Tribunal modulou os efeitos da decisão, que, nos termos do item 14 da tese, "somente se aplicará prospectivamente, ressalvadas decisões transitadas em julgado" — de modo que a coisa julgada foi preservada e a retroatividade plena, afastada. A modulação,

contudo, é de eficácia prospectiva simples: não instituiu *vacatio judicialis* nem regime escalonado de transição que permitisse a adaptação operacional progressiva às novas obrigações. Protegeu-se o passado judicial já consolidado, mas não se concedeu horizonte de ajuste para o presente — e é sobre esse presente, o das decisões empresariais tomadas sob o regime anterior e dos ativos sob ele constituídos, que recai a frustração de expectativas. A deterioração da confiabilidade distingue-se, por isso, da que atinge a cognoscibilidade: enquanto esta pode ser progressivamente compensada por elaboração subsequente, aquela incide diretamente sobre o patrimônio jurídico legitimamente formado.

A calculabilidade — capacidade de antecipar os efeitos jurídicos das condutas futuras — deteriorou-se igualmente, mas em configuração particular. Operando prospectivamente, ela é afetada por duas camadas sobrepostas de incerteza. A primeira recai sobre a aplicação concreta dos parâmetros da tese: o que constitui falha sistêmica no dever de cuidado, como se delimita o conteúdo manifestamente ilícito, em que condições a notificação extrajudicial será tida por idônea, qual o padrão de diligência suficiente para afastar a responsabilização. Essas indeterminações serão preenchidas pela jurisprudência aplicada, mas o tempo dessa consolidação configura janela de incerteza sobre o conteúdo concreto do regime. A segunda camada recai sobre a própria evolução normativa: como o Tribunal fixou, a um só tempo, o regime aplicável e a moldura constitucional que limitará a legislação futura, os agentes não sabem quais opções o Congresso poderá validamente adotar sem que o próprio Tribunal as repute insuficientes — dúvida que afeta o cálculo do quadro normativo a horizontes de médio e longo prazos, e que a modulação prospectiva, por proteger apenas o passado, não mitiga quanto ao futuro.

3.5.2 Efeitos sobre o ecossistema digital brasileiro

A análise dos efeitos sobre o ecossistema digital demanda articulação específica com a teoria institucionalista de Douglass North. Para North (2018), as instituições — regras formais e informais que estruturam a interação humana — operam como variável determinante do desempenho econômico, na medida em que sua qualidade condiciona os custos de transação que os agentes suportam para celebrar, executar e monitorar acordos. A elevação desses custos, classificada no indicador 3.1. da MAAJE, merece exame em sua materialização concreta no setor.

As plataformas digitais constituem segmento cuja sensibilidade à qualidade institucional do quadro regulatório é especialmente aguda. Diferentemente do investimento em setores tradicionais, o investimento em plataformas sustenta-se sobre expectativas de

estabilidade do regime jurídico a horizontes longos: o desenvolvimento de produtos tecnológicos demanda aportes substantivos em pesquisa, em infraestrutura computacional, em mão de obra especializada e na construção de bases de usuários cujo retorno se materializa em prazos que excedem os ciclos típicos de outros setores. A elevação da incerteza institucional, nesse contexto, não é obstáculo marginal: pode redirecionar fluxos de investimento para jurisdições alternativas, inibir empresas nacionais que competem em mercados globais e desorganizar arranjos que sustentam a inovação.

Os custos de transação propriamente ditos, na acepção de Coase (2017) sistematizada por North, articulam-se em três dimensões, todas oneradas pelo julgamento. A primeira é a informação — o custo de identificar, com precisão suficiente, as obrigações incidentes; o redesenho elevou-o substantivamente, ao exigir das plataformas estruturas jurídicas capazes de qualificar, caso a caso, o regime aplicável entre as categorias da tese. A segunda é a negociação — o custo de celebrar e implementar acordos sob o quadro vigente; as plataformas precisarão renegociar contratos com criadores de conteúdo, anunciantes e prestadores de serviços, ajustando-os ao novo regime. A terceira é o *enforcement* — o custo de garantir a observância dos termos e de se defender em litígios; a exposição litigiosa cresce de modo expressivo, com a necessidade de sustentar em juízo os enquadramentos categoriais e de demonstrar a observância do dever de cuidado.

A elevação cumulativa nas três dimensões produz efeitos diferenciados sobre os agentes do ecossistema. As grandes plataformas globais — Meta, Google, ByteDance e congêneres — dispõem de capacidade técnica e financeira para absorver os custos adicionais, ajustando suas estruturas ao novo regime. As plataformas nacionais de médio porte enfrentam configuração mais desafiadora: capacidade técnica limitada para implementar de imediato os mecanismos exigidos, exposição litigiosa proporcionalmente mais relevante para seus modelos de negócio e dependência de fluxos de receita publicitária suscetíveis à nova configuração. As startups e os novos entrantes enfrentam o quadro mais adverso: as exigências organizacionais — manter representante legal no país, instituir mecanismos de denúncia acessíveis, adotar políticas de moderação transparentes, produzir relatórios periódicos — operam como barreiras de entrada substantivas.

Não se trata de projeção meramente teórica. A preocupação com o impacto do redesenho sobre os agentes menores e sobre a inovação foi levada ao próprio Tribunal: a Associação Dínamo e a Associação Brasileira de Startups, na qualidade de *amicus curiae*, alertaram para o retrocesso ao desenvolvimento tecnológico que a alteração do regime poderia acarretar, uma vez que o Marco Civil integra o arcabouço jurídico que impulsiona a produção da inovação e

da pesquisa. O efeito que a seguir se identifica não emerge, portanto, apenas da dedução institucionalista: corresponde a risco sinalizado nos autos pelos representantes do próprio segmento afetado — risco cuja materialização da decisão, ao redesenhar o regime sem transição nem diferenciação por porte, não se ocupou de mitigar.

A teoria institucionalista oferece, quanto a esse ponto, registro particularmente articulado. Custos institucionais elevados, quando incidem assimetricamente sobre agentes do mesmo setor, podem produzir consequências sobre a estrutura concorrencial que excedem o impacto direto sobre cada agente.

As grandes plataformas, capazes de absorvê-los, tendem a consolidar suas posições; as menores e os entrantes, incapazes de fazê-lo, encontram dificuldade acrescida para sustentar-se ou ingressar no mercado. Convém precisar a natureza desse efeito, para afastar leitura apressada em sentido contrário, que poderia objetar que a decisão, ao ampliar a responsabilidade das grandes plataformas — antes largamente imunizadas pelo art. 19 —, teria caráter pró-competitivo.

No entanto, tal objeção não se sustenta diante da natureza dos custos gerados: o efeito de concentração não decorre da responsabilização em si, que, isolada, poderia até nivelar o campo, mas dos custos organizacionais de conformidade — representante legal, relatórios de transparência, gestão de riscos, mecanismos de denúncia —, que são majoritariamente fixos, independem da escala e, por isso, oneram proporcionalmente muito mais o pequeno e o entrante do que a plataforma global. A configuração pode produzir, sobre o ecossistema digital brasileiro, efeito de concentração que opera em sentido oposto ao desenvolvimento competitivo do setor — dimensão que, até onde alcançou esta pesquisa, a literatura nacional sobre o caso ainda não examinou em registro articulado.

3.5.3 Efeitos sobre o programa constitucional de desenvolvimento

Os achados dos itens precedentes oferecem terreno para a questão que articula o capítulo com o problema de pesquisa: que efeitos a decisão do Tema 987 produz sobre as condições institucionais de que depende a realização do programa constitucional de desenvolvimento? A resposta exige diferenciação que evite tanto o juízo binário (favorável ou desfavorável) quanto a indiferenciação que diluiria os efeitos identificados em registro retoricamente neutro.

O programa constitucional de desenvolvimento, conforme examinado no Capítulo 1, articula-se sobre referenciais cuja convergência permite formular padrão analítico identificável: o desenvolvimento sustentado depende de condições institucionais que conjuguem segurança jurídica, custos de transação reduzidos, previsibilidade do quadro normativo, estabilidade

regulatória e capacidade de adaptação às transformações tecnológicas e sociais. O exame da decisão sob esse padrão permite formular dois achados articulados.

O primeiro é que a decisão produz, em magnitudes identificáveis, efeitos negativos sobre quatro das cinco dimensões do padrão: comprometimento da segurança jurídica em suas três dimensões de Ávila; elevação dos custos de transação nas três dimensões de Coase (2017); comprometimento da previsibilidade do quadro normativo; e comprometimento grave da estabilidade regulatória. Em sua articulação cumulativa, esses efeitos configuram impacto institucional substantivo sobre as condições do desenvolvimento, particularmente no setor afetado.

O segundo achado, igualmente relevante para a integridade da análise, incide sobre a quinta dimensão — a capacidade de adaptação às transformações tecnológicas e sociais —, que opera em registro mais ambivalente. A decisão pode ser lida como tentativa institucional de responder a transformações reais do ecossistema digital, que o regime de 2014 pode não ter antecipado em magnitude suficiente. Se essa tentativa foi adequada quanto à forma — substituir judicialmente uma opção legislativa democraticamente formulada por construção do próprio Tribunal — é questão sobre a qual esta dissertação ofereceu análise específica, sobretudo nos indicadores de deferência e de capacidade institucional. Se foi adequada quanto ao conteúdo substantivo — se as soluções normativas constituem resposta apropriada às transformações verificadas — é questão que excede o método desta investigação e demandaria estudos próprios sobre cada hipótese enquadrada pela tese.

A articulação dos dois achados permite formular a resposta que a dissertação está em condições de oferecer. A decisão do Tema 987 produz, sobre as condições institucionais do desenvolvimento econômico brasileiro, conjunto identificável de efeitos negativos ligados à deterioração da segurança jurídica, à elevação dos custos de transação e ao comprometimento da estabilidade regulatória — efeitos que se materializam particularmente no setor afetado e que sobre seus distintos agentes recaem com magnitudes variadas.

Tais efeitos coexistem, no plano analítico, com a tentativa do Tribunal de responder a transformações fáticas reais, cuja adequação substantiva ao desenho constitucional do desenvolvimento ultrapassa o âmbito desta investigação. A análise não autoriza, portanto, juízo conclusivo sobre se a decisão estaria certa ou errada à luz do programa constitucional; autoriza, sim, diagnóstico empírico dos efeitos identificáveis que ela produz sobre as condições institucionais desse desenvolvimento.

3.5.4 Contribuição analítica e limites da investigação

Cumpre, ao encerrar o capítulo, registrar a contribuição analítica que a investigação aporta ao debate constitucional brasileiro sobre os limites da jurisdição em matéria econômica, bem como os limites que circunscrevem essa contribuição.

A contribuição analítica original articula-se em três dimensões. A primeira é o instrumental conceitual construído nos capítulos anteriores — particularmente a distinção analítica entre ativismo macroinstitucional e discricionariedade microdecisória, e a articulação entre o critério de integridade de Dworkin e a tipologia de Campos —, que oferece, ao debate constitucional brasileiro, categorias operacionais para a análise de decisões judiciais em matéria econômica. A segunda é a própria Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica, cuja aplicação ao Tema 987 demonstrou a viabilidade operacional do instrumento e cuja arquitetura permite aplicação a outros julgados em pesquisas futuras. A terceira é o diagnóstico empírico específico sobre o impacto da decisão sobre o ecossistema digital brasileiro, particularmente quanto aos efeitos diferenciados sobre os distintos agentes do setor e às possíveis consequências sobre sua estrutura concorrencial — diagnóstico que articula o referencial institucionalista de North com análise setorial específica em registro que não se identificou, ao longo da pesquisa, em produção doutrinária nacional sobre o caso.

Os limites da investigação merecem registro igualmente explícito. O estudo de caso aprofundado, não autoriza inferência nomotética sobre o conjunto da atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria econômica, contudo permite generalização analítica que contribui para o refinamento conceitual e para a formulação de hipóteses passíveis de teste em pesquisas subsequentes. A análise do Tema 987, portanto, ilumina configuração específica do exercício jurisdicional do Tribunal em controvérsia particular — aquela envolvendo regulação de plataformas digitais sob a doutrina da inconstitucionalidade superveniente —, sem que daí se possa extrair conclusões sobre como o Tribunal decidirá controvérsias futuras de natureza diversa ou sobre padrões sistêmicos da atuação institucional em matéria econômica.

Há, ainda, registro adicional que a integridade da investigação demanda. A análise empírica desenvolvida pelo Capítulo 3 identificou efeitos institucionais negativos da decisão sobre as condições do desenvolvimento; esses efeitos negativos coexistem com a tentativa institucional do Tribunal de responder a transformações fáticas reais do ecossistema digital. A coexistência configura tensão analítica que a presente dissertação não tem pretensão de resolver em registro normativo — registro que excederia o método adotado. A investigação oferece, no terreno do que pode oferecer, diagnóstico empírico articulado sobre efeitos identificáveis; o juízo substantivo sobre se a decisão constituiu resposta adequada às transformações verificadas

ultrapassa o âmbito da pesquisa e demandaria investigações específicas com objeto e método próprios.

CONCLUSÃO

A investigação que agora se encerra nasceu de uma pergunta de alcance deliberadamente estreito: em que medida o julgamento do Supremo Tribunal Federal no Tema 987 — o Recurso Extraordinário 1.037.396/SP, que reescreveu o regime de responsabilidade civil das plataformas digitais — configura ativismo judicial capaz de comprometer as condições institucionais de que depende o desenvolvimento econômico. A literatura institucionalista, a teoria da segurança jurídica e a crítica hermenêutica ofereceram a intuição de partida — a de que decisões judiciais em matéria econômica não são episódios juridicamente isolados, mas atos de conformação institucional cujos efeitos se irradiam sobre o comportamento dos agentes e sobre o cálculo dos riscos.

Os dois primeiros capítulos forneceram as categorias sem as quais a pergunta não poderia ser respondida. Do primeiro resultou a compreensão do desenvolvimento — tal como o consagra a Constituição de 1988 — como processo cuja realização depende da qualidade das instituições jurídicas, qualidade que Ávila permite aferir pelo trinômio cognoscibilidade-confiabilidade-calculabilidade e que o institucionalismo de North, somado à leitura coaseana dos custos de transação, situa como variável determinante do desempenho econômico. Daí a constatação, já então delineada, de que o Poder Judiciário não é instância acessória da economia: suas decisões definem, na prática, o custo de operar no ambiente institucional brasileiro.

Do segundo capítulo resultou a delimitação do ativismo judicial e, sobretudo, a sua distinção analítica em relação à discricionariedade decisória — distinção que se revelaria decisiva no exame do caso. O ativismo, entendido como ultrapassagem das fronteiras funcionais entre os Poderes, é fenômeno macroinstitucional, decomponível pela tipologia de Campos; a discricionariedade é fenômeno microdecisório, alojado na estrutura argumentativa do voto, e o critério da integridade — a norma judicialmente construída é legítima quando ancorada em coerência de princípio e em adequação ao acervo decisório anterior — oferece o parâmetro que separa a construção íntegra do mero exercício de vontade.

Da articulação desses referenciais surgiu a Matriz de Avaliação do Ativismo Judicial em Matéria Econômica, aplicada em profundidade a um único caso. A opção pelo caso único não foi concessão à comodidade: o Tema 987 foi escolhido por sua dupla condição de caso paradigmático — exemplar de referência para os litígios sobre responsabilidade das plataformas

— e de caso crítico, aquele em que o ativismo, se existisse, se manifestaria no terreno mais adverso, pois a decisão desafiava um marco legislativo expresso e recente. Construir instrumento próprio, em vez de adotar modelo alheio, justificou-se pela ausência, na produção nacional, de proposta que articulasse num só movimento a identificação do ativismo, a aferição de seus efeitos sobre a segurança jurídica e a apuração de seus impactos sobre o desenvolvimento.

A aplicação da Matriz ao caso revelou, no primeiro eixo, manifestação pronunciada de ativismo macroinstitucional. As dimensões interpretativa, legiferante e maximalista mostraram-se intensas; a deferência institucional, apenas parcial. Os quatro indicadores que aferem a expansão funcional convergiram, assim, no mesmo sentido: o de uma Corte que substituiu o regime desenhado pelo Congresso por construção normativa própria, de densidade regulatória e abrangência setorial que exorbitam os contornos habituais da jurisdição constitucional. No segundo eixo, o exame identificou comprometimento parcial da cognoscibilidade e comprometimento grave da confiabilidade e da calculabilidade — a segurança jurídica deteriorou-se nas três dimensões, com intensidade maior naquilo que toca às expectativas já consolidadas e à antecipação de condutas futuras. No terceiro, registraram-se elevação dos custos de transação, comprometimento grave da estabilidade regulatória e deferência apenas parcial à competência técnica. O impacto sobre as condições institucionais do desenvolvimento, no setor atingido, foi negativo.

Um resultado, porém, contrariou a previsão mais forte da hipótese, e é nele que reside o achado central do trabalho, qual seja a conjuntura de que o ativismo pronunciado viria acompanhado de comprometimento igualmente acentuado da integridade da fundamentação. Não foi o que o caso mostrou. O quinto indicador do primeiro eixo — a coerência jurisprudencial, que não afere expansão, mas integridade — classificou-se como moderado a intenso, e não como déficit pleno: os votos vencedores construíram fundamentação densa, mobilizaram literatura especializada, dialogaram com diagnóstico empírico extenso e satisfizeram, em larga medida, as exigências de adequação que o critério de Dworkin impõe. A decisão não autoriza, por isso, ser lida como exemplar de discricionariedade voluntarista no sentido de Streck.

Dos cenários de refutação previstos no delineamento do teste, nenhum se verificou em sua forma plena — houve expansão funcional, houve deterioração da segurança jurídica, houve elevação dos custos de transação —, mas a magnitude apenas moderada do déficit de integridade situa o resultado em registro de corroboração parcial e assimétrica, e não de confirmação. A hipótese resistiu ao teste em seu núcleo, em configuração mais matizada do que

a sua versão mais forte anunciava. Esse descompasso entre os dois planos — ativismo pronunciado, integridade apenas moderadamente comprometida — é, ele mesmo, o que a pesquisa tem de mais próprio a relatar.

Uma objeção merece enfrentamento, porque dela depende a leitura correta do achado: não seria toda mudança jurisprudencial, por definição, fonte de insegurança? A resposta recusa os dois extremos. Nem toda inflexão corrói a segurança jurídica — o direito é prática que se desenvolve no tempo, e a petrificação dos precedentes seria patologia tão grave quanto a sua volatilidade. O que separa a evolução legítima da ruptura desestabilizadora não é o fato da mudança, mas o modo como ela se opera: a superação que se assume como tal, que dialoga com o acervo que supera e se justifica por argumentos de princípio, pode ser lida como continuidade; a que se realiza sem reconhecer-se ruptura, ou sem o ônus argumentativo que o próprio art. 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil exige, frustra expectativas qualquer que seja o mérito da solução. O Tema 987 situa-se, quanto a esse critério, em zona intermediária — e é precisamente essa posição que a classificação moderada a intensa procurou capturar.

Cabe retomar, ao fim, a pergunta conceitual que atravessa a pesquisa: é possível um ativismo judicial que promova, em vez de comprometer, o desenvolvimento econômico? A resposta permanece afirmativa, mas qualificada. Em nenhum momento é proposto que toda expansão funcional produza efeitos nocivos, o que se admite, desde o início, é a possibilidade contrária, a de que um ativismo articulado com integridade plena pudesse servir ao programa constitucional. O que o exame do Tema 987 demonstra é que, neste caso, a expansão funcional produziu efeitos predominantemente negativos sobre as condições institucionais do desenvolvimento.

No entanto, nada autoriza converter esse achado pontual em lei geral sobre a atuação da Corte: generalizar a conclusão de um caso para o universo da jurisdição constitucional econômica seria reincidir no erro metodológico que o desenho da pesquisa quis evitar. O que se afirma é mais modesto, e por isso mais firme — identificou-se, numa decisão paradigmática e crítica, uma configuração concreta em que ativismo e desenvolvimento divergiram, e ofereceu-se um instrumento capaz de testar, adiante, se outras configurações reproduzem ou contrariam esse padrão.

Daí a contribuição propositiva que a pesquisa se permite formular: preservar as condições institucionais do desenvolvimento exige da Corte o que se poderia chamar de prudência institucional — que não se confunde com autocontenção indiscriminada nem com deferência acrítica ao legislador. Ela requer que o Tribunal, ao decidir matéria economicamente sensível, sopese não apenas a correção jurídica do resultado, mas seus reflexos sobre a

cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade das relações, preferindo, quando o caso o comporte, soluções de menor amplitude, que preservem espaço para a deliberação democrática e para os ajustes incrementais que a economia reclama.

O próprio Tema 987 fornece a ilustração: o diagnóstico da Corte sobre a insuficiência do regime de 2014 diante das transformações do ambiente digital tinha fundamento real, mas o instrumento escolhido para enfrentá-lo — tese vinculante de feição regulamentar, com modulação imediata e sem regime de transição — carregou uma rigidez e efeitos colaterais, sobretudo sobre os agentes de menor porte, que uma resposta mais contida, ou a remessa explícita ao legislador, teriam podido atenuar.

Restam os limites que a honestidade acadêmica manda registrar. O estudo de um caso, por mais aprofundado, não autoriza inferência sobre o conjunto da atuação do Supremo em matéria econômica, autoriza generalização analítica — o refinamento de conceitos e a formulação de hipóteses que outras pesquisas poderão testar. A avaliação dos impactos econômicos permaneceu, em boa medida, qualitativa, dada a dificuldade de isolar os efeitos de uma decisão judicial sobre variáveis macroeconômicas. E o diagnóstico que a pesquisa se autorizou a produzir não se converte em juízo sobre o acerto ou o desacerto da decisão à luz do programa constitucional — juízo que exigiria outro objeto e outro método. Fica, para quem venha depois, a Matriz e a pergunta que ela permite reformular a cada novo julgado: até que ponto, e a que custo institucional, a Corte que concretiza a Constituição preserva as bases de que a própria concretização depende.

REFERÊNCIAS

ABEAR – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS AÉREAS – Disponível em: https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/desde-2020-numero-de-processos-contra-companhias-aereas-aumentou-em-media-60-ao-ano/. Acesso em: 15 jan. 2026.

ABEAR – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS AÉREAS – Disponível em: https://panorama.abear.com.br/. Acesso em: 15 jan. 2026.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Rogério W. Galindo e Rosiane Correia de Freitas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 7. ed. São Paulo: Juspodivm/Malheiros, 2025.

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, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**, 2005. p. 1–42. https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618/44695. Acesso em: 01 ago. 2026.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade; tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio**: o ativismo judicial. In: FELLET, André; GIOTTI DE PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 387-401.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Anteprojeto do Marco Civil**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=Tramitacao-2-PL-2126-2011. Acesso em: 20 jul. 2026.

BRASIL. Câmara dos Deputados**. Exposição de Motivos Interministerial** nº 00086 - MJ/MP/MCT/MC, de 25 de abril de 2011, item 4. Acompanha o Projeto de Lei nº 2.126, de 2011). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=PL+2126/2011. Acesso em: 20 jul. 2026.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Painel Justiça em Números** – Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-saude/. Acesso em: 04 mar. 2026.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 ago. 2026.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília [DF]: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 ago. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1037396**. Disponível em**:** https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549. Acesso em: 16 ago. 2026.

BRASIL, Transparência Internacional. **Índice de Percepção da Corrupção - IPC 2024** -. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/. Acesso em: 05 fev. 2026.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** nº 60, abr./jun. 2016. p. 59-117. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf. Acesso em: 24 fev. 2026.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. **Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9555/1/Carlos%20Alexandre%20texto%20completo.pdf. Acesso em: 05 fev. 2026.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada**: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2004.

CHEVITARESE, Aléssia de Barros. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 500-517, 2015.

COASE, Ronald H. **A Firma, o Mercado e o Direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos**: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 2, abr./maio/jun. 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FLYVBJERG, Bent. **Cinco mal-entendidos sobre pesquisas estudo de caso.** Tradução de Errol Fernando Zepka Pereira Junior. Disponível em: https://zepkaadm.wordpress.com/wp-content/uploads/2021/09/flyvbjerg-2006-traduzido-zepka-versao.pdf. Acesso em: 16 ago. 2026.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Ubu Editora, 2024.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo; MULATINHO, Juliana Pessoa; REIS, Ana Beatriz Oliveira. Ativismo judicial e democracia: a atuação do STF e o exercício da cidadania no Brasil. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 190-206, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROSTEIN, Júlio. **Ativismo judicial**: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019.

HÄBERLE, Peter. Constituição "da Cultura" e Constituição "Como Cultura": um Projeto Científico para o Brasil (2008). **RDU**, Porto Alegre, v. 12, Número Especial, p. 50-67, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, jul. 2013.

LAFER, Celso. Incerteza jurídica. **Academia Brasileira de Letras**, 2018. Disponível em: https://www.academia.org.br/artigos/incerteza-juridica. Acesso em: 10 fev. 2026.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito, 2010.

MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. et al. (Orgs.). **Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. Observatório Constitucional, **Consultor Jurídico**, 27 out. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal. Acesso em: 10 jan. 2026.

NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

PÁDUA, Thiago Aguiar. **A expressão "ativismo judicial", como um "cliché constitucional", deve ser abandonada**: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 134-168, 2015.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). **Judiciário e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Sumaré, 2009.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; MAIA, Clarissa Fonseca. A separação dos poderes revisitada: entre a judicialização da política, o ativismo judicial e a retração do legislativo. In: **Jornada Internacional de Direito Constitucional**, 6., 2013, Fortaleza. Anais [...]. Fortaleza: Unifor, 2013.

POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

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

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; BARBOSA, Claudia Maria. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas,** Brasília, v. 5, Número Especial, p. 115-133, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHUMPETER, Joseph A. **A Teoria do Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel (org..), **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 587-599, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. Diálogos institucionais e ativismo judicial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 560-575, 2015.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. Tradução de Norberto de Paula Lima. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2023.

SOARES, José Ribamar Barreiro. **Ativismo judicial no Brasil**: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. Tese (Doutorado)-Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/12397/1/tesejoser.pdf. Acesso em: 24 fev. 2026.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Entre o ativismo e a judicialização da política**: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 51-61, 2015.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretação e Instituições. In: LEAL, Fernando (Org.). **Capacidades institucionais**: teoria, aplicação e críticas. São Paulo: JusPodivm, 2026.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial**: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan-jun. 2012. Disponível em https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/23966/22722. Acesso em: 05 fev. 2026.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

U.S. Supreme Court. **Estados Unidos v. Carolene Products Co., 304 US 144 (1938)** Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/#F4. Acesso em: 16 ago. 2026.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

WORLD BANK GROUP. **Doing Business**. Disponível em: https://archive.doingbusiness.org/pt/reports/global-reports/doing-business-2020. Acesso em: 03 mar. 2026.

WORLD BANK GROUP. **Enforcing Contracts**. Disponível em: https://archive.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/enforcing-contracts#:~:text=The%20enforcing%20contracts%20indicator%20measured,and%20video%20for%20more%20information. Acesso em: 07 jan. 2026.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. Tradução de Cristhian Matheus Herrera. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.