



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JULIANA CUNHA BRANDÃO

**A SENDA PERIGOSA DO ATIVISMO JUDICIAL: DO GRITO DE AVANÇO AO
RETROCESSO.**

SALVADOR

2023

JULIANA CUNHA BRANDÃO

**A SENDA PERIGOSA DO ATIVISMO JUDICIAL: DO GRITO DE AVANÇO AO
RETROCESSO.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado junto à Faculdade de
Direito da Universidade Federal da Bahia, com a finalidade de
obter o título de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel

SALVADOR

2023

JULIANA CUNHA BRANDÃO

**A SENDA PERIGOSA DO ATIVISMO JUDICIAL: DO GRITO DE AVANÇO AO
RETROCESSO.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, com a finalidade de obter o título de Bacharel em direito.

Salvador/BA, __/__/____

BANCA EXAMINADORA

ORIENTADOR:

Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel

Doutor em Direito Público (UFBA) e doutor em Ciências Sociais (UFBA)

Professor da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Técio Spínola Gomes

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo

Professor da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

JAIME BARREIROS NETO

Doutor em Direito Público (UFBA) e doutor em Ciências Sociais (UFBA)

Professor da Universidade Federal da Bahia (UFBA)

AGRADECIMENTOS

Agradecer aqueles que me apoiaram na caminhada até aqui é fundamental.

Agradeço a Deus e a Nossa Senhora por abençoarem a minha jornada, me dando forças para lutar pelos meus sonhos e me mostrando a beleza da graça divina.

À minha família, agradeço aos meus pais pelo afeto, dedicação e apoio incondicionais. Obrigada pelos valores transmitidos e por estarem sempre ali!

Ao meu irmão, obrigada por ser um irmão tão incrível, uma das maiores alegrias da minha vida é ter você como irmão.

Aos amigos Babi, Cati, Eva, Guilherme, Arick, Ju, Keite, Bela e Malu, obrigada pelas doces memórias.

Ao pessoal do TJ Bahia, obrigada por me ensinarem tanto, em todos os aspectos. Jamais esquecerei dos aprendizados no dia a dia com trabalho de excelência, respeito e aprendizado constante e das pessoas maravilhosas com quem tive o prazer de compartilhar o ambiente de trabalho.

À equipe do Humildes & Pinheiro, foi um privilégio exercer a prática dessa profissão que tanto amo ao lado de vocês. Compartilhamos experiências, desafios e alegrias e assim cresci profissionalmente.

De ambos, levo o respeito, a união e o carinho, agradeço imensamente a oportunidade de trabalhar e aprender com todos vocês.

Aos professores da egrégia Faculdade de Direito da UFBA, obrigada por cada um ao seu modo, moldarem a minha experiência na UFBA, trazendo novos conhecimentos a minha vida e deixando a marca dessa histórica instituição na minha trajetória. Saibam que fazem a diferença!

Agradeço também ao meu orientador, Daniel Oitaven Pearce, que em muito contribuiu com a minha formação na Tax Baiana, em Hermenêutica e Filosofia do Direito, servindo de grande inspiração acadêmica e que me auxiliou no direcionamento para este trabalho.

Obrigada a todos por iluminarem a minha vida!

“Há na vida momentos privilegiados em que parece que o Universo se ilumina, que a nossa vida nos revela sua significação, que queremos o destino mesmo que nos coube como se nós mesmos o tivéssemos escolhido; depois o Universo volta a fechar-se, tornamo-nos novamente solitários e miseráveis, já não caminhamos senão tateando num caminho obscuro onde tudo se torna obstáculo aos nossos passos. A sabedoria consiste em salvaguardar a lembrança desses momentos fugidios, em saber fazê-los reviver e fazer deles a trama da nossa existência cotidiana e, por assim dizer, a morada habitual do nosso espírito.” Louis Lavelle.

BRANDÃO, Juliana Cunha. **A Senda Perigosa do Ativismo Judicial: Do Grito de Avanço ao Retrocesso**. Orientador: Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel. 75 fls., 2023. Monografia (graduação). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2023.

RESUMO

O presente trabalho visa examinar o ativismo judicial na sua acepção nociva ao sistema jurídico e ao Estado Democrático de Direito como um todo, tendo-se por ativismo judicial que degrada o sistema judicial como aquele que se propõe, no exercício da função jurisdicional e da jurisdição constitucional, a promover o uso de raciocínios politicamente orientados no processo de decisão judicial. Isso transpira em detrimento da vontade expressa nas leis e da previsibilidade e cientificidade do Direito, além disso, também o tem-se como fator responsável pela invasão da seara de competência do Legislativo e do Executivo devido a substituição do disposto na lei democraticamente erigida, pela vontade do julgador transfigurada na roupagem de raciocínio jurídico *avant-garde*.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Decisionismo Político. Competência Exorbitada.

BRANDÃO, Juliana Cunha. **The Dangerous Path of Judicial Activism: From Cries of Progress to Setback.** Advisor: Daniel Oitaven Pearce Pamponet Miguel. 75 fls., 2023. Monograph (graduation). Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2023.

ABSTRACT

The present work aims to examine judicial activism in its harmful meaning to the legal system and the Democratic State of Law as a whole, considering judicial activism that degrades the judicial system as the one that proposes, in the exercise of the jurisdictional function and judicial review, to promote the use of politically oriented reasoning in the judicial decision-making process. This transpires to the detriment of the will expressed in the laws and the predictability and scientificity of the Law, in addition, it is also considered a factor responsible for the invasion of the competence of the Legislative and Executive powers due to the replacement of the provisions of the democratically erected law, by the judge's will transfigured in the guise of *avant-garde* legal reasoning.

KEYWORDS: Judicial activism. Political Decisionism. Competence Violation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 UM PANORAMA SITUACIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL.....	12
2.1 DEFINIÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL E TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO QUE TENDEM A RESGUARDAR AS DECISÕES JUDICIAIS DA DEFRAUDAÇÃO DA DEMOCRACIA VIA A INSTITUIÇÃO FORÇOSA DE OPINIÕES POLÍTICO-IDEOLÓGICAS NA SOCIEDADE PELO JULGADOR INTERPRÉTE.....	12
2.2 O CONFLITO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO.....	14
2.3 DA CONCEPÇÃO DE PESSOA SUJEITA DE DIREITOS E DEVERES BALANCEADA COM UM DIREITO QUE CONJUGA LEI, VALOR HUMANO E REALIDADE ATUAL, HISTÓRICA, CULTURAL E SOCIAL DO POVO NA SUA TÉCNICA DECISÓRIA EM CASTANHEIRA NEVES	19
3 O PAPEL FULCRAL DESEMPENHADO PELA CONSTITUIÇÃO NA CONJUNTURA DEMOCRÁTICA E A ÍNDOLE CORROSIVA DO ATIVISMO JUDICIAL.....	22
4 PRINCÍPIOS.....	29
4.1 DA NOÇÃO DE PRINCÍPIOS COMO TRADUTORES DE VERDADES UNIVERSAIS CUJA AUTENCIDADE E CARÁTER GENUÍNO ECOAM PELA ETERNIDADE E A CONEXÃO COM A CORRENTE JUSNATURALISTA.....	29
4.2 PRINCÍPIOS COMO CLÁUSULAS ABERTAS E O ATIVISMO JUDICIAL QUE FAZ USO INDEVIDO DESTES COMO MATÉRIA-PRIMA PARA A CRIAÇÃO DO DIREITO	30
4.3 OS POSTULADOS NORMATIVOS SEGUNDO HUMBERTO ÁVILA E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA UMA INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA COM O ORDENAMENTO	33
4.4 O CASO MARBURY VS. MADDISON E A FALTA DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO E CONCEPÇÃO ESTADUNIDENSE E A FORMA BRASILEIRA.	37
5 DO IDEAL DE JUSTIÇA E A SUA CONCEITUAÇÃO.....	43

5.1 DAS CONTRIBUIÇÕES DE ARISTÓTELES, SÃO TOMÁS DE AQUINO E ULPIANO EM PROL DA COMPOSIÇÃO DE UM RETRATO MAIS CONCRETO DO CONCEITO DE JUSTIÇA	45
5.2 A SUBJETIVIDADE DOS VALORES E A CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE SE TER A JUSTIÇA COMO UM VALOR VERIFICADA NA SUA FACE MERAMENTE PROCEDIMENTAL VAZIA DE CONTEÚDO SUBSTANTIVO EM KELSEN, PERELMAN E ALF ROSS	48
5.3 DA JUSTIÇA NA SUA DIMENSÃO MATERIAL TENDO COMO FONTE A LIBERDADE E IGUALDADE ALMEJADAS NAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS E SOCIAIS NA CONCEPÇÃO DE LACERDA	52
6. ATIVISMO JUDICIAL: A ENCRUZILHADA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E VONTADE POPULAR.....	55
6.1 DO CALCANHAR DE AQUILES DA TESE DA NECESSIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL COMO MÉTODO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	55
6.1.1 Da Percepção Equivocada de que o Ativismo Judicial é Necessariamente Liberal	57
6.2 OS LIMITES DO ESTADO SEGUNDO BOCKENFORDE E HABERMAS	59
6.3 DWORKIN, WALDRON E AS TEORIAS DA “ÚLTIMA PALAVRA” E CONRADO MENDES E A TERCEIRA VIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL	61
7 CONCLUSÃO.....	69-70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1 INTRODUÇÃO

Este estudo trata da face negativa do ativismo judicial que consiste na extrapolação pelos tribunais dos poderes pertencentes ao exercício regular da jurisdição constitucional e do poder jurisdicional de um modo geral. Essa indiscrição é verificada na manifestação de um decisionismo político ou predefinição de posicionamentos alinhados a linhas diretivas morais, políticas ou ideológicas em decisões judiciais, que deixam de levar em conta a regulação existente aplicável ao caso concreto e ignora as individualidades do mesmo.

No Brasil, o controle de constitucionalidade concreto, também chamado de revisão judicial, é realizado pelo Supremo Tribunal Federal, com todos os outros órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário exercendo o controle de constitucionalidade difuso. A declaração da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, em si mesma, não é inconstitucional, pois o sistema é desenhado justamente para que tal declaração possa existir.

Contudo, o que não deve ocorrer é a utilização do controle de constitucionalidade como um mecanismo para se enxertar na realidade social a vontade particular do magistrado, de cunho político ou moral, desprendida de relação concreta com a Constituição. Essa prática, de se ignorar os aspectos em torno da leitura da Constituição e do restante das normas que compõem o ordenamento, sobre as quais há um nível razoável de consenso dentre profissionais da área jurídica, manufaturando-se soluções descoladas do entendimento básico do ordenamento do qual a comunidade jurídica comunga, ante os ensinamentos de Llewellyn, consiste no ativismo judicial aqui alvo de reprovação.

Ao longo do estudo, aborda-se como o ativismo judicial pode ocorrer nesses dois âmbitos, na órbita do controle de constitucionalidade, seja este concreto ou difuso, assim como na órbita da função jurisdicional como todo, fora do escopo da análise de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados do Legislativo e Executivo.

O capítulo 2 contextualiza a temática, com o capítulo 2.1 mergulhando em estudar a fundo a definição de ativismo judicial, tratando de como a prática desagua no desvio, pela decisão judicial, do âmbito da demanda em apreço em cada caso em prol de avançar uma agenda ideológica, moral ou política que acaba deturpando a configuração do Direito como estável e produto da vontade democrática. Também são abordadas algumas técnicas hermenêuticas que tomam o cuidado de respeitar a estrutura do sistema jurídico vigente.

O capítulo 2.2 se propõe a ilustrar melhor este conceito, explanando o debate entre defensores de uma postura ativista pelo magistrado e aqueles que zelam por uma atitude contida dos julgadores, retratando as divergências entre a ala Black-Douglas e a ala Frankfurter-Jackson de juízes da Suprema Corte Americana, a primeira seguidora de uma prestação jurisdicional ativista e a outra coligada a uma colocação mais autocontida pelo Poder Judiciário no exercício da função adjudicante.

O capítulo 2.3 efetua uma incursão sobre as correntes do Normativismo Jurídico e Funcionalismo Jurídico designadas por Antônio Castanheira Neves como os formatos de visão que marcaram o eixo da Teoria Geral do Direito, desembocando no Jurisprudencialismo articulado por Castanheira Neves como uma linha mais bem equipada para oxigenar o Direito. O Jurisprudencialismo traria fôlego ao Direito, pois contabiliza as intersecções entre a norma encarada com seu devido peso em termos de organização social e segurança jurídica, fazendo pontes interpretativas sopesantes também de particularidades culturais e sociais e a história e o presente de um povo (tradição e costume).

O capítulo 3 tem como objeto a importância da Constituição como ferramenta de limitação do exercício do poder pelos governantes, pavimentando o caminho para uma sociedade mais justa e igualitária.

O quarto capítulo se ocupa com a forma como os princípios são manuseados como aspecto chave para se decidir as questões postas perante o Judiciário, mesmo nas hipóteses em que isso se revele incompatível com as exigências normativas que regem tal situação alvo da causa e especificidades do caso. Isto ocorreria de maneira disseminada na jurisprudência nacional via a utilização, pelo julgador, da ponderação de princípios consoante os ditames da proporcionalidade e razoabilidade como critério ou da convocação de princípios como a dignidade da pessoa humana sem a fundamentação necessária, para julgar segundo a sua vontade política. No capítulo 4.2 se toca em como o resultado desse procedimento seriam interpretações voluntaristas que se afastam da imparcialidade judicial.

Todavia, o capítulo 4.3 traz a separação entre essas duas figuras na Teoria Normativa de Humberto Bergman Ávila e da necessidade de utilização dos postulados normativos e dos princípios com o devido cuidado de justificação, sob pena de se criar um precedente para más práticas de julgamentos. Por fim, o tópico 4.4 faz uma exposição sobre o caso *Marbury vs. Madison*, marco do ativismo judicial que abriu alas para o controle de constitucionalidade americano. Desenvolve-se, dessa feita, a temática das idiossincrasias do sistema jurídico estadunidense e do brasileiro e como cada um se relaciona com o assunto ativismo judicial,

traçando anotações sobre como certas singularidades costumam ser ignoradas no processo de assimilação da doutrina estrangeira.

O capítulo 5 cuida do conceito de justiça e labora no sentido de uma conceituação mais palpável do termo, salvando-o do precipício de ao “dizer tudo” quedar por não “dizer nada”. É que, tal como desenvolvido no tópico, embora “justiça” seja carregada de significado, sendo uma das grandes aspirações até naturais do ser humano, ela também sofre de um caráter abrangente, tendo “mil e uma” aplicações, pelo que, para fins metodológicos, é imperativo trazer esse conceito para “terra firme” e finca-lo a contornos sólidos espelhados na realidade do Direito hoje.

Trabalha-se, para atingir este fim no tópico 5.1, com as profícuas lições de Aristóteles, São Tomás de Aquino e Ulpiano, que há muito ponderaram a questão do que comporia “justiça”. Acredita-se que isto ajuda a aclarar a razão de ser das inquietações relacionadas ao ativismo judicial manifestadas neste trabalho.

No tópico 5.2, para elaborar mais a fundo o problema com o perfil genérico do significado de “justiça”, discute-se as ideias de Hans Kelsen, Chaim Perelman (na fase inicial do seu pensamento) e Alf Ross, que enxergavam o conceito como uma formulação incerta e marcada pela discricionariedade da subjetividade, afirmando ser possível caracterizar-se algo como justo apenas no que se refere a aderência a exigências procedimentais. Este trabalho filia-se então, no tópico 5.3, ao reconhecimento recíproco da liberdade e igualdade própria e do próximo pelos seres humanos como postulado universal de justiça tal como proposto por Bruno Amaro Lacerda, sustentando-se a possibilidade de se encaixar este postulado nos requisitos da fórmula de Radbruch, a qual teoriza que injustiça extrema não constitui Direito.

Contudo, faz-se a ressalva de que em um ordenamento que tutela e agasalha a vida, propriedade, liberdade e igualdade em seu viés elementar, o ativismo judicial não deve ser usado como uma fórmula de se avolumar e amplificar a abrangência dos direitos fundamentais em prejuízo de normas concretas aplicáveis a causa em julgamento e que foram submetidas ao crivo da aprovação popular através da representatividade legislativa. Traça-se uma conexão, nesse ponto, com a *capabilities approach* de Martha Nussbaum. Tal fenômeno ativista é encarado por este como uma prática que deve ser combatida com vistas de zelar pela integridade da ordem constitucional e democrática.

No capítulo 6.1 retrata-se como o ativismo judicial não se constitui somente na sua face conectada a lutas sociais de legitimidade popular colhida em movimentos sociais favoráveis ao

aperfeiçoamento de direitos sociais como direitos trabalhistas e ambientais, podendo refletir atitudes políticas geralmente afixadas ao campo de “direita” do espectro político.

O capítulo 6.2 tem como palco as ideias de Ernst-Wonlfgang Bockenford e Jurgen Habermas, versando sobre as potenciais tribulações que um agigantamento do Poder Judiciário fomentado pelo ativismo judicial poderia despertar em termos de exercício equilibrado do poder Estatal.

O capítulo 6.3 investiga a teoria de Ronald Dworkin sobre como é melhor depositar confiança na corte constitucional para se defender os direitos essenciais do indivíduo e das minorias, ao inverso de se depender do Legislativo, menos propenso a se submeter ao requisito de validade material das decisões, que sujeita as decisões a exigência da igualdade entre os membros da coletividade para serem verdadeiramente democráticas, não sendo suficiente uma validade formal.

Ainda nesse capítulo, em contraste, é explorada a teoria de Jeremy Waldron sobre o caráter preferível do Judiciário se abster de exercer a revisão judicial no âmbito de um conjunto democrático positivo. O capítulo relata como tal conjuntura incluiria instituições democráticas fortes e estáveis com eleições limpas e garantia ao voto universal, um Judiciário fiel a democracia, uma cultura de respeito aos direitos dos indivíduos e das minorias averiguada nos sentimentos da maioria da comunidade e daqueles que ocupam posições de poder nela e discordâncias morais marcantes que não representam uma afronta a ideia de direitos universais e igualdade entre todos na comunidade, mas apenas revelam discussões morais legítimas e de boa-fé sobre temas morais controversos.

Fixadas essas visões contrapostas ao redor da atribuição do Judiciário, volta-se para a tese de Conrado Hubner Mendes, o qual teoriza que em última análise é melhor confiar no Judiciário se fosse pra confiar em alguém de forma finalística, pois o Judiciário poderia resgatar a nação de arroubos episódicos da população levada pelo sentimento irracional momentâneo e defender direitos fundamentais. Para corroborar essa defesa de um Judiciário intervencionista nessas questões, ele cita a tese Dahl pra dizer que historicamente o Judiciário só foi ativista para adiar a vitória de uma maioria estável ou impedir a vitória de uma minoria episódica, sendo então “negócio” suportar o custo-benefício desse ônus temporário e não tão grave para se proteger com afínco os direitos basilares do ser humano.

É bem verdade que compete também ao Judiciário garantir que os direitos fundamentais se materializem na realidade da sociedade brasileira e não fiquem presos ao plano teórico,

ocorre que, o que esse trabalho procura demonstrar é que os limites de competência de cada poder devem ser conservados neste processo. Do contrário, conforme afirma-se *supra*, o Direito torna-se vulnerável ao inadmissível assalto do arbítrio, o que abala a estrutura democrática como um todo.

2 UM PANORAMA SITUACIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL

2.1 DEFINIÇÃO DE ATIVISMO JUDICIAL E TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO QUE TENDEM A RESGUARDAR AS DECISÕES JUDICIAIS DA DEFRAUDAÇÃO DA DEMOCRACIA VIA A INSTITUIÇÃO FORÇOSA DE OPINIÕES POLÍTICO-IDEOLÓGICAS NA SOCIEDADE PELO JULGADOR INTERPRÉTE

O Professor Kermit Roosevelt de Administração de Justiça na Faculdade de Direito da insigne Universidade da Pennsylvania explica que o termo pode ser definido como a adjudicação por magistrados derivada de fundamentos alheios ao Direito e que não devem informar a formação do raciocínio e discurso jurídico, como ideologias políticas e religião (RODIA, 2022). O magistrado diria interpretar a Constituição da forma que autorizaria o progresso da sua convicção política, quando na verdade essa asserção passaria de um artifício sagaz para driblar questionamentos referentes a legitimidade da decisão (RODIA, 2022).

A conceituação obtida na *Britannica Encyclopedia*, que reúne um breve apanhado sobre o tema, situa o ativismo judicial como o ato de juízes de legislarem direto da tribuna, abandonando a pretensão de imparcialidade na prática ao deixarem de se esmerar no direito e de interpretá-lo honestamente, para em lugar disso, julgar conforme suas tendências políticas (ROOSEVELT, 2019). O que resta, no ativismo judicial, seria somente uma máscara de imparcialidade.

De forma mais abrangente e sintetizadora das caracterizações ilustradas *supra*, ativismo judicial pode ser compreendido como a circunstância do juiz despejar suas convicções pessoais como fator decisório chave na decisão judicial em substituição a utilização do Direito em vigor como moldura decisória. Ao perder o compromisso com a coesão do Direito, o juiz se torna um criador de políticas públicas, tal como o legislador, sem ser provido de legitimidade democrática para tanto.

Para Elianna Spitzer, o termo ativismo judicial é associado a casos em que o juiz ignora precedentes e interpretações constitucionais estáveis em nome da segurança de direitos individuais e reforça um programa político ou social maior (ThoughtCo, 2020). Repare-se que

essa definição em si não fala no juiz agir impelido por motivos ulteriores, ocultando um desejo de proliferar sua visão de mundo pessoal, mas sim cobre a admissão aberta do magistrado de que é imperativo proteger um determinado direito fundamental em nome do progresso, o que é bastante comum no contexto de decisões judiciais criticadas por serem ativistas. É dizer, ao tentar alargar as fronteiras do ordenamento para fazê-lo comportar visão ideológica sua, o juiz pode se esconder de trás do argumento de que há margem no sistema jurídico para isso, convocando conceitos vagos e difusos para tal fim como mudanças sociais e históricas, movimentos sociais e defesa dos fracos e oprimidos (PRADO, 2020).

Keenan D. Kmiec reúne como modalidades de ativismo judicial: 1) A ação do julgador reputar um ato do Legislativo ou Executivo como inválido ou inaplicável, malgrado a constitucionalidade desse ato, afirma-se inconstitucionalidade quando esse não é o caso; 2) Refreio na aplicação de precedentes ao caso sujeito a decisão sem lastro em positividade posterior de princípio ou regra que modificasse a conjuntura do caso; 3) Atuação dos juízes como legislador positivo, no lugar de respeitar a sua competência de legislador negativo, o juiz “avança o sinal” e fazem as vezes do legislativo com decisões cheias de locuções vagas criadoras de conteúdo inédito no Direito estatal; 4) julgamentos que nascem prontos pelo fato do magistrado negligenciar as particularidades do caso concreto e fazer da decisão um instrumento a serviço de uma agenda ideológica da qual perfilha, tentando emular algum argumento qualquer que possa se passar por minimamente jurídico para obter tal finalidade; e por fim, 5) o emprego de técnicas hermenêuticas previstas na doutrina e não identificadas na jurisprudência ao tempo do julgamento, quando a utilização dessas técnicas não estiver atrelado a intenção de afiançar a Supremacia da Constituição (2004).

Cada uma das definições supra elencadas ressalta um contorno do tema do ativismo judicial, o qual é cheio de nuances. Para fins didáticos, porém, cabe condensar o conceito em dois pontos que refletem o cerne do problema com o ativismo judicial, endereçado neste trabalho, qual sejam: 1) ativismo judicial é se apropria indevidamente da prerrogativa de decidir sobre matéria de competência do Legislativo 2) para fazer isso, a decisão judicial ativista se reveste de uma retórica sofisticada que tenta emular um semblante de legitimidade jurídica mas que deixa de lado os marcos do Direito como ciência para aproximar a adjudicação *doxa*, pretendendo aplicar uma pauta ideológica.

A forma como a decisão judicial se presta a fazer isso, pode se dar mediante a opção pela solução de casos irresolúveis, de divergências razoáveis entre pessoas sobre a incidência

de uma prescrição constitucional sobre o objeto do caso e o sentido dessa incidência (WALDRON, 2006, p.343).

O ativismo judicial pode se manifestar no exercício da revisão judicial, quer dizer, no controle de constitucionalidade de leis (Legislativo) e atos normativos (Poder Executivo) ou mesmo quando no exercício do poder jurisdicional de um modo geral, este infringe os poderes dados a ele, interferindo no funcionamento regular dos órgãos dos poderes Legislativo e Executivo.

A doutrina vem laborando intensamente para aferir os critérios para se trazer a interpretação jurídica para perto da lei e do Direito, destacando-a do precipício da arbitrariedade. A título de exemplos notáveis desse valoroso esforço tem-se as regras interpretativas enumeradas por Humberto José de Rezende Rocha em artigo no qual este critica a utilização assídua do termo ativismo judicial como forma de tecer críticas a atuação desgarrada e abusiva do Judiciário quando essa usualmente vem desacompanhada da indicação de quais soluções pode se extrair no campo da hermenêutica para se evitar a armadilha do ativismo.

Rocha se dedica, então, a apresentação de sugestões de critérios de interpretação da norma que podem ser esposados como parâmetro para averiguação sobre se a interpretação presente na decisão judicial se coaduna com os limites textuais da norma e as orientações ou racionalidade do ordenamento (2021). Nesse intuito, ele colaciona como exemplos a interpretação sistemática, que preza pela não perturbação da coerência no sistema jurídico em que a decisão é proferida e também o exemplo dos estudos sobre competência e o que se entende por competência do Legislativo, Executivo e Judiciário, diferenciando o trabalho do juiz daquele do legislador e do gestor (ROCHA, 2021). A densidade das normas como mecanismo facilitador de emprego de princípios constitucionais e o recaimento do ônus argumentativo de demonstrar justificativas plausíveis e contundentes acerca da inconstitucionalidade da norma submetida ao controle são outros exemplos enumerados (ROCHA, 2021).

2.2 O CONFLITO ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E AUTOCONTENÇÃO

O jornalista americano Arthur Schlesinger foi o primeiro a utilizar a expressão “ativismo judicial” em um artigo de revista em 1947, no qual expôs o que percebia como duas formas de se compreender a função do Judiciário no contexto democrático, uma marcada pelo ativismo judicial e a outra por uma postura de auto comedimento (KMIEC, 2004, p. 1446):

“Esse conflito pode ser descrito de diversas formas. O grupo Black-Douglas acredita na possibilidade da Suprema Corte desempenhar um papel afirmador de direitos, promovendo, desta maneira o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson defende uma política de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com o emprego do poder judicial para a sua própria concepção de bem social; o outro com a expansão da amplitude decisória permitida ao Legislativo, mesmo se isso importaria em manter conclusões que condenam na sua esfera privada. Um grupo enxerga a Corte como um instrumento para se alcançar resultados sociais desejáveis; o segundo a vê como um instrumento para permitir que os outros poderes do governo alcancem os resultados desejados pelo povo, seja o resultado disso bom ou ruim. Em resumo, a ala Black-Douglas aparenta estar mais preocupada em resolver casos específicos de acordo com as suas próprias preconceções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário ancorando-o ao seu lugar estabelecido e limitado no sistema Americano” (SCHLESINGER, 1947). (tradução nossa)

Sob essa perspectiva, Schlesinger descreve como uma corrente, grupo Black-Douglas, crê na impossibilidade de os tribunais fugirem de julgamentos políticos, inexistindo respostas corretas que não pudessem ser minadas através dos ataques do questionamento. Sob essa perspectiva, o poder político dos tribunais em construir o significado das palavras que compõem o Direito, as quais seriam veículos vazios prontos para o seu preenchimento conceitual mediante a atividade jurisdicional, deveria ser direcionado para a contribuição para causas sociais nobres. Schlesinger comenta que, na visão dessa corrente:

“Os recursos do artifício jurídico, a ambiguidade dos precedentes a variedade de doutrina aplicável, são todos tão extensos que na maioria dos casos em que há uma diferença razoável de opinião um juiz pode chegar a uma conclusão que favoreça qualquer um dos lados sem danificar o tecido do raciocínio jurídico” (SCHLESINGER, 1947). (tradução nossa)

Já para a corrente advogada pelo grupo Frankfurter-Jackson, seria inadequado o Judiciário se arvorar para interferir na vontade legislativa, devendo esta ser respeitada independentemente de que orientação política favoreça, seja esta a esquerda, direita ou centro. Para este grupo, não seria possível ou razoável que os tribunais impusessem uma visão de justiça através das suas decisões pois existiriam noções diversas do que constituiria justiça. O Direito, por outro lado, sedimentado na Constituição e nas codificações e estatutos portaria significados específicos, o que derrubaria a ideia de que seria feito de palavras equivalentes a veículos vazios tal como sugerido pelos apoiadores do ativismo.

Cabe citar, ainda, que Kmiec (2004, p. 1448) expõe a descrição de Schlesinger a respeito de como essas duas filosofias acerca da atividade judicial se coadunam com a diferença de pensamento entre o Justice Holmes que acreditava que a Constituição não impediria que a sociedade americana fosse para o Inferno, se essa fosse a vontade popular, de maneira que as pessoas deveriam ter o poder de incorporar seus desejos a legislação, e o Justice Brandeis, para quem toda legislação deveria se adequar a certos padrões de sabedoria social, a decisão judicial não podendo se deslocar da ideia de responsabilidade pelo seus resultados.

O termo “ativismo” encontra-se historicamente associado a luta por direitos, seja pela aquisição ou concretização destes e também a um movimento proativo que atua com visas de alcançar vitórias nesta seara. A denominação “ativismo judicial” não se resume, destarte, a sua versão danosa vinculada ao mal uso de posições de autoridade judicial (KMIEC, 2004, p. 1451), também reconhece-se a sua importante contribuição para conquistas sociais, historicamente tendo consistido em um “sopro de ar fresco” que desmantelou o sistema de segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos via o julgamento do caso *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483) com esteio na 14ª emenda a Constituição norte-americana, a qual atribuiu cidadania e alguns direitos civis a população afro-americana. Nestes termos, o precedente *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537), que instituía a doutrina que determinava que a infraestrutura pública estadunidense deveria conter espaços, acomodações e dependências separadas, mas iguais para pessoas negras e brancas, foi revogado (TRINDADE e MORAIS, 2011, p.141).

Porém, no cenário de uma ordem mundial que rejeita discriminações e pauta-se no reconhecimento da necessidade de se promover amplo e irrestrito acesso aos direitos fundamentais e sociais básicos, representada por organizações multilaterais como a ONU e a UNESCO, e, sendo essa ordem internalizada pelo Brasil e diversos outros Estados nacionais, questiona-se se um ativismo judicial que rompe com a racionalidade jurídica faria mais mal do que bem, pois toda vez que este é praticado e chancelado cria-se um precedente perigoso para o sistema, na medida que, se espreado pode importar na debilitação da deferência concedida a escolhas políticas feitas conforme os devidos processos democráticos.

A alegação de que a guarda dos direitos fundamentais poderia ser utilizada como forma de medir a validade do ativismo praticado, de modo que a atuação judicial ativista que não os resguardasse seria ilegítima, também não merece acolhimento à luz da do fato de que os pontos de vista relacionados a temas envolvendo os direitos fundamentais variam e normalmente tendem a espelhar uma perspectiva enviesada, não havendo necessariamente uma “resposta certa nítida” em toda situação. Nesse ângulo, há também o fato de que a composição dos

tribunais se sujeita a mudança, com as inclinações políticas e ideológicas dos detentores dos cargos da magistratura conseqüentemente variando com o tempo e mudanças de governo, e os mesmos métodos responsáveis pela formulação de entendimentos que na prática equivalem a “confeccionar leis” podem vir a serem manuseados por julgadores de orientação ideológica diferente.

Convém, nesse contexto, trazer à baila uma análise resumida dos pilares constitutivos do debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin sobre qual deve ser a atitude interpretativa dos juizes quando estes se encontram diante de um hard case.

Eis que para Hart (2001), é inescapável o juiz venha agir com um certo grau de discricionariedade nessas situações, momento no qual ele vai decidir com base na moral oriunda da comunidade. Nesse viés, haveria respostas plausíveis entre as quais se poderia escolher com vias de resolver a demanda. Já para Dworkin (1982), tais espécies de casos são dirimidos sem qualquer recurso discricionário. A resposta para a questão objeto do caso já existe no ordenamento e cabe ao magistrado realizar uma investigação detida e extensa por todas as fontes normativas e uma análise exaustiva do caso concreto com o objetivo de fazer essa resposta “se amostrar” (DWORKIN, 1982).

De acordo com Karl Llewellyn (1960, p. 56-59), por mais que o juiz decida primeiro o caso com base em um juízo próprio e depois venha buscar no ordenamento jurídico o lastro para o seu entendimento, quando este faz esse exercício de pinçar fundamentos do sistema jurídico e conectá-los ao caso, procurando estabelecer uma conexão firme entre a situação fática e a fundamentação jurídica para o desfecho que decidiu atribuir ao caso, este se vê suficientemente amarrado pelo sistema, tornando a atividade jurisdicional estável o bastante. Apesar de não compartilhar da visão do Dworkin (1982) de que existiria uma resposta correta para as lides, Llewellyn (1960, p. 24) sustenta que as decisões judiciais devem ser formuladas e fraseadas de tal modo que a sua leitura deixe a impressão de que existe uma resposta correta dada pelo ordenamento e que a decisão subscreveu a essa solução.

O juiz e doutrinador americano Richard Posner, comentando a realidade jurídica estadunidense, aduz que existiria uma ilusão entre os críticos ao ativismo judicial de que juizes não disporiam de um arsenal de poder discricionário e análise de conseqüências para proferir decisões judiciais e que o bem geral da comunidade apenas poderia ser decidido por meio do consentimento desta (p. 23-25). Para tais críticos, juizes não seriam criadores de políticas públicas ou direitos e lhes incumbiria somente gerir os direitos fixamente articulados nas normas políticas confeccionadas pela sociedade (POSNER, p. 23-25).

Nesse espeque, por limitações próprias da condição humana e do *design* do sistema jurídico, seria impossível a concepção de normas suficientemente abrangentes para toda e qualquer situação, ocorrendo de haver lacunas e pleitos de aplicação de normas em contextos não previamente pensados à época da sua elaboração (POSNER, p. 23-25). No mais, o juiz não poderia evitar se deparar com questões sobre o bem público e não haveria uma separação, como críticos adeptos a um legalismo formal gostariam de pensar, entre questões concernentes ao bem público envolvendo a criação de políticas públicas e questões de direito privado, com juízes somente se aventurando em resolver as segundas (POSNER, p. 23-25).

Seria inevitável contemplar o bem público ao se julgar problemas de direito privado, pois esses também possuiriam um impacto sobre o coletivo (POSNER, p. 23-25). A interpretação judicial necessariamente implicaria na criação do Direito, o que acontece é que isso deveria ser feito com cautela, de forma não partidária, não podendo o magistrado se decidir da forma que o legislador decide, devendo juiz ser movido pelos princípios do Estado de Direito e não por interesses privados (POSNER, p. 23-25). Posner rejeita, dessa feita, construções estritas do sistema jurídico e dos poderes, argumentando que não necessariamente uma decisão usurpa competência legislativa ou é despida de juridicidade por exercer a discricionariedade e ser criativa, contanto que esta faça isso dentro de certos limites (POSNER, p. 23-25).

Ele reconhece que os produtos do ativismo judicial podem formar um Direito ruim por carecer de correlação firme com o texto constitucional ou fenece de história, estrutura ou consenso ou mesmo por avaliar as consequências da decisão judicial de maneira imprudente ou reduzir questões políticas e morais complexas a explicações simplistas que não fazem jus ao debate político e democrático (POSNER, p. 25). Porém, sustenta que tal decisão não seria antijurídica ou Direito ruim só pelo fato de envolver o uso da discricionariedade e ponderação das consequências do pronunciamento judicial como modo de se alcançar resultados não antevistos/pensados à época da elaboração da Constituição (POSNER, p. 25).

Keenan D. Kmiec narra algumas das dicotomias identificadas por Schlesinger que seriam ocasionadas pelo embate entre o ativismo judicial e uma postura em prol da autocontenção do Judiciário, dentre estas estando: Juízes não eleitos pela soberania popular versus o Direito na forma de leis erigidas democraticamente; julgamentos orientados por resultados políticos versus tomada de decisões fundamentada juridicamente; uso criativo de precedentes versus uso estrito dos mesmos; direitos humanos versus supremacia da democracia manifesta na vontade popular e política versus lei (KMIEC, 2004, p. 1446).

Este trabalho busca focar no aspecto do ativismo judicial que diz respeito ao sacrifício de entendimentos expressos em leis aprovadas democraticamente e na problemática acerca de qual postura deve ser adotada quando leis derivadas da supremacia da vontade popular se chocam com direitos fundamentais, bem como, na questão da distinção entre racionalidade política e jurídica como fundamento das decisões judiciais e o ativismo judicial como evento que enseja decisões politicamente norteadas ao invés de guiadas pela juridicidade.

2.3 DA CONCEPÇÃO DE PESSOA SUJEITA DE DIREITOS E DEVERES BALANCEADA COM UM DIREITO QUE CONJUGA LEI, VALOR HUMANO E REALIDADE ATUAL, HISTÓRICA, CULTURAL E SOCIAL DO POVO NA SUA TÉCNICA DECISÓRIA EM CASTANHEIRA NEVES

Antônio Castanheira Neves traça um recorte entre duas correntes que caracterizariam o pensamento jurídico que esculpiu as bases da Teoria Geral do Direito, o Normativismo Jurídico e o Funcionalismo Jurídico e propõe uma terceira forma de pensar o Direito, que batizou de Jurisprudencialismo.

O Normativismo Jurídico ampara-se na coerência sistêmica de um conjunto de normas, sendo possível se obter respostas através de uma interpretação lógico-dedutiva deste (BORGES, 2018). A racionalidade formal do sistema jurídico por si só encerra a validade do Direito, com a lei vinculando intensamente as decisões judiciais (BORGES, 2018).

O funcionalismo jurídico se desfaz de valores, não se preocupando com o conteúdo do Direito, mas sim com a substância dos efeitos resultantes do Direito. Ele prega uma razão compromissada com finalidades político-sociais traçadas no âmbito do legislativo como único ingrediente necessário para transformar a decisão judicial em um instrumento eficaz de atendimento de políticas de cunho social (BORGES, 2018). A lei como instrumento de engenharia social e essa visão é transposta para a esfera da decisão judicial, com o juiz ponderando como fazer justiça no caso concreto usando critérios extra jurídicos como econômicos, sociais, tecnológicos e políticos (BORGES, 2018).

A racionalidade finalística que reclama resultados no funcionalismo jurídico, com os resultados almejados sendo avaliados a partir de uma perspectiva utilitarista, tem como pano de fundo as aspirações altas do Estado de Bem-Estar Social que quer suprir todas as carências sociais da sociedade, salvando-a e tornando o seu espaço melhor para se viver como um todo (BORGES, 2018).

Antônio Castanheira Neves sugeriu a utilização de um esquema metódico fundado nos pilares “sistema” e “problema” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, 144-160). No plano do “sistema” figurariam os princípios, positivados ou não e as regras produzidas pelo legislador como fruto de opções políticas, bem como a jurisprudência enquanto uma cadeia de decisões seguindo uma determinada orientação a respeito de um problema detectado na sociedade, com alta adesão a solução indicada nos precedentes formadores dessa linha atestando para a solidez da abordagem assumida nos mesmos.

Castanheira Neves (1993, p. 144-160) considera ainda a dogmática ou doutrina como parte do “sistema”, pois embora esta “nasça” fora do aparato estatal, o compromisso com a racionalidade, cientificidade e larga fundamentação, cumulados com o fato desta se voltar para um estudo sério do ordenamento e procurar respostas para problemas jurídicos concretos, também a converteriam em um elemento do “sistema”.

O jurisprudencialismo reconhece a importância de o sistema possuir uma carga axiológica e não meramente procedimental que confira e resguarde a ordem. Nesse pé, cada pessoa é vista como um ser humano e, portanto, como um sujeito de direito frente a comunidade, o que implica igualmente na titularidade de deveres pela mesma (BORGES, 2018). A lei então tem o seu papel procedimental, de organizar a comunidade e a convivência equânime de múltiplos e por vezes conflitantes interesses em prol do interesse maior da coexistência harmônica enquanto corpo social, outorgando um aspecto funcional ao corpo social, mas também guarda o seu papel substancial, de balancear esses interesses sem romper com a isonomia, respeitando cada pessoa titular de direitos e deveres (BORGES, 2018).

Diametralmente, o “problema” tem a ver com a situação concreta de relevância jurídica ou capaz de desencadear o interesse do Direito, que terminou em um impasse entre sujeitos de direito e os questionamentos de natureza jurídica que surgem a partir desta discordância. Para Castanheira Neves, a resposta a controvérsia repousa na integração entre a práxis, vista no contexto histórico, cultural-social da coletividade e na consciência comunitária decorrente das experiências comuns da sociedade e o plano da normatividade, da doutrina e da jurisprudência, ou seja, o “sistema”, as peculiaridades do caso concreto (1993).

O problema deve ser encarado como uma microrepresentação da sociedade e como tal examinado sob a lente das crenças havidas pela comunidade provenientes da cultura e história locais, bem como analisado sob a perspectiva do sistema jurídico vigente (BORGES, 2018). Esse exercício de adequação seria vital para encontrar um remédio para a celeuma. Nesse andar, é bem verdade ser provável que a consciência identitária de veia histórico-cultural da sociedade

informe o seu arcabouço normativo, contudo, a dinamicidade da vida humana e evolução social tendem a engendrar uma série de possibilidades fáticas novas e consequentemente casos jurídicos inéditos no todo ou em parte (BORGES, 2018).

É para descobrir qual solução jurídica se deve aplicar diante dessas situações novas, seja porque se apresentam como raras, seja porque apesar de comuns refletem uma configuração diferente de um problema jurídico corriqueiro, que Castanheira Neves propõe o uso de um raciocínio que promova o confronto e compatibilização entre o corpo de normas que tutelam a questão, a atitude global da sociedade acerca dela sob uma perspectiva histórico-cultural e as nuances do caso particular (BORGES, 2018). Logo, tanto a práxis quanto a normatividade seriam enquadrados ao caso concreto.

A sensibilidade do juiz deve encontrar limites nas amarras do sistema e o jurisprudencialismo comporta espaço para a preservação de uma argumentação racional nas decisões que não se encerre na vontade do magistrado.

3 O PAPEL FULCRAL DESEMPENHADO PELA CONSTITUIÇÃO NA CONJUNTURA DEMOCRÁTICA E A ÍNDOLE CORROSIVA DO ATIVISMO JUDICIAL

Um povo, ao elaborar a sua constituição, a Carta legislativa que os rege e coordena todo o restante do ordenamento jurídico, toma decisões acerca da identidade e rumos da sua sociedade. Escolhem conceder destaque a determinados aspectos identitários seus e dar relevo a alguns valores, favorecendo-os em detrimento de outros. Tudo isso vai compor o caráter da nação, ao menos como este é concebido na teoria. As características de um país, ainda que presentes no plano das ideias auxiliam no processo de mudança social, ou seja, contribuem para que as instituições e demais agentes sociais busquem refletir tais traços na medida que a Constituição nada mais é do que um acordo de vontades decorrente do próprio pacto social.

Se no mundo animal, no qual as leis da natureza ditam a vida dos animais, seres governados pelos sentidos e que vivem em busca de elidir e tirar proveito da cadeia alimentar, vezes fugindo de predadores e vezes eles mesmos exercendo o papel de predador, as regras são importantes e também se encontra exemplos de convivência social na forma de interações positivas entre animais, imagine-se então a importância de regras que viabilizem a convivência social no mundo dos humanos, seres dotados de livre-arbítrio e que tentam equilibrar razão e emoção. Tal é a relevância da Constituição, sendo esta instrumental para a promoção da lei, ordem e civilização, impedindo o caos e a anarquia. Muito embora no Estado Democrático de Direito as Constituições tenham assumido feições democráticas, desde o início dos tempos as mais variadas sociedades humanas se organizam de acordo com conjuntos de regras que devem ser seguidas sob pena de aplicação de uma sanção, pois os seres humanos regem-se por seus interesses e, não havendo ameaça ao seu interesse próprio em transgredir direito alheio, este estaria propenso a fazê-lo, não sendo a violação de preceitos morais um motivo forte o suficiente para dissuadi-lo do intuito malfeitor.

Seja nascendo bom e tornando-se corrompido mediante contato com os males que afligem toda e qualquer sociedade, nos moldes da sugestão de Rousseau (2000), seja já

nascendo mal e tendo de ser “domesticado” pela sociedade tal como anunciado por Hobbes (1992), a noção de que haveria perigo em não limitar a ação do homem perante os seus semelhantes parece ter permeado a história. Nesse sentido, as Constituições democráticas, ao revés do que ocorre em governos autoritários, limitam não só a ação dos membros do povo frente aos demais, mas também limitam o poder, isto é, a ação de instituições e agentes responsáveis por garantir o exercício democrático da atividade de governar. É nesse contexto que se encontra o sistema de freios e contrapesos, composto pelos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário que perfazem a estrutura governamental, no qual cada poder guarda autonomia funcional, porém sofre fiscalização dos demais, prevenindo a perpetuação de abusos.

Nesse passo, a Constituição de 1988, apelidada de Constituição Cidadã, foi amplamente debatida e é fruto de um processo democrático de discussão encabeçada pelo Poder Constituinte Originário, as belas palavras de Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte que declamou as virtudes da nova Constituição em seu discurso de promulgação são um marco histórico do Brasil pós-ditadura militar, dosando patriotismo e autoconsciência, Guimarães evocou, ainda que de maneira inominada, os fundamentos do Direito como legitimadores da Constituição, dizendo:

“Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora, será luz ainda que de lamparina na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria. (...) A Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja o nosso grito. Mudar para vencer. Muda Brasil (BRASIL, 1998)”.

Não é preciso ouvir gravações do discurso de Ulysses Guimarães para perceber o teor apaixonado das palavras ali dispostas, os leitores, pela organização e escolha das palavras, compreendem a nobreza da missão constitucional da Carta Magna de 1988, a qual prometia ser um farol de justiça, inaugurador de uma nova era de prosperidade geral para a nação, longe dos vícios do autoritarismo e acobertada por princípios honrados.

Nesse prisma, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CFRB/88) também ficou conhecida como “Constituição Cidadã” devido a sua grande preocupação com questões sociais, com o seu art. 6º consagrando a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados como direitos sociais (BRASIL, 1988), e portanto, de alta relevância e por conseguinte, devendo-se serem dispendidos esforços na sua concretização.

Igualmente, identifica-se a natureza “humana” da Lei Maior de 1988 na sua previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º CF/88), reconhecendo o valor inerente que cada ser humano abriga por tratar-se uma espécie senciente cujos indivíduos carregam consigo o livre-arbítrio e uma consciência própria, convertendo-o em verdadeiro vetor constitucional apto a orientar e pautar a tomada de decisões. De resto, cabe enfatizar a previsão dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade em todas as suas facetas e da legalidade, sendo estes alguns dos pilares que sustentariam a ordem constitucional.

Robert A. Dahl faz uma alerta em torno da veia antidemocrática presente na tendência se atropelar os processos de discussão, exercício do convencimento e de negociação inerentes a democracia (2012). Dahl avisa que o conceito de *Guardiania* criado por Platão estaria associado ao argumento de que o reino de valores supremos e a instituição de uma sociedade na qual a moral e a virtude, intrinsecamente vinculadas a noção de bem maior, devem prevalecer sobre as formalidades que encampam e perfazem os métodos democráticos (2012).

Vale registrar que bradar as vantagens de se primar pela substância aos custos da forma nesse contexto, em que fazê-lo importa em comprometer a estrutura democrática, seria apenas uma forma disfarçada de postular que os fins justificam os meios, ignorando-se os danos e abalos as bases democráticas (BERGER, 2013). Nesse embalo, Dahl alude a *Guardiania*, o governo dos reis filósofos, indivíduos notáveis e excepcionais, emblemas vivos da virtude e arautos da moral e dos bons costumes incumbidos de exercerem o papel de guardiões do governo decente, nobre e ímpoluto, como forma de ilustrar a ameaça:

“Levada às últimas consequências, a afirmação insistente de que os resultados substantivos têm precedência sobre os processos torna-se uma justificativa abertamente antidemocrática da *guardiania* e a democracia substantiva torna-se um rótulo enganoso para algo que é, na verdade, uma ditadura” (DAHL, 2012, p. 257).

As palavras de George Washington em seu discurso de Despedida em 1796 sobreviveram ao teste do tempo, mostrando-se altamente pertinentes à realidade atual:

“A dominação alternada de uma facção sobre outra, afiada pelo espírito da vingança, natural a discordância partidária (...) é em si mesma um terrível despotismo. Mas isso leva a um despotismo mais formal e permanente. Os transtornos e misérias resultantes, gradualmente inclinam a mente dos homens a buscar segurança e tranquilidade no poder absoluto de um indivíduo; e mais cedo ou mais tarde o chefe de alguma facção prevalente, mais capaz e afortunado que seus competidores, direciona essa inclinação para sua própria

elevação, arruinando a liberdade pública. (...) O espírito de intrusão tende a consolidar todos os poderes em um, criando desta forma, qualquer que seja a forma de governo, um despotismo real (...) Que não haja mudança por usurpação; pois embora isso possa, em uma situação, ser instrumento do bem, é a arma habitual usada para destruir governos livres” (tradução nossa) (WASHINGTON, 1796).

A Constituição emana do povo e o regime democrático, mesmo que imperfeito, é a forma de governo que mais proporciona a coletividade os benefícios da liberdade, segurança geral, igualdade perante a lei e direitos provenientes do respeito à dignidade humana. A distribuição do poder nas mãos de todos os cidadãos, sem distinções, e a limitação da atuação governamental contribuem para a criação de um ambiente que restringe ao máximo possível a possibilidade de serem tomadas decisões de cunho arbitrário.

Ao desbancar hierarquias legais de poder entre membros da sociedade, a democracia entrega um governo que fomenta o compartilhamento dos recursos disponíveis na sociedade, evitando monopólios e alavancando a prosperidade da comunidade como um todo e não de parcelas ou camadas específicas ocupantes do poder ou apadrinhadas por aqueles que sustentem a posição de senhores deste, tal como ocorre nos regimes autoritários. Desse modo, a decadência das instituições ou órgãos que integram o governo e, por conseguinte, possuem ingerência e até mesmo gerência em alguma medida sobre a vida da população, marca um sinal alarmante para a solidez e vitalidade da democracia, sendo nociva para a sua longevidade e sujeitando-a a quebra.

Nessa perspectiva, a falência das instituições na tarefa de exercerem seu mister nos termos do quanto constitucionalmente autorizado, importa em ruptura inaceitável com a Constituição, a verdadeira guardiã da democracia. A lei não pode se tornar sinônimo daquilo que ocupantes de cargos judiciais afirmam como lei, sendo tal afirmação “solta” e produto de um malabarismo interpretativo que força o alcance de conclusões inorgânicas à luz do ordenamento pátrio.

É certo que todo indivíduo é influenciado por suas visões de mundo e experiências vivenciadas, sendo normal que pessoas e, portanto, julgadores, retenham pensamentos filiados a correntes religiosas, filosóficas, ideológicas e políticas, bem como gostos e preferências e se orientem por determinadas diretrizes morais (TEIXEIRA, 2012), não por outro motivo a doutrina distingue os conceitos de imparcialidade e neutralidade (BOUJIKAN, 2020). Nesse enquadramento, a imparcialidade reside no julgador estar aberto a ouvir os argumentos das

partes de um processo com igual ânimo de permitir que os seus discursos eventualmente interfiram no seu convencimento, o qual não seria predeterminado.

Isto não significaria que o juiz, ao ter o seu primeiro contato com o caso, estaria isento de convicções subjetivas e ideológicas, pois o conceito de imparcialidade implica no reconhecimento de que todo indivíduo possui “crenças formativas” entranhadas no âmago do seu ser, e que influenciam, mesmo por vezes de forma inconsciente, a sua forma de pensar, de ler situações e enxergar o mundo, sendo impossível exigir que qualquer um se despisse de todas elas para atender ao requisito da neutralidade.

Quando o teor de julgados destoa manifestamente das linhas gerais de um ordenamento jurídico, refletindo puramente as orientações pessoais do julgador, verifica-se exemplo do ativismo judicial (TEIXEIRA, 2012). A partir do momento que regras tuteladas juridicamente são deixadas de lado em nome de um vínculo pré-existente do julgador com os interesses de determinados grupos, tal relação resultando numa predeterminação do posicionamento deste julgador, fere-se a imparcialidade e configura-se nefasto ativismo judicial lesivo a credibilidade das instituições e estabilidade democrática. Nessa conjuntura, o problema surge quando a decisão judicial é convertida em veículo político de imposição de intenções políticas resultantes da ideologia nutrida pelo julgador (TEIXEIRA, 2012).

A palavra ideologia sendo entendida, nesse contexto, enquanto visão limitante da compreensão da realidade, reduzindo-a a um recorte que não reflete as amplas possibilidades que as situações da vida evocam. Essa compreensão corresponde a noção de ideologia presente na conceituação fornecida no Dicionário Merriam-Webster, com o significado da palavra ideologia sendo compreendido como uma linha de pensamento que permeia uma série de ideias mantidas por um grupo sobre um aspecto da vida socio política (2023). Um complemento enriquecedor a essa definição pode ser extraído da Enciclopédia Britânica, pendendo para uma lógica de “persuasão” e “justificação” da percepção constitutiva da ideologia anunciada e uma ambição de modificar a realidade, recrutando simpatizantes da ideologia (CRANSTON, 2023).

O Dicionário Infopédia de Língua Portuguesa fixa ideologia como um conjunto de ideias retidas por uma facção comunitária que comunga de interesses religiosos, morais, políticos, econômicos ou de outra ordem e que defendem sistematicamente um posicionamento (PORTOEDITORA, 2023)¹.

¹ A Enciclopédia Britannica relaciona como o termo ideologia tem como origem a proposição de uma ciência das ideias assim nomeada, pelo filósofo francês Destutt de Tracy no período da Revolução Francesa, fundada no

Norberto Bobbio, em seu *Dicionário da Política*, classifica o termo em duas variações, ideologia em sentido forte, atrelada a reunião de ideias-motrizes políticas, filosóficas e sociais no ideário de um grupo parte de um movimento e ideologia em sentido fraco, ligada a uma percepção deliberadamente limitada da realidade. que ignora a totalidade do cenário político e econômico em prol do apoio e difusão de pontos de vistas benéficos aos interesses da classe dominante (1998). De acordo com o pensamento de Émile Durkheim, a ideologia não se curva diante da objetividade científica, não aderindo ao rigor científico, não engajando no exercício de distinguir as ideias titularizadas pelo sujeito do objeto realidade ou fato social (2001).

Dessa maneira, pode-se concluir que a ideologia, ainda que compartilhada por múltiplos indivíduos, que comungam de uma forma de pensar em relação a temas da realidade social, não obedece ao objetivo de verificar a totalidade da dinâmica da realidade para produção do conhecimento, deixando de blindar-se contra a subjetividade do sujeito.

Isso posto, o processo judicial é transformado em mera formalidade que prevê no plano teórico o contraditório e a ampla defesa, porém não os salvaguarda na prática, considerando que a decisão judicial está fadada a seguir orientações e finalidades estritamente políticas ao arrepio de interesses legítimos amparados no ordenamento (TEIXEIRA, 2012).

A judicialização da política ou fluxo alto de demandas judiciais versando sobre questões de teor político é tida aqui como fenômeno natural oriundo da crescente complexidade e dinamicidade das relações sociais na sociedade atual, contudo o ativismo judicial não deve ser caracterizado como consequência natural da judicialização da política. Isto porque, o problema para o qual críticos da atitude hermenêutica ativista apontam se encontra não em se ter juízes e tribunais como árbitros dos conflitos que permeiam a arena política (TRINDADE e MORAIS, 2011), mas sim nos julgadores se valerem da política como fator predeterminante de seus posicionamentos, explorando a vagueza semântica de expressões abertas e vagas como “interpretação conforme a Constituição” (NOGUEIRA, 2019) para extrair conclusões ideologicamente enviesadas e nascidas antes mesmo de um contato com o caso objeto de apreço, tendo a avaliação casuística em si ocorrido de forma indiferente e insensível a argumentação da parte desfavorecida pela decisão e tendo isso se dado em razão de rédeas ideológicas que terminam se sobrepondo a regras consolidadas do ordenamento jurídico.

Ressalta-se que, é esse movimento de ir na contramão de regras pivotais em nome de termos genéricos encaixados em raciocínios forçosos com vistas de empurrar “goela abaixo” o arbítrio sob o manto da juridicidade que é alvo de críticas e não o deslinde de controvérsias envolvendo questões políticas pelo Judiciário. O problema estaria no Judiciário recorrer a subterfúgios argumentativos lastreados na vacuidade de conceitos abstratos para se chegar a decisões *contra legem* no intuito de satisfazer um fim em especial (TEIXEIRA, 2012).

O Ministro Luiz Fux afirmou na sabatina que o consagrou como aprovado para ocupar vaga no Supremo Tribunal Federal, que: “justiça não é algo que se aprende, é algo que se sente” (sic), frase que expressa o pensamento que, muitas vezes, também está por trás do ativismo judicial (BONIN, 2011). Pontua-se aqui que tal raciocínio pode ser conectado ao jusnaturalismo em virtude de pressupor o direito como uma matéria quase que instintiva, porém, com a devida vênia, sugere-se aqui que a justiça não pode se resumir ao sentimento, a sensibilidade existe e é importante que o juiz esteja atento as circunstâncias do caso concreto, mas a emoção dissimulada em uma argumentação que se autoproclama racional, entretanto carece de precisão jurídica e fundamentos sólidos, deve ser rechaçada.

Em entrevista publicada no Consultor Jurídico em 2007, o eminente Ministro Celso de Mello sustentou o exercício de “uma típica função moderadora” pelo Pretório Excelso, investido de maneira supostamente legítima da incumbência de desenvolver “verdadeira função constituinte com o papel de permanente elaboração do texto constitucional” (sic) (CARDOSO, 2007). Com a vênia devida, tal visão não se coaduna com o texto constitucional em si, que não concede qualquer espaço para o Judiciário elaborar o texto constitucional. O argumento de que qualquer interpretação geraria uma inovação na ordem jurídica, o que, aliado ao fato de que inexistiria direito sem interpretação tornaria admissível a “represtinação” dos comandos legais, conferindo-se a estes novos sentidos e “nova vida” a partir de interpretações judiciais pois se trataria de algo perfeitamente natural, sendo a discricionariedade endêmica a decisão judicial (TRINDADE e MORAIS, 2011), tampouco socorre tal posicionamento.

Isto porque, quando a interpretação se torna um meio do Judiciário se apoderar absolutamente da Constituição, moldando-a conforme o seu bel-prazer e a despeito da sua configuração original e métodos e procedimentos previstos para alteração e recorrendo a técnicas hermenêuticas rasas para tanto, há o cometimento de excesso intolerável que, tal como assinala Lênio Streck: coloca em risco a qualidade legítima da jurisdição constitucional por fazer com que juízes, ao invés de interpretarem a Constituição, se assenhem dela (STRECK apud TRINDADE e MORAIS, 2011, P.24).

4 PRINCÍPIOS

4.1 DA NOÇÃO DE PRINCÍPIOS COMO TRADUTORES DE VERDADES UNIVERSAIS CUJA AUTENTICIDADE E CARÁTER GENUÍNO ECOAM PELA ETERNIDADE E A CONEXÃO COM A CORRENTE JUSNATURALISTA

Ao optar por estes valores, a sociedade brasileira abraçou ideais que fomentariam o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e menos desigual. Contudo, princípios, em especial alguns dos princípios supracitados como a igualdade e a liberdade, gozariam de uma abertura semântica muito ampla e ensejariam debates irreconciliáveis acerca do que constituiria a sua correta interpretação e aplicação a depender do caso concreto (RAWLS, 2016). Não só isso, como ao adotar um princípio destes, há quem sustente que uma sociedade estaria vinculada a tudo que este poderia implicar. Em outras palavras, não caberia a sociedade que elegeu o princípio fazer e manter a sua interpretação sobre o significado e consequências práticas daquele princípio naquela sociedade pois estes princípios traduziriam verdades que existiriam autonomamente, desvinculadas da necessidade de validação, a sua validade escorrendo como um produto da soma das conclusões extraídas através da experiência humana internalizadas em cada indivíduo a partir do convívio social.

A partir disso, não caberia a sociedade, com base em crenças morais próprias, restringir o âmbito de aplicação destes princípios, pois os mesmos traduziriam verdades auto evidentes e elementais, próprias da condição humana, se aproximando do conceito de direito natural. Nesse quadro, a declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) famosamente brada a igualdade entre os homens e a existência de certos direitos inalienáveis tais como o direito à vida, como verdades auto evidentes (JEFERSON, 1997). O ser humano nasceria então imbuído de uma espécie de código racional comum aos outros seres humanos, que perfazer ia o senso comum, e utilizar-se-ia dessas noções compartilhadas para a positivação do direito universal.

Haveria, no entanto, preconceitos e interesses individualistas que motivariam grupos de pessoas, sejam estes grupos minorias “barulhentas” ou mesmo maiorias buscando impor uma

“ditadura da maioria sobre a minoria”, que por vezes impediriam a concretização de manifestações casuísticas destes princípios, tal como sugere a tese de John Rawls acerca do véu da ignorância (RAWLS, 2016, p. 73-166).

Nesse diapasão, Rawls conjectura que o homem, coberto por uma espécie de véu, alheio a sua condição social e, portanto, despido dessas motivações mesquinhas, faria escolhas isentas que beneficiaram a coletividade, uma vez que, não estando ciente de qual posição social ocuparia, teria interesse em não dar azo a existência de grandes lacunas sociais na medida que o sujeito poderia se encontrar em situação social desvantajosa e sofreria mais percalços caso a sociedade adotasse escolhas que favorecessem a desigualdade (RAWLS, 2016, p. 73-166).

4.2 PRINCÍPIOS COMO CLÁUSULAS ABERTAS E O ATIVISMO JUDICIAL QUE FAZ USO INDEVIDO DESTES COMO MATÉRIA-PRIMA PARA A CRIAÇÃO DO DIREITO

Nesse cenário, o ativismo judicial desponta como o fenômeno de decisões judiciais que são criticadas sob o argumento de que exorbitam a esfera de competência do Judiciário e adentram no âmbito de competência do legislativo, por serem fortemente lastreadas em princípios ao invés de regras específicas. Ou seja, tivesse o julgador se pautado nas regras específicas afetas a matéria no ordenamento jurídico e não em princípios jurídicos, expressos ou implícitos, a decisão não tomaria a mesma direção, de forma que o viés tomado pela decisão vergastada equivaleria a “criação do Direito”. O princípio assumiria um contorno completamente destoante do cenário social e tradição jurídica do povo, não porque o povo chegou a um novo estágio no processo histórico e social, mas porque os julgadores ambicionam uma mudança social inorgânica conforme as suas próprias ideias (TEIXEIRA, p. 10, 41). Detratores desse movimento ativista podem argumentar que na avaliação da extensão de princípios as regressões acerca da sua aplicação podem ser *ad infinitum*. Isto é, princípios possuiriam uma carga de maleabilidade gigante, conquanto se reconheça que regras não estão sempre livres dessa característica, havendo também regras com conceitos indeterminados no seu antecedente. A natureza valorativa do princípio, com carga axiológica alta, conclama uma interferência maior de considerações morais que os torna propícios a manipulados para se encaixarem em uma gama infinita de situações, havendo risco neste quadro pois além de não inspirar segurança jurídica poderia acarretar a concessão de margem perigosa ao cometimento de arbitrariedades (SARMENTO, p.7).

Nesse sentido, tais críticos apontam que o Judiciário não pode e não deve colocar-se numa posição de substituir o Poder Constituinte Derivado, ou mesmo o Poder Constituinte Originário, mediante contorcionismos retóricos resultantes numa interpretação à revelia da

intenção Constituinte e que, justamente por isso, torna-se constituinte em si mesma ao invés de constituída pela estrutura jurídica do ordenamento pátrio. A metodologia decisória da ponderação de princípios, quando utilizada como único ou principal substrato decisório, tende a levar a um voluntarismo decisório que agride a plenitude e indenidade do Direito e que descamba em incoerências jurisprudenciais (TRINDADE e MORAIS, 2011, p. 157).

O argumento de que a proporcionalidade, “estrela guia” do sopesamento principiológico enquanto mandamento de otimização que deve prevalecer no caso concreto, cuidaria de eliminar interpretações emanadas preponderantemente da consciência do julgador e que não encontrassem forte lastro no ordenamento, pois o que seria proporcional em cada caso seria estabelecido via o uso de uma argumentação racional, que poderia ser acompanhada por qualquer um em contato com a decisão, também não remedia esse cenário (TRINDADE e MORAIS, 2011, p. 157).

Isto porque, a abrangência presente nos princípios pode ser explorada para que estes sejam amoldados a virtualmente qualquer situação, de modo a favorecer essencialmente qualquer argumentação jurídica, a depender das habilidades retóricas e persuasivas de quem os manipula (TRINDADE e MORAIS, 2011, p. 155).

Dessa forma, a arte da argumentação é firmada sob a base da racionalidade, para uma argumentação convencer ou impressionar positivamente, é necessário que esta seja marcada por um encadeamento de ideias seguindo uma linha lógica, ainda que esse discurso argumentativo forneça apenas um recorte e ignore a totalidade de fatores relevantes ao tema em apreço, é preciso que haja sentido e respeito aos ritos e convenções no discurso. São Tomás de Aquino entendia que a verdade pode ser identificada na relação de correspondência entre o pensamento (intelecto) e a coisa (realidade empírica do mundo dos fatos) (AQUINO, 1988).

Isto posto, todo discurso gaba-se da proeza de veicular verdades e, para obter qualquer tipo de sucesso ressoando com algum público, pequeno ou grande, é necessário que tal discurso busque se proclamar racional e para isso se valha de técnicas para tentar emular alguma racionalidade, ainda que uma sombra desta ou através da construção de falácias argumentativas. É preciso, portanto, que qualquer discurso se vista de um suposto “manto racional” para vingar e é por isso que é perigoso confiar que princípios, ferramentas tão maleáveis, se limitados pela racionalidade e proporcionalidade, conceitos igualmente elásticos, funcionariam como instrumento eficaz de combate a subjetividade e discricionariedade exacerbada decisória. A natureza racional do exercício da retórica, permite então, que se atinja qualquer finalidade.

É certo que o direito deve guarnecer os direitos das minorias frente a maioria, as atrocidades cometidas pelo nazismo sendo frequentemente citadas como justificativa em prol de uma atitude hermenêutica aberta ao ativismo judicial. Nesse espeque, conforme argumenta o filósofo e economista Friedrich Hayek “é bem possível que Hitler tenha adquirido poderes ilimitados de forma rigorosamente constitucional e que todas as suas ações sejam, portanto, legais, no sentido jurídico. Mas quem concluiria, por essa razão, que o estado de Direito ainda prevalece na Alemanha?” (HAYEK, 1990, p.221-226), o que importa na conclusão de que dizer que uma lei possui legitimidade formal não é garantia de que esta também possui legitimidade material, considerando que esta pode ter sido instituída segundo o rito legal, mas com vistas de autorizar propósitos arbitrários (GHANI, 2020).

Gustav Radbruch, em seu artigo publicado em 1946 *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* sustenta a incapacidade do positivismo de lidar com a questão da validade do direito em razão da separação que a corrente positivista propõe entre direito e moral, defendendo que, como consequência desse defeito irremediável do positivismo, deve-se adotar a fórmula cunhada por Radbruch segundo a qual injustiça extrema não é direito (RADBRUCH, 1962).

Otávio Luiz Rodrigues Jr sintetiza os preceitos da fórmula de Radbruch da seguinte maneira:

- “1. O Direito Positivo, baseado na legislação e no poder estatal, tem aplicação preferencial, mesmo quando seu conteúdo for injusto e não for benéfico às pessoas.
2. A justiça prevalecerá sobre a lei se esta se revelar *insuportavelmente (rectius, extremamente) injusta*, a tal ponto que se mostre uma norma injusta, continente de um *direito injusto*. (RODRIGUES JR., 2012)”

Tem-se, portanto, que para a fórmula radbruchiana, como regra, o legalismo deve prevalecer, ainda que cause malefícios a indivíduos, ao menos que haja *in casu* um abismo insuportável e intransponível entre lei e justiça, hipótese na qual a justiça deve imperar. Essa visão de Radbruch foi abraçada e largamente adotada pelos tribunais alemães no período pós Segunda Guerra Mundial (TRINDADE e MORAIS, 2011) como modo de derrubar a máxima de que não poderia haver pena sem lei e minar o argumento de que os soldados e representantes do Estado nazista estariam apenas cumprindo ordens e não poderiam ser responsabilizados pelo cometimento das atrocidades de que fizeram parte.

Kelsen, Perelman e Ross foram três juristas que se debruçaram sobre o tema da justiça e sinalizaram para o subjetivismo arbitrário presente no seu conceito e o fato da mesma se tratar de uma noção individual, sendo impossível nutrir-se uma ideia coletiva de justiça. No entanto, a solução para tal impasse pode ser encontrada na ideia, defendida por Bruno Lacerda, inspirada

pelo pensamento do filósofo Iginio Petrone, Giorgio del Vecchio e Guido Calogero, de que todo ser humano deve ser igualmente valorizado e que qualquer tentativa de imposição de distinções discriminatórias entre as pessoas infringiria a igualdade entre as pessoas, valor suprapositivo, de natureza objetiva, que nortearia, ao mesmo tempo que comporia, a justiça (LACERDA, 2022, p. 67-81), tal como demonstrado no tópico *infra*. Essa ideia guarda harmonia com a tese radbruchiana de que injustiça extrema não é Direito e por isso o Direito não pode “passar a mão na cabeça” de tais injustiças agudas sob o argumento de que estariam acobertadas por validade legal, pois se tratando de uma injustiça tão grave a ponto de ser insuportável, o conceito de justiça entraria em campo e se sobreporia ao direito positivado.

No caso, o respeito a igualdade ontológica das pessoas seria a medida que serviria como critério balizador da presença ou ausência de injustiça extrema em uma dada situação (LACERDA, 2022, p. 75-79). A questão que se enfrenta atualmente, é que, reconhecida essa igualdade ontológica pelo ordenamento, tal como é o caso do sistema jurídico brasileiro, como determinar o limite de atuação em nome da referida igualdade? A temática do ativismo judicial exsurge justamente nesse contexto, tal como será examinado nos tópicos seguintes.

4.3 OS POSTULADOS NORMATIVOS SEGUNDO HUMBERTO ÁVILA E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA UMA INTERPRETAÇÃO HARMÔNICA COM O ORDENAMENTO

Para Humberto Bergman Ávila existem normas de primeiro grau, chamadas de normas-objeto de aplicação e normas de segundo grau, as normas-método de aplicação. As regras e princípios estariam inseridos na categoria de normas-objeto de aplicação e os postulados normativos no plano das normas-método de aplicação (ÁVILA, 2018, p. 170). Os postulados são “metanormas” que devem pastorear o processo de interpretação e realização do Direito, dirigindo a aplicação das normas, isto é, princípios e regras (ÁVILA, 2018, p. 163-165).

A ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso são postulados normativos inespecíficos, podendo ser aplicados a interpretação de qualquer caso sem que a sua aplicação seja contingente da observação de uma condição específica (ÁVILA, 2018 185-191). A proporcionalidade, a igualdade e a razoabilidade, em seu turno, são postulados normativos específicos e dependem da verificação de certos traços no caso concreto para serem acionados (ÁVILA, 2018, p.192-220).

A proporcionalidade ser aplicada quando o caso concreto envolve um juízo de causalidade entre meio e fim sob análise interpretativa do julgador (ÁVILA, 2018, p. 205-220).

É dizer, toda vez que houver uma ligação de causa e efeito entre um meio e um fim, deve-se partir para o teste da proporcionalidade que inclui três etapas que visam avaliar o meio estudado (ÁVILA, 2018, p. 205-220).

A primeira etapa dedica-se a mensurar em termos empíricos a adequação do meio para a promoção do fim, concluindo sobre seu grau de aptidão ou inaptidão, ao fim desta, sendo o meio considerado satisfatório para promover o fim desejado, checa-se se o meio pensado é o menos gravoso aos direitos fundamentais impactados (ÁVILA, 2018, p. 210-219). Sobrevivendo a esta fase, na terceira etapa, questiona-se se os resultados vantajosos da aplicação desse meio superam as desvantagens da sua utilização (ÁVILA, p. 219-220). A proporcionalidade em sentido estrito é tradicionalmente concebida como uma ponderação de bens, voltada para julgar se as vantagens na adoção da medida superam as desvantagens de utilizá-la (ÁVILA, 2018, p. 219-220).

Noutra via, a igualdade assenta o igual valor de todos os seres humanos, com todos tendo igual direito a liberdade, propriedade e dignidade mas em que pese sejam iguais nesses termos, as pessoas também se encontram, por vezes, em situações diferentes no plano fático devido a um certo critério diferenciador que serve um fim em particular (ÁVILA, 2018, p.192-194). Isto posto, se outros fins são beneficiados que não correspondem ao critério diferenciador, depreende-se a utilização de desvio ou critério de diferenciação distinto do declarado e, portanto, violação a norma jurídica (ÁVILA, 2018, p.192-194).

A razoabilidade examina o “talento” do meio utilizado para se cumprir a finalidade, levando em conta particularidades do caso concreto mesmo que essas não sejam contempladas pela legislação e zelando pela lógica da relação entre o critério diferenciador dos sujeitos afetados no caso sob exame e o fim, pois na hipótese de atentado a essa lógica se discerniria ataque à direito fundamental (ÁVILA, 2018, p.194-195).

O jugo das práticas comumente exercidas e que acatam os monitores da equidade fortalece a objetividade e assiste na supressão do espaço para valoração no exame de proporcionalidade em sentido estrito (3ª etapa do exame de proporcionalidade).

A ponderação ocorreria nas 3 seguintes etapas: preparação, realização e reconstrução da ponderação, respectivamente (ÁVILA, 2018, p. 186-187). Na preparação da ponderação, os argumentos e elementos que informam o caso são perscrutados a fundo de forma exaustiva e na realização da ponderação esses elementos do caso são racionalmente processados e digeridos gerando uma fundamentação que os sopesa, dando significado a relação entre esses elementos

(ÁVILA, 2018, p. 187) Por último, na reconstrução da ponderação, são traçadas regras entre esses elementos que possam gozar de um caráter a certo modo universal, transcendendo o caso (ÁVILA, 2018, p. 187).

Segundo Ávila, o postulado da concordância prática imporia a exigência de que a interpretação de valores privilegie a sua máxima eficácia, com os valores em jogo tendo o seu âmago invulnerado o tanto quanto possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas (ÁVILA, 2018, p. 187-188). A efetivação dos bens ou interesses constitucionais em conflito requer a sua compatibilização na medida do possível de acordo com a concordância prática (ÁVILA, 2018, p. 187-188). A proibição de excesso previne o abatimento de um direito fundamental, retirando-lhe a eficácia (ÁVILA, 2018, p. 188).

Quando essa conciliação de valores os entrelaçando harmonicamente não for uma opção, deve-se partir para a ponderação.

Josué Mastrodi sustenta que a proporcionalidade seria uma ficção jurídica, porém ressalta que essa conclusão não gera um descrédito para a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que preconiza o exame da proporcionalidade como teste para solução de pois essa possui o grande mérito de proporcionar relevo aos direitos sociais de modo que estes sejam páreos a direitos individuais que costumam operar em prol de uma estruturação social desigual. Dessa feita, Mastrodi explica que a teoria dos direitos fundamentais tem seu valor, mas que deve-se reconhecer que alguns valores se mostram mais exitosos no processo histórico, de modo que os direitos fundamentais que os encapsulam, não obstante formalmente iguais, não usufruiriam de igualdade em termos materiais (2014).

Nesse sentido, o que determinaria o sucesso de um sobre o outro em uma situação casuística seria a forma como o conteúdo dos direitos em colisão dialoga com o padrão normativo da sociedade (MASTRODI, 2014). A admissão dos valores e interesses priorizados na escolha entre direitos fundamentais, relacionando tais interesses aos interesses estruturantes da sociedade seria fundamental porque o parâmetro para se escolher entre esses direitos deve interagir com a realidade social como ela é e com as vontades dos grupos sociais (MASTRODI, 2014). Haveria um problema com uma ponderação que apenas elege um critério que favoreça o Direito A em conflito com o Direito B com o objetivo de dar uma aparência de legitimidade para a escolha feita, sendo necessária transparência sobre quais são os interesses subjacentes à aquele critério para que se ofereça maior racionalidade ao critério (MASTRODI, 2014).

Daniel Sarmento fala de um fenômeno que se desenrolaria no cenário do neoconstitucionalismo, denominado panconstitucionalização, o qual consiste na interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário e que integraria parte do problema que dá azo a um ativismo judicial que subverte o desejo popular, suplantando-o pela vontade do julgador (p.18). No escopo deste fenômeno, encontra-se a conduta de julgadores se aproveitarem da abertura semântica de princípios e direitos fundamentais para tomarem decisões negligentes no que tange a sua fundamentação racional e bem justificada ou mesmo para preterir regras incidentes cuja aplicação reforçaria a segurança jurídica e previsibilidade das relações na sociedade (SARMENTO, p. 15). Nessa toada, mesmo se em um dado caso caiba a aplicação de determinado princípio jurídico, a ausência da fundamentação pode vir a culminar em decisões futuras desprovidas de uma explicação que comprove a efetivação dos valores priorizados no ordenamento, o que contribui para a insegurança jurídica e aumenta a possibilidade de decisões arbitrárias (SARMENTO, p. 16).

Portanto, nas situações em que a regra é clara e o encaixe perfeito, de modo que o caso não incorpore maiores complexidades, o intérprete deve procurar aplicar a regra. Os princípios, devido a sua abertura semântica, são vagos e indeterminados, justamente porque podem ser aplicados a diferentes situações dando plasticidade ao Direito, mas por sua vagueza e indeterminação, faz-se vital a justificação devida da sua aplicação ao caso concreto para garantir segurança jurídica e evitar que o Direito seja muito “solto”.

Nessa linha de raciocínio, ceifa-se o espaço de escolha política do legislador como se a Constituição já decidiu efetivamente sobre todos os aspectos da vida social, se arvorando para cobrir as escolhas que, pela natureza do arranjo do Estado Democrático de Direito, competem aos cidadãos ou aos seus representantes eleitos (SARMENTO, p.18)

Outra consequência dessa constitucionalização demasiada do Direito seria a expectativa de perseguição de elevados e belos ideais morais na esfera privada em nome da efetivação da Constituição (SARMENTO, p. 18)). No Brasil, a noção de que os direitos fundamentais possuem o condão de vincular o indivíduo e não apenas o Estado já angariou aceitação ampla e os direitos fundamentais operam nas relações privadas com eficácia direta e imediata (SARMENTO, p. 18). A Constituição seria aplicada às relações privadas, sem necessidade de intermediação de medidas legislativas, podendo criar obrigações positivas ou negativas não somente para os poderes públicos, mas também para particulares, logo, a sociedade se atenderia ao chamado de honrar a dignidade da pessoa humana de uma forma mais completa (SARMENTO, p. 18).

Sarmiento alerta: uma das consequências desse reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição é o risco, que não deve ser ignorado, de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamentos e estilos de vida que elas próprias rejeitam, em detrimento da sua liberdade existencial (SARMENTO, p.18-19). Como exemplo exagerado mas ilustrativo de uma ingerência tirânica pelo Direito na vida das pessoas, se poderia pensar na aplicação do princípio da solidariedade social como forma de obrigar as pessoas a demonstrarem ter sentimentos e afeições que não possuiriam organicamente (SARMENTO, p. 18-19). A constitucionalização exacerbada, neste sentido, poderia converter-se num pretexto para o exercício de um paternalismo anti-liberal, em que as pessoas seriam forçadas a conformarem-se às expectativas sociais forjadas a partir de pautas de ação "politicamente corretas", com apoio na Constituição (SARMENTO, p. 18-19).

Comentando sobre a realidade brasileira de modo específico, Sarmiento aponta como a cultura brasileira é marcada pelo “jeitinho brasileiro” e pelo patrimonialismo, de modo que o público e o privado se confundem não havendo limites entre essas searas (SARMENTO, p. 16). Ele cita o conceito de “homem cordial” do historiador Sérgio Buarque de Holanda, alegando que o brasileiro seria mais adepto a estas manobras que circunventam a ordem com base nas relações pessoais de amizade e família, replicando a dinâmica destas em outras esferas sociais e minando o cumprimento impessoal de regras (SARMENTO, p. 16).

Essa seria a singularidade da cultura brasileira que colocaria em perigo a utilização em peso da aplicação de princípios na hermenêutica jurídica, no sentido de que poderia significar que não se atua de forma neutra em relação a todos os cidadãos e que os detentores do poder e os seus favoritos tendem a ser privilegiados em comparação aos outros grupos da sociedade, traço cultural que poderia se espalhar para o Direito na prática com a “invocação frouxa e não fundamentada de princípios” (SARMENTO, p.16).

4.4 O CASO *MARBURY VS. MADDISON* E A FALTA DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO E CONCEPÇÃO ESTADUNIDENSE E A FORMA BRASILEIRA.

Em 1800 Thomas Jefferson venceu as eleições americanas, derrotando seu oponente John Adams, ocupante do cargo à época e que buscava a reeleição (TEIXEIRA, p. 68). Jefferson sagrou-se o novo presidente eleito dos Estados Unidos e em um movimento tático para manter a influência do seu governo nos anos seguintes, Addams cuidou de aprovar junto ao Congresso Nacional americano, de maioria Federalista naquele tempo, uma legislação nova denominada *Court Circuit Act*, a qual modificava a composição dos tribunais e criava novos cargos de

magistrados federais (TEIXEIRA, p. 68). Addams conseguiu fazer uso da outorga de poderes para nomeação de juízes de paz conferida por essa lei antes do fim do seu mandato, assinando os atos de investidura dos novos juízes no último dia de seu governo (TEIXEIRA, p.68).

Cabia ao seu secretário de Estado, John Marshall, a tarefa praticamente impossível de adicionar aos atos de nomeação os selos oficiais e vê-los entregues aos sujeitos nomeados, no último dia antes da transferência de poder (TEIXEIRA, p. 68). Marshall e sua equipe trabalharam madrugada adentro na tentativa de cumprir a árdua missão e o corpo de magistrados nomeados nessa ocasião ficaram conhecidos como “midnight judges” ou juízes da meia-noite, por esse motivo (TEIXEIRA, p. 68).

Quando os representantes do povo recém eleitos assumiram seus cargos, a “maré virou” e os Republicanos derrubaram a anterior maioria Federalista no Congresso Nacional e revogaram o Circuit Court Act ocasionando a extinção dos cargos que haviam sido com base nele, havendo o desapossamento daqueles que já haviam assumidos suas novas funções (TEIXEIRA, p.69). O novo Presidente Thomas Jefferson recusou-se a reconhecer a legitimidade das nomeações de juízes decorrentes do Circuit Court Act e seu Secretário de Estado, James Madisson, deliberadamente deixou de entregar os atos de investidura aos juízes que haviam sido nomeados no governo predecessor (TEIXEIRA, p. 69).

William Marbury foi um dos prejudicados pela briga política, tendo sido um dos juízes que haviam sido nomeados no governo anterior e que não chegou a pôr as mãos no seu ato de investidura pelo entrave posto pelo novo governo (TEIXEIRA, p. 69). Marbury acionou então a nova administração perante a Suprema Corte, requerendo a sua investidura no cargo para o qual foi indicado (TEIXEIRA, p. 69). O caso ficou conhecido como Marbury vs. Maddison devido aos sobrenomes do juiz não nomeado William Marbury e o Secretário de Estado de Thomas Jefferson, James Maddison, que se recusou a proceder com os atos de investidura (TEIXEIRA, p. 69).

A Suprema Corte americana exarou veredito, em 1803, concluindo que embora de fato tivesse havido violação ao direito do autor de ser investido no cargo para o qual foi regularmente nomeado por autoridade competente (Presidente da nação) com os selos oficiais tendo sido devidamente afixados aos papéis de nomeação, a Suprema Corte não teria competência para efetivamente decidir o mérito do caso e estipular a investidura (TEIXEIRA, p. 69). Isto porque, entendeu-se que o remédio constitucional utilizado por Marbury para pleitear diante dela naquele caso, o *writ of mandamus*, fruto do art. 13 da Lei Judiciária dos Estados Unidos de 1789, era inconstitucional pois violava as hipóteses previstas de competência originária da

referida Corte maior, na Constituição estadunidense, ali dispostas de maneira taxativa (TEIXEIRA, p. 69).

O caso foi um marco no tema do ativismo judicial, inaugurando o fenômeno por ter sido um grande exemplo de situação em que o Judiciário se posicionou contra a validade e aplicação de uma lei produzida democraticamente através do Poder Legislativo, por julgar que esta iria de encontro com a Constituição do país, invenção que não encontrava respaldo na Constituição estadunidense, que não prevê o controle de constitucionalidade (TEIXEIRA, p. 45, 73, 91 97, 115).

Yuri de Mattos Mesquita Teixeira refuta as ideias do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso sobre o caso *Marbury vs. Maddison* e o fenômeno do ativismo judicial no Brasil como um todo, destrinchando a tese proclamada pelo Ministro de que o exercício da jurisdição constitucional nos Estados Unidos, exemplificado em decisões como *Marbury vs. Maddison*, teria iluminado os holofotes no Poder Judiciário e promovido uma atuação maior deste em benefício dos direitos fundamentais (2022, p. 90-91). Teixeira contesta, no mais, a afirmação de Barroso no sentido de que existiria um problema na postura ativista voltada a exaltação dos direitos fundamentais encontrar resistência no Brasil, atribuindo essa desconfiança a uma virada conservadora defensora de uma interpretação estrita da Constituição e da autocontenção judicial (2022, p.90-91).

Por último, o autor rechaça o pensamento de Barroso de que seria importante o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tomar um protagonismo em favor de inaugurar novas conquistas democráticas, suprimindo déficits de representatividade do Legislativo e combatendo a hegemonia do executivo (2022, p.91).

Teixeira explana a ausência de correlação entre o caso *Marbury vs. Maddison* com uma atuação mais ativista em prol dos direitos fundamentais, assinalando, com escorço no livro *The Activist* de Lawrence Goldstone, extensamente amparado em documentos históricos de suma relevância, que a decisão teve como pano de fundo e motivação real a disputa política entre Republicanos e Federalistas (2022, 70-71).

Teixeira acrescenta que precisamente por essa razão a decisão foi repleta de “anomalias” facilmente identificáveis como a realização do reconhecimento prévio do direito da investidura no cargo do autor seguido de um “exame preliminar posterior” da competência da Corte para proferir determinação de obrigação de fazer quanto ao mérito, notadamente de garantir que o autor tomasse posse, por conta da sua ausência de competência (2022, p.71). Reconhecida a

inexistência de competência originária da Corte para julgar a demanda, a ação tampouco foi remetida para a respectiva unidade do Poder Judiciário competente, sendo o processo extinto em lugar disso (TEIXEIRA, p.71).

A razão de ser dessas “peculiaridades” estaria no fato de que não teria sido a inconstitucionalidade da lei responsável por outorgar competência a Suprema Corte para exercer o poder jurisdicional originariamente sobre aquele remédio, que teria levado ao veredito, mas sim a vontade da Corte, composta por Federalistas e cabeçada por ninguém menos que John Marshall, ex-Secretário de Estado de John Addams e que possuía inclusive conflito de interesses com a demanda por estar envolvido no processo de nomeação dos magistrados afetados pela recusa do novo Secretário de Estado americano, James Maddison, de dar posse aos juízes nomeados pelo governo anterior (TEIXEIRA, p. 71-72, 92).

A decisão da Suprema Corte, ao não decidir o mérito da contenda, cuidadosamente teria acuado o novo Presidente Thomas Jefferson, deixando-lhe numa “verdadeira sinuca” (TEIXEIRA, 71-72). Jefferson teria de escolher entre empossar William Marbury como juiz e contrariar a decisão, negando a existência de poderes da Corte para anular leis e atos do Legislativo e Executivo, voltando atrás na sua opção por negar a posse aos juízes nomeados pelo governo Federalista de John Addams, o que significaria conceder uma vitória política importante aos Federalistas, ou ele aceitava a decisão da Suprema Corte e deixava de satisfazer o direito nela reconhecido de empossamento de Marbury por ela não determinar cogentemente a obrigação de satisfação (TEIXEIRA, 71-72). Porém, essa última alternativa implicaria no reconhecimento de poder, não previsto textualmente na Constituição Estadunidense, da Corte de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos dos Poderes Legislativo e Executivo (TEIXEIRA, 71-72).

Como é sabido, conflitado entre as duas alternativas “ruins”, Jefferson optou por não empossar William Marbury, consagrando o controle de constitucionalidade estadunidense (TEIXEIRA, 71-72). Assim, Teixeira ressalta, nesse sentido, que tudo isso nada tinha a ver com uma preocupação de avançar os direitos fundamentais, mesmo porque o direito pleiteado na ação sequer foi concedido, mas sim com o atendimento a agenda política dos envolvidos (2022, P.71-72).

Quanto a segunda parte da tese ventilada por Barroso, de que haveria algo errado no questionamento no Brasil, do ativismo judicial, pois isso se daria em virtude dos interesses de grupos conservadores em detrimento do avanço dos direitos fundamentais, tratando o conservadorismo como um paradoxo nesse contexto (TEIXEIRA, 91). Acontece que, como

ilustra Teixeira, Barroso inicialmente prega uma americanização do direito brasileiro no tocante a aceitação da postura ativista e depois fala da relutância em abraçar o ativismo como um comportamento de natureza conservadora (2022, 91-92). No entanto, o ativismo judicial nos estados unidos é construído em cima de uma cultura filosófico-político conservadora (TEIXEIRA, p.91-92).

O sistema constitutivo do Direito Americano, o *common law*, influenciado pelo pensamento conservador, é todo formulado com base no respeito aos costumes e a tradição (TEIXEIRA, p. 85-85, 92-93). O conservadorismo entende que o poder deve surgir de baixo para cima, de forma que as normas de uma sociedade advenham do seio da comunidade, emanadas das experiências empíricas exitosas daquilo que funcionou ou não ao longo dos anos (TEIXEIRA, p. 86-87). As tradições do povo, testadas e aprovadas, são confirmadas e legitimadas pelos precedentes, de modo que esses terminam por reconhecer boas práticas de convívio social (TEIXEIRA, p. 85-87).

O Brasil possui um sistema jurídico de *civil law*, que não foca em identificar na realidade social costumes de sucesso, mas sim nas prescrições feitas na lei e na Constituição (TEIXEIRA, p. 87). O resultado é que, quando a lei e o texto constitucional apresentam lacunas, falhando no impossível intuito de contemplar todos os conflitos sociais, sobra maior espaço para se “criar” o direito, não havendo na racionalidade desse sistema jurídico o mesmo apego a tradição do povo (TEIXEIRA, p.87). É daí que saem discursos, no Brasil, que admitem abertamente uma suposta necessidade de criação do direito pelo Poder Judiciário para propalar nobres propósitos e causas, como os direitos fundamentais (TEIXEIRA, p.76, 91)

Por derradeiro, o autor aponta que Barroso negligencia o debate fervoroso ainda travado nos Estados Unidos nos dias de hoje acerca da temática, longe de pacificada, ao sugerir que o modelo ativista é amplamente abraçado nos Estados Unidos (TEIXEIRA, p. 92). O artigo de Schlesinger de décadas atrás ainda traduzindo um embate vivo na atualidade entre simpatizantes da autocontenção e do ativismo (TEIXEIRA, p. 93).

As considerações de Teixeira a respeito da saga do caso *Marbury vs. Maddison* e dos apontamentos de Barroso sobre o assunto foram abordadas aqui com fins de fortalecimento do ponto de que, como bem aquilatado por Teixeira, existe uma tendência equivocada por parte da doutrina nacional, no sentido de importar as lições do exterior sem um estudo profundo de como esses conceitos e técnicas ensinados se relacionam com particularidades do país de origem, de veia histórica, cultural e jurídica, gerando a assimilação equivocada desse conteúdo no direito brasileiro. De resto, cabe lembrar que os Estados Unidos, a título de exemplificação adicional,

possuem uma Constituição de mais de dois séculos, promulgada em 1789, com apenas setenta e dois dispositivos, contabilizadas as emendas constitucionais e foi emendada apenas 27 vezes durante toda a sua história (TEIXEIRA, p. 77).

A realidade constitucional brasileira não poderia ser mais diferente, em 200 anos de cultura constitucional no Brasil, desde a independência de Portugal, o país experimentou 7 constituições distintas, a última sendo a de 1988, em vigor atualmente, contando com um enorme acervo de capítulos, divididos em seções, divididas em subseções, reunindo um total de setecentos e sessenta enunciados juntando a soma dos artigos, parágrafos, alíneas e incisos nela contidos (TEIXEIRA, p. 77-78). A Constituição Federal, promulgada há cerca de três décadas e meia, já foi emendada mais de 100 vezes nesse período (TEIXEIRA, p. 78).

Não só há essa diferença gritante na extensão das duas Constituições, como a Constituição Brasileira, em seu grande tamanho, também maneja ser extremamente analítica, versando sobre pormenores casuísticos até, relegando menos para os dispositivos infraconstitucionais (TEIXEIRA, p. 78). No direito americano, por sua vez, o texto constitucional é bem mais “enxuto”, por isso faz maior uso de uma linguagem abstrata (TEIXEIRA, p. 91). A necessidade de se conformar a realidade corrente um texto tão antigo e generalista como a Constituição americana, de mais de dois séculos, via a interpretação jurídica, é natural (TEIXEIRA, p. 91).

Até porque, a Constituição estadunidense também demanda um dificultoso processo para a aprovação de emendas, incluindo a necessidade de aprovação da alteração por dois terços do Congresso Nacional e do Senado Federal ou então a aprovação pelas assembleias dos estados-membros, igualmente pelo quórum de dois terços (TEIXEIRA, p. 84). No Brasil, basta um terço da Câmara dos Deputados ou do Senado para deflagração do processo de emenda da Constituição de 1988 e iniciado o procedimento, aprovação, em dois turnos de três quintos dos membros da Câmara e do Senado ou a aprovação das assembleias de três quartos dos estados-membros (TEIXEIRA, p. 84).

Teixeira enumera de brilhantemente os defeitos com a desconsideração das realidades filosófico, histórico, culturais e jurídicas que separam o ordenamento brasileiro e o americano (2022, p. 97-98). São estes: 1) a interpretação da Constituição brasileira com extenso e exagerado apoio nas noções pessoais de moral do magistrado, “interpretação moral subjetiva”, em vez da inspiração na moral estruturada pela sociedade através de costumes consolidados, “interpretação moral objetiva”; 2) a conduta de pôr em prática essa interpretação moral subjetiva mesmo quando as normas esboçam uma linguagem clara e precisa, nada abstrata,

fazendo a decisão judicial contradizer o Direito democraticamente estabelecido; 3) impressão de poder mudar o Direito através da interpretação moral subjetiva, em prejuízo do processo de alteração do texto constitucional (TEIXEIRA, 97-98).

5 DO IDEAL DE JUSTIÇA E A SUA CONCEITUAÇÃO

O Direito é uma ciência social. As leis têm como pano de fundo questões humanas. Não é uma matemática exata ou uma fórmula de química ou física. Para conferir o tratamento adequado às situações de atrito no convívio humano, é importante avaliar questões sociais de forma ampla, procurando um entendimento profundo do caso sob julgamento explorando como este se relaciona com a dinâmica da sociedade. A experiência prática do magistrado, enquanto ser humano integrado na sociedade, o socorre nesse esforço, possibilitando que este tenha ciência das emoções humanas que determinados fatos costumam despertar e tenha uma visão esclarecida sobre os interesses em jogo.

Cada pessoa carrega consigo uma subjetividade própria, uma essência única que não se repete nas demais, pois por mais que comungue de características comuns com outros indivíduos, a história de cada ser humano é única. Não há como a experiência de uma pessoa ser completamente idêntica à de outra, mesmo se tratando de irmãos, nascidos no mesmo núcleo familiar, a ordem de nascimento já os separa, são pessoas diferentes, que não estarão lado a lado o tempo todo durante o curso de toda a sua vida. Assim, vai se formando a história de cada um, que não há como ser igual. A maneira como cada indivíduo encara e internaliza as suas experiências é igualmente única. Sabe-se que duas pessoas que passam por uma mesma situação podem reagir a esta de maneiras diferentes, o que pode ter a ver com a essência ou visão de mundo que cada pessoa possui, ou com as vivências de cada um.

A identidade do indivíduo, na posição aqui adotada, não é fruto apenas de uma construção social, embora haja influência das experiências sociais sobre o indivíduo que colabora com o seu desenvolvimento, o indivíduo escolhe seus caminhos e faz as suas escolhas de acordo com a sua personalidade e vontade.

A história mostra, no entanto, que o ser humano compartilha muito com seus pares e que parece haver uma rede invisível de ideais que os conecta. A geografia e a cultura podem separar sociedades humanas, mas é inegável que mesmo com essas fronteiras, o ser humano é muito parecido, não sendo à toa que a história se repete, até mesmo em lugares diferentes. A

individualidade da pessoa humana coexiste com a ideia da existência de características inerentes a todos os seres humanos. Ambos são importantes para o Direito, que precisa julgar atos de acordo com padrões de comportamento, ideia que por si própria, sugere que haveria um código de conduta universal. Deixar de amoldar a regra, de caráter universal, às particularidades do caso concreto, faria do direito um instrumento ineficiente de controle social pois estaria demasiadamente distante da realidade, o que causaria frustração e revolta.

O Direito precisa, para ser justo, estar próximo da sociedade e por isso o positivismo, sozinho, é uma resposta insatisfatória para as perguntas que a vida em sociedade impõe. Apesar disso, este tem o seu valor ao lembrar o operador do direito da importância das regras, todavia isto, por si só, não atende as demandas enfrentadas pelo direito, tendo em vista que as regras nem sempre são perfeitas, já que o ser humano que as cria também não é. A vida em sociedade é complexa e o ser humano é complexo, ignorar isso resulta em uma prestação jurisdicional que deixa a desejar, especialmente nos casos de maior complexidade, que impõem ao julgador um verdadeiro exercício de sabedoria.

Um julgador despido de emoção, alheio as várias possibilidades que a vida humana sugere do que pode ter ocorrido que dera ensejo a lide, corre sério risco de converter o Direito numa ciência fria e robótica, mecanicista quando “lidar com gente” demanda mais que isso.

Certo é que a emoção, se não contida pela razão, tem o poder de cegar, mas a emoção também pode ser uma ferramenta, uma aliada na promoção da justiça, desde que não o domine, e sugerir que tudo aquilo que envolve alguma emoção automaticamente confere a tarefa como um todo como algo subjetivo e, portanto, inválido, é ignorar o código comum a todos os seres humanos, a ideia de que há elementos da existência humana que são universais e de uma verdade atemporal. O jusnaturalismo já sofreu duras críticas, mas as noções de homem médio e padrão de comportamento persistem no Direito, sugerindo que não fora rechaçado como um todo.

A justiça pode ser vista como o triunfo do bem sobre o mal. O problema residiria em determinar o que constitui o bem e o que constitui o mal. Os conceitos de virtudes, características positivas que devem ser bem-vistas e encorajadas para a disseminação do bem e o conceito de vícios, ou características negativas que merecem repúdio e alguma medida de punição para fins de desencorajar as mesmas, apresentam-se como a chave para a solução do impasse e a crença na imutabilidade de algumas ideias sustenta o sistema jurídico, a própria necessidade de segurança jurídica torna isso preciso.

O Direito não pode ser de todo incerto e nem tudo pode ser relativizado, apesar de que há quem pense o contrário, o que é saudável pois o questionamento permite o avanço das fronteiras do conhecimento humano.

Justiça é uma palavra forte que evoca naquele que a escuta ares que sopram ventos que sugerem uma impressão de certa “finalidade”, mas também ideias de bravura e honra. Fazer justiça nem sempre vai importar num final feliz para aqueles alcançados pela decisão judicial, as vezes dado os eventos que perfazem o caso posto ao exame judicial, é tarde demais para isso e uma tragédia grande demais para ser completamente evitada recaiu sobre os envolvidos. Mesmo assim, ainda se mostra importante para muitos familiares de vítimas de assassinato na arena penal, por exemplo, que clamam por “justiça” em nome de seus entes queridos cruelmente abatidos.

À justiça cabe proferir a palavra final em diferentes situações. As pessoas clamam por justiça pois essa possui o mister de restaurar o equilíbrio na sociedade, fazendo, a certo modo, com que o mundo “faça sentido” novamente nessa medida. Toda ação gera uma reação ou consequência e quando transgredir a lei deixa de gerar consequências indesejadas e desagradáveis para os ofensores, reina uma sensação de impunidade e insegurança que incomoda profundamente os cidadãos, não só pelo sentido prático da questão referente ao perigo de aumento da criminalidade, como também na frustração reportada a dimensão valorativa do problema. As pessoas anseiam por uma resposta ao injusto porque é preferível viver em um mundo no qual boas ações são recompensadas e a maldade é condenada e punida.

O peso carregado por essa palavra e o idealismo que a circunda, contam de uma ideia de perfeição que torna difícil traçar com precisão o conceito de justiça. Ainda assim, é um esforço vital no contexto deste trabalho para eliminar alguns dos problemas da vagueza na ciência jurídica que ele mesmo busca realizar um alerta sobre.

5.1 DAS CONTRIBUIÇÕES DE ARISTÓTELES, SÃO TOMÁS DE AQUINO E ULPIANO EM PROL DA COMPOSIÇÃO DE UM RETRATO MAIS CONCRETO DO CONCEITO DE JUSTIÇA

Este tópico examina, ainda que de forma não exaustiva, algumas das principais visões acerca do que preencheria o conceito de justiça ao longo da história do pensamento jurídico, político, filosófico e teológico, com vias de se construir um desenho do modelo de justiça adotado neste trabalho.

São Tomás de Aquino traça uma distinção entre a justiça e as demais virtudes morais, defendendo que seria possível supervisionar o cumprimento das virtudes de ordem moral analisando as particularidades do agente envolto em uma dada situação que reclamasse tal virtude (p. 1328). A temperança, por exemplo, virtude relacionada ao controle de instintos descomedidos e impulsivos e paixões exageradas, na ingestão de alimento e consumo de bebidas, seria medida de acordo com a constituição física de cada um, encontrando-se um “meio-termo” ou quantidade ideal a depender da capacidade física do agente (AQUINO, p. 2085). De igual maneira, a virtude da fortaleza, física ou espiritual, poderia ser medida conforme o grau de recursos auxiliares disponíveis a cada indivíduo, a trajetória pessoal de cada um e os “dons” e características de caráter demonstrados por este (AQUINO, p. 2557).

Se tratando da virtude moral da justiça em particular, por outro lado, o seu “meio-termo” ou ponto identificador teria a ver com a natureza da coisa. Se um sujeito rouba uma quantia ou toma emprestado uma soma de outro, este deve o valor do acréscimo ao seu patrimônio e possui a obrigação de devolvê-lo, restaurando o “meio-termo” original entre os indivíduos (AQUINO, p. 2095-2096). A justiça, em muitos sentidos, lida com aquilo que é invariável, pois diz respeito, precipuamente com as “coisas” ou relações de trocas de bens ou valores entre pessoas e por mais que, no caso concreto, possam entrar em campo variantes relacionadas aos agentes que modifiquem a análise do caso pelo julgador, a forma como cada sociedade enxerga que essas relações devem ser conduzidas usualmente costuma ter um peso enorme sobre a leitura do caso (ARISTÓTELES, 2016, p. 111-138).

O Direito Natural, para Aristóteles, não tem como fonte a vontade de quem edita as leis mas sim da natureza das coisas (2016). Essa natureza deve inspirar as leis prescritas pois a matéria tratada pela lei possui a mesma natureza entre todos na comunidade (ARISTÓTELES, 2016, p.126-127). Se algo deve ser ordenado ou proibido em razão desse algo ser em si mesmo, certo ou errado, como ajudar alguém que precisa desesperadamente de auxílio (certo) e roubar (errado) esse algo pertence ao campo de preocupações do Direito Natural (ARISTÓTELES, 2016, 111-138). Entretanto, se o que determina a proibição ou prescrição de uma determinada coisa depende apenas da vontade dos responsáveis pela confecção das leis, sem que a prescrição emane da própria natureza da coisa, mesmo que haja alguma utilidade em se comanda-la ou veda-la, essa coisa se relaciona com a esfera do Direito Positivo (ARISTÓTELES, 2016, 111-138).

São Tomás de Aquino divide a justiça entre justiça distributiva e justiça comutativa. A justiça distributiva, conforme ele, consiste no dever de divisão proporcional dos bens

excedentários da república entre os seus membros, que fazem jus a sua “cota parte” pelo simples fato de serem parte da comunidade (p. 2124-2129). Já a justiça comutativa tem como origem título diverso a simples condição de membro da república, o qual garante a cada um aquilo que é seu de direito (AQUINO, p. 2124-2129).

Para São Tomás de Aquino e Aristóteles em *Ética a Nicomâco*, não basta praticar a justiça, é preciso desejar a justiça. Uma ação somente será um ato de justiça se a intenção por trás da ação for “bela”, isto é, almeje a justiça como um fim em si próprio. Santo Anselmo, no diálogo *De veritate*, capítulo 13, a conceitua como a retidão de vontade (1952). Essa abordagem se assemelha ao imperativo categórico kantiano.

Aristóteles diferencia a justiça formal ou legal, executada apenas para assegurar a lei, a ordem e o bem comum, vislumbrados na harmonia social mínima necessária ao convívio em sociedade, com o indivíduo contribuindo para o funcionamento do todo, da justiça enquanto valor que levaria ao progresso e a honra da nação sobre a qual recairiam as glórias provenientes do bom comportamento individual cultivado de forma sincera (2016). Os cidadãos e os governantes deveriam aspirar a caridade e a retidão de vontade, amar o bem e o belo e procurar segui-los (ARISTÓTELES. 2016, p. 111-138)). De modo similar, as leis postas pelo homem, segundo a bíblia, mormente em São Paulo Epístola aos Romanos 2, devem espelhar essa justiça. Como resultado, não se faz suficiente que seja meramente cumprida, esta deve ser cumprida valorosa e meritoriamente.

O jurista romano Ulpiano define justiça como guardar o objetivo de levar uma vida honesta, não prejudicar o próximo e dar a cada um o que é seu (2002). O justo é aquilo que é equo, que representa equilíbrio entre as pessoas, tendo como oposto o iníquo, que significa injúria em relação ao próximo (ULPIANO, 2002). Essa acepção de justiça constitui uma base para a conceituação dessa virtude sonhada por todas as sociedades.

O ponto seguinte deste capítulo se predispõe a estudar o pensamento de Hans Kelsen, Chaim Perelman quando jovem e Alf Ross, a respeito da temática, cuidando de apresentar a visão desses autores no sentido da inviabilidade de uma definição apurada de justiça. Este trabalho decidiu por tocar nessa concepção descrente quanto a possibilidade de se retirar ou ao menos diminuir significativamente o grau de abstração do conceito de justiça, por entender que tal empenho fornece um contraste frutífero a tentativa de conceituação feita nesse capítulo, retomada e mais bem desenvolvida no ponto 5.3.

5.2 A SUBJETIVIDADE DOS VALORES E A CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE SE TER A JUSTIÇA COMO UM VALOR VERIFICADA NA SUA FACE MERAMENTE PROCEDIMENTAL VAZIA DE CONTEÚDO SUBSTANTIVO EM KELSEN, PERELMAN E ALF ROSS

Na visão de Hans Kelsen, o Direito seria uma forma de organização social e a Justiça seria um conceito valorativo que decorreria da moral. Kelsen desenvolve o conceito de normas de justiça, as quais consistiriam em normas que prescreveriam determinados comportamentos dos indivíduos para com os outros, comportamentos estes associados a moral.

Lacerda (2015, p. 68) explana que segundo a ideia de Kelsen, o ordenamento normativo de um país seria justo se permitisse que as pessoas obtivessem a felicidade, contudo, haveria um problema nisso em virtude do fato de que cada um cultiva uma ideia própria sobre o que pode fazê-las felizes e quais interesses as movem, trazendo-as realização pessoal, também discordando sobre quais objetivos devem ser priorizados em relação a outros e a importância que cada interesse deve possuir.

Desse modo, Lacerda (2015, p. 67-81) discorre sobre como para Kelsen, matérias como a felicidade, atinentes a valores e interesses, não poderiam ser abordadas e resolvidas a partir de uma perspectiva racional, uma vez que estas questões só podem ser deslindadas partindo de um juízo de valor de cunho eminentemente emocional e, por conseguinte, particular a cada indivíduo. Assim, toda vez que dois valores de grande importância estivessem em choque e fosse necessário optar por um ao invés do outro, o indivíduo tenderia a optar por aquele que mais dialogasse com seus sentimentos e despertasse a sua empatia. Kelsen (1951, p.251) explana que a discordância acerca da superioridade de um dado valor frente a outro possuiria uma natureza subjetiva e emocional, descrevendo a impossibilidade de se optar por um desses juízos de valor discordantes ao invés do outro utilizando-se de uma racionalidade científica, pois ao fim e ao cabo de tudo, o sentimento e a vontade humana prevaleceriam sobre a razão, com o lado emocional da consciência decidindo o conflito.

Nessa toada, Lacerda (2015, p. 69) relata a teoria kelseniana de que os juízos de valor estariam impregnados pela emoção, em contraste com os juízos de fato, marcados pela racionalidade e verificação empírica. Todavia, é pontuado por Lacerda (2015, p. 69) que de acordo com Kelsen, o fato de pessoas, por vezes, reunirem-se em grupos de acordo com crenças compartilhadas e concordarem não transformaria esses juízos de valor em juízos objetivos.

Desta forma, Lacerda (2015, p. 68-70) retrata como no pensamento de Kelsen haveria uma impossibilidade de se reputar valores morais como absolutos devido a possibilidade de colisão entre os mesmos, a paz sendo criada pela aplicação proba do direito positivo, subsumindo as situações as hipóteses normativas em que estas se enquadrariam e aplicando a consequência resultante, de modo que a justiça diria respeito ao modo de aplicação das normas, denominado legalidade, e não ao seu conteúdo. Portanto, de acordo com Kelsen (1951, p.261), ordenamento jurídico justo deve ser aplicado em consonância com as disposições contidas nele próprio.

Lacerda (2015, p. 71) relata que, segundo Alf Ross, o conceito de Justiça pode ser definido pela regularidade, ou seja, pela utilização da norma de forma adequada em cada situação, isto é, conforme o critério relevante adotado como medida para discernir a aplicabilidade da norma a situação. Nesse rumo, não haveria como se realizar um debate racional em torno do caráter justo ou injusto de uma dada norma, tendo em vista que a adoção de qualquer posicionamento por um sujeito implicaria em um esforço velado de convencimento ideológico e não em uma defesa fundada na logicidade (LACERDA, 2015, p. 71).

Sendo assim, Lacerda (2015, p. 71) elucida que, para Ross, qualquer discussão sobre a justiça de uma norma não seria conducente ao diálogo, pois a justiça evoca a emoção e a emoção cegaria a razão do sujeito, que tomado pelas paixões da parcialidade e o arrebatamento ideológico, buscaria fazer prevalecer a todo custo a sua concepção de justiça da norma, escolhendo o critério abraçado pela norma. Lacerda (2015, p. 67-81) assinala que na concepção de Ross, toda norma contém um critério relevante de aplicação e a justiça imporá que tudo aquilo que se enquadre na esfera do critério de aplicação de uma determinada norma seja objeto de incidência dessa norma.

Nesse panorama, a justiça estaria atrelada a igualdade (LACERDA, 2015, p. 70). A universalidade e uniformidade na aplicação consoante o critério relevante estabelecido ditariam a presença ou não da justiça e valorar sobre o caráter justo ou injusto do critério relevante eleito como parâmetro de emprego da norma seria um exercício inútil (LACERDA, 2015, p. 72). Nessa direção, Ross (2011, p. 346) aduz que a justiça não pode ser utilizada como qualidade atribuída as normas sob a guisa de um julgamento objetivo, pois trata-se de uma opinião desprovida de racionalidade.

A visão de Chaim Perelman converge com esse entendimento de Ross, Perelman (2005, p. 19) postula uma fórmula de justiça que batizou de justiça formal ou abstrata. Para ele, a igualdade demanda que se confira um procedimento equivalente frente a pessoas equiparadas

e, nesse sentido, unidas, por um determinado traço em comum (PERELMAN, 2005, p. 19). Lacerda (2015, p. 72-73) assinala, nesse viés, que Perelman postula a necessidade de ser dispensado um tratamento congruente e proporcional a essas pessoas que comungariam de uma dada característica. Lacerda (2015, p. 73) indica que Perelman não estabelece quais circunstâncias possuiriam o condão de reunir pessoas em uma mesma categoria, mas apenas criou seis fórmulas de justiça concreta que deveriam ser utilizadas como critérios na concepção do aspecto essencial escolhido como apto a unir pessoas em uma categoria.

Conforme explana Sebastião Patrício Mendes da Costa, as seis fórmulas são: a cada qual a mesma coisa, a cada qual segundo seus méritos, cada qual segundo as suas obras, cada qual segundo as suas necessidades, a cada um segundo sua posição e a cada qual segundo o que a lei lhe atribui (2013, p. 1-7).

A cada um a mesma coisa, significa que não deve haver qualquer tipo de discriminação entre os seres humanos, a cada um segundo seus méritos, aponta a necessidade de se organizar a sociedade e o tratamento dado as pessoas conforme categorias com base em méritos e deméritos, premiando-se os méritos e punindo-se os deméritos, a cada um segundo suas obras, traduz a necessidade de tratamento proporcional das pessoas de acordo com o resultado dos seus atos, o que quer dizer que cada um deve receber o fruto do seu trabalho, a cada um segundo as suas necessidades, o que se relaciona ao encorajamento da justiça social através do suprimento das necessidades humanas básicas, a cada um segundo sua posição, dividindo-se os seres humanos e a cada um o que a lei lhe atribui, que impõe a uniformidade na aplicação da lei em todas as situações que se enquadram na hipótese legal (COSTA, 2013).

Quando ocorre esse processo de aproximação de pessoas alocadas em categorias, Lacerda ilustra que na visão de Perelman nasceria uma norma no plano da razão que injetaria o dever racional de se promover o tratamento igual das pessoas inseridas em cada categoria, e esta norma poderia ser juridicizada (LACERDA, 2015, p. 73). Assim, há justiça em tratar cada categoria de pessoas conforme a norma na qual esta se enquadra, Perelman não chega, todavia, a ditar em quais termos se daria este tratamento equiparado que variaria de acordo com cada categoria ou em qual valor se basearia (LACERDA, 2015, p. 73).

Nesse sentido, Lacerda destaca o raciocínio de Perelman de que havendo, desse jeito, discordância sobre quais critérios deveriam determinar a formulação de uma categoria ou classe de pessoas, não haveria como se optar racionalmente por um em favor de outro, pois a última palavra seria da emoção já que todos os valores que estariam por trás dos critérios utilizados seriam providos de igual mérito se avaliados sob uma ótica estritamente racional (LACERDA,

2015, p. 73). Lacerda (2015, p. 72) descreve como na concepção perelmaniana, a existência de uma pluralidade de valores, igualmente possíveis atribuiria notas inafastáveis de arbitrariedade a qualquer decisão em prol de um desses valores em detrimento de outro. Nesse caminhar, frisa o autor que Perelman crê na tese de que o valor responsável por embasar a norma jurídica jamais poderia ser reputado como um produto de um raciocínio puramente lógico, livre de tons emotivos.

Lacerda (2015, p. 74) aponta então, que, devido a isso, a norma jurídica deve encontrar harmonia com o sistema normativo em que se insere, derivando-se da lógica presente no regramento citado, sua importância emergindo daí. A decisão judicial que cuida da concretização da norma, esclarece Lacerda, mediante a sua aplicação ao caso concreto, cumpre o papel de emprego regular da norma as situações para as quais esta foi concebida e abarca no seu escopo de contemplação, nos termos da categoria relevante elegida, sendo o que Perelman chama de três elementos formadores da noção de justiça: o valor usado como fundamento, a regra que enuncia o valor e o ato que o realiza (LACERDA, 2015, p. 72).

Lacerda (2015, p. 69) narra que, para Perelman, a justiça estaria, portanto, na regularidade da subsunção das situações fáticas a norma adequada, isto é, o seu enquadramento na hipótese legal destinada a abordar tal situação nos termos do critério e respectiva categoria adotados, sendo que a referida norma, que abrange a categoria em apreço deve ser derivada do sistema jurídico. A justiça, no que tange o valor, enquanto pilar axiológico, encarregado de atribuir validade material ao conjunto de normas de um ordenamento seria uma mera fantasia (LACERDA, 2015, p. 74). Isto porque, a justiça, pensada desta forma, seria irracional, uma vez que somente a emoção desencadearia a escolha de um caminho valorativo no lugar de outro na seleção de critérios para as normas voltadas para categorias.

Kelsen, Ross e Perelman consideram a justiça como passível de aferição racional apenas no que diz respeito a manutenção da lógica dos sistemas normativos e a aplicação racional das normas mediante regular emprego dos seus critérios a categoria relevante de indivíduos abarcados pelos mesmos, o critério dependendo do valor designado como prioritário. Este valor priorizado, incumbido de fundamentar a norma, não poderia ser reputado nem como justo nem como injusto, pois tal tentativa de caracterização não passaria de uma expressão opinativa eivada de subjetividade e descarga emocional, ainda que travestida de ares racionais. Para eles, quando dois valores se chocam, nenhum pode ser tomado como absoluto, sendo um exercício vão tentar justificar racionalmente a opção por um valor em confronto com outro, ambos padecendo de uma igualdade insuperável em termos racionais. O legalismo e o formalismo

seriam as únicas formas de justiça que podem ser verdadeiramente asseguradas por um ordenamento jurídico.

5.3 DA JUSTIÇA NA SUA DIMENSÃO MATERIAL TENDO COMO FONTE A LIBERDADE E IGUALDADE ALMEJADAS NAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS E SOCIAIS NA CONCEPÇÃO DE LACERDA

Bruno Amaro Lacerda (2015, p. 76-79) adverte sobre o risco de se depositar fê somente no cumprimento da justiça em sua dimensão formal, asseverando a possibilidade da palavra justiça e a qualidade de justo ser atribuída a descrição de conteúdo normativo, na forma da exigência de atendimento a igualdade entre os seres humanos. Haveria, portanto, legitimidade no respeito a essa igualdade entre os indivíduos e tentativas de autoritarismo ou de instituição de privilégios não gozariam dessa legitimidade pois feririam a igualdade entre os humanos.

Cabe, aqui, resgatar a teoria de Rawls de véu da ignorância, pois tal conceito elucida como o ser humano reconhece que a forma mais justa de se tomar decisões acerca de políticas públicas de impacto na sociedade é libertando-se do anseio tacanho de obter vantagem extra ou indevida às custas da desvantagem alheia e visando-se ao máximo favorecer a todos de maneira igual. Por este ângulo, a noção de véu da ignorância de Rawls, reforça, então, a ideia de que a condição humana traria consigo um valor próprio, cabendo a cada ser humano reconhecer no próximo esse valor a fim de proteger a espécie de tratamento básico que deve ser concedido a todos, perfazendo a dignidade. Este preceito valorativo da igualdade imanente a natureza humana ensejadora da necessidade de uma conduta fraterna entre os seres humanos, que não lesione tal liberdade e dignidade alheia, mas sim propicie uma coexistência harmônica das liberdades de todos, possuiria um caráter de objetivo na visão de Lacerda (2015, p.75-79).

O referido autor conjectura, à vista disso, a viabilidade de um valor possuir ordem objetiva, aduzindo que normas que ofendessem esse valor objetivo da igualdade entre as pessoas seriam injustas sob um viés objetivo, ainda que a “acusação” ou “protesto” de injustiça fosse pautada no seu fundamento (LACERDA, 2015, p.75-79).

O problema está em quando juízes evocam valores como o princípio da dignidade da pessoa humana, ligado intimamente a essa ideia de necessidade de um tratamento igual para as pessoas, como fundamento para criar inovações no ordenamento jurídico, pondo em xeque a qualidade democrática da jurisdição constitucional compreendida enquanto a atuação do Poder Judiciário em prol do cumprimento dos ditames da Constituição, notadamente mediante a proteção dos direitos fundamentais, incluindo o controle de constitucionalidade das leis e atos

com força de lei. É seguro afirmar, desta maneira, que a jurisdição constitucional contribui para a perpetuação do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de intelecção, o princípio da instrumentalidade do processo pode ser listado como um argumento de peso em prol da prática de adoção de uma atitude ativista por magistrados (BRANCO, 2020). O princípio citado preza pela função sociopolítica e jurídica do processo, com leituras, sociais, políticas e jurídicas podendo influir sobre o mesmo, que também não deve ficar preso em demasia as formalidades processuais sob pena de afluir em uma técnica insensível à realidade (BRANCO, 2020). Para a instrumentalidade do processo, o processo não possui um fim em si mesmo identificado em dirimir a controvérsia jurídica na qual as partes encontram-se envoltas pela aplicação da norma devida, mas guarda uma função social, de atender, no exercício da prestação jurisdicional, aos fins sociais que embasam a legislação e as exigências do bem comum (TRINDADE e MORAIS, 2011, p. 159).

Nesse contexto, não caberia ao juiz ser mero espectador do conflito judicial havido entre as partes, o juiz também ocuparia o papel de protagonista na celeuma ao passo em que age em favor do domínio do interesse público (TRINDADE e MORAIS, 2011, p. 159), valendo-se dos mais variados procedimentos hermenêuticos para alcançar este fim. O juiz é visto, nessa lente, como um sujeito dono de uma compreensão profunda da sociedade, capaz de ler o cenário social de seu tempo e espaço com grande acúmen e detectar as convicções coletivas que prevalecem na comunidade sobre os seus rumos e valores (DINAMARCO, 1987, p. 279-289.). Dessa feita, quando a “lei falhar” no encargo de proporcionar uma solução socialmente consciente a lide, não tendo ainda alcançado o nível de consciência social atingido pela sociedade, caberia aos juízes suprir a inércia do legislador, antecipando-se a ação deste e tomando controle do problema e da solução (DINAMARCO, 1987, p. 274.).

O poder jurisdicional deveria ser exercido para gerar a paz social, dirimindo conflitos sociais postos sob sua avaliação (ABBOUD, 2015, p. 6). O intento de provocar a paz social por meio das decisões não deveria ser perseguido a qualquer preço, devendo encontrar arreios na medida da justiça (DINAMARCO, 1987, p. 224). Cada vez mais próximo da sociedade, a população deveria se sentir crescentemente mais “vista” e entendida pelo Judiciário, obtendo a impressão de que este seria o remédio para os seus problemas (ABBOUD, 2015, p. 6). O Judiciário, humano, teria uma função pública de servir as finalidades do Estado por via da prestação jurisdicional (DINAMARCO, 1987, p. 111, 159). Os ideais de inclusão dos cidadãos nos caminhos da sociedade e empenho em agasalhar a liberdade, mantendo em ordem ímpetos despóticos de diferentes setores, operariam como diretrizes nessa nobre empreitada (ABBOUD,

2015, p.7-9). O juiz só não deve cultivar um apego conservador a valores obsoletos que já não retêm representatividade tão significativa no corpo social. O juiz deve, dessa feita, ceder rumo ao progresso social nas suas decisões, oportunizando conquistas expressivas de direitos (DINAMARCO, 1987, p. 52, 280).

Ocorre que, pode-se considerar que tal ideia parte de um pressuposto paternalista e condescendente, presumindo a necessidade de intervenção do julgador, em moldes autoritários, para curar as mazelas afetas ao interesse público que cercam o feito (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 159). O problema com esse raciocínio encontra-se na alocação exagerada de confiança no julgador e no seu comprometimento com uma noção abstrata de justiça identificada nos valores mantidos pelo povo reveladores de suas aspirações sociais (ABBOUD, 2015, 7-9).

Surge então o questionamento sobre como, nessa conjuntura de flexibilização da lei para dar lugar ao avanço social, conter os excessos de um julgador que “traísse esses princípios” de militar pela vontade socialmente expressiva e benéfica para o desenvolvimento das pessoas, pensada individual e coletivamente. Afinal de contas, o julgador poderia simplesmente explorar as decisões judiciais como forma de ver materializadas as suas convicções e percepções de mundo, defendendo a todo tempo que essas seriam as convicções da sociedade segundo a sua avaliação (ABBOUD, 2015, p. 4-11).

Quanto a dificuldade de se identificar as concepções dominantes nas sociedades plurais do mundo globalizado de hoje, a instrumentalidade do processo responde com tranquilidade a esse questionamento, reconhecendo essa dificuldade como natural (ABBOUD, 2015, p.4-8). A visão instrumentalista afirma, diante disso, que, sendo impossível captar uma posição preponderante sobre as aspirações do povo em relação a um tema específico, o juiz deve assumir esse trabalho (ABBOUD, 2015, p. 8). O julgador, nessa situação, assentando-se no seu sentimento de justiça sobre qual seria o deslinde qualificado para aquela hipótese, decidiria o caso de acordo (ABBOUD, 2015, p. 6-9). Resulta disso que a própria noção jurídica do que configuraria um excesso pelo juiz poderia se perder no uso de expressões subjetivas e plurissignificativas como “sentimento de justiça” (ABBOUD, 2015, p. 6-9). A cientificidade e previsibilidade do direito estariam, portanto em grave risco de perecerem.

Entendendo que o povo se insere em uma trajetória de evolução social permanente dirigida ao incremento e sofisticação de direitos sociais, parte-se da premissa equivocada de que a lei (em harmonia com a constituição) pode ser deixada de lado em favor da inauguração de uma nova era de justiça social atingida por intermédio de uma interpretação criativa (ABBOUD, 2015, p. 3-4, 8-9). Tal interpretação seria descolada da dedicação a coesão e

integridade do direito (ABBOUD, 2015, p.5). A tese aparenta considerar que é trabalho proeminente da corte emitir juízos de valor de caráter moral sobre os rumos da sociedade. Isto é problemático, pois por mais que o judiciário possa tecer um ou outro comentário inofensivo de teor moral de forma casual e esporádica no desempenho da sua função, parece autoritário concentrar tantos poderes nas mãos destes, incumbindo-o de decidir praticamente sozinho os movimentos da sociedade.

A injúria ao outro delimitaria a fronteira entre o bem e o mal. O bem respeitando a igualdade e dignidade de todos. A quebra com o justo exigiria, portanto, uma consequência ditada pelas regras da justiça. Trocando em miúdos, a “sanção” deveria ser imposta de forma proporcional a infração cometida e visar reparar ao máximo possível o dano infligido.

6. ATIVISMO JUDICIAL: A ENCRUZILHADA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E VONTADE POPULAR.

Para Mark Tushnet (1995, p. 299-300), a revisão judicial que “passa da conta” indo além do “mínimo” distorceria as políticas públicas e debilitaria a vitalidade da democracia, afirmando que a revisão judicial em patamar mínimo possibilita ao menos, a oportunidade do povo e seus legisladores articularem normas constitucionais, a questão acerca de se essa oportunidade seria aproveitada não sendo uma garantia.

6.1 DO CALCANHAR DE AQUILES DA TESE DA NECESSIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL COMO MÉTODO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A tese de que o Judiciário deve garantir a materialização dos direitos fundamentais na sociedade, devendo-se procurar vincular o Estado e todos os setores sociais ao seu cumprimento a qualquer custo, pois tratando-se de direitos essenciais, seria melhor “pecar pelo excesso”, conforme sugere Ingo Wolfgang Sarlet (2018, contracapa), é frequentemente citada como uma justificativa para o ativismo judicial. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso: “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO, 2011, p. 365).

No entanto, é importante apontar que atribuir ao Judiciário a função garantidora da concretização dos direitos fundamentais não deve significar dar carta branca para este interferir na esfera de domínio do Legislativo. Interpretações que inovem a ordem jurídica a ponto de reescrever a Constituição sob a justificativa de que tal esforço interpretativo seria necessário para se conceder efetividade aos direitos fundamentais não podem e não devem “virar moda”.

Cabe aqui realizar uma breve síntese do pensamento de Martha Nussbaum, colacionado para melhor ilustrar a ideia de que em uma sociedade em que há uma proteção aos direitos básicos do ser humano o ativismo judicial pode trazer mais malefícios do que benefícios. Nesse seguimento, Nussbaum busca suporte filosófico em Amartya Sen, autor nobel em economia, o qual dedicou-se a demonstrar que o progresso humano não necessariamente acompanha o progresso econômico, havendo uma distinção entre uma sociedade colecionar riquezas e distribuir esses bens equitativamente, o florescimento de capacidades marcando o verdadeiro desenvolvimento humano (2011). Nussbaum trabalha então com a ideia de que é somente em um mundo em que todas as pessoas tem acesso a chance de realizar todas as possibilidades humanas, concebendo a felicidade como o florescimento das capacidades do ser humano de ser e atuar no mundo. É que, para ser justa, ao menos em um nível básico, uma sociedade precisaria garantir, indistintamente, a todas as pessoas, a chance de virem a trabalhar em suas vidas as capacidades afetas a existência humana (NUSSBAUM, 2011). O Estado não poderia amputar o potencial humano existente em cada pessoa, não devendo podar a sua existência, mas sim cultivar as capacidades humanas através das suas políticas públicas (NUSSBAUM, 2011).

Parte-se então deste raciocínio, para se ponderar que num ordenamento que assegura a vida, a liberdade, a propriedade, bem como os direitos essenciais das minorias, tal como o brasileiro faz, os direitos fundamentais devem encontrar limite na vontade do Constituinte, do legislador e do povo e não viver em um movimento de alargamento eterno do seu escopo sob a alegação de que são conceitos supremos e, uma vez previstos tais conceitos axiológicos absolutos na Carta Magna, caberia ao Judiciário determinar a sua face concreta aplicando-os a torto e a direito como fundamento decisório determinante e essencial. Nessa linha, tal como coloca Antonio Garapon (1996) desta forma cai-se na armadilha de que “de tanto multiplicar os direitos, perde-se a noção de direito”.

O que aparenta ocorrer e que “dá pano” para um ativismo judicial que excede a *mens legis* ou o “espírito” original da lei e aborta a *mens legislatoris* (TEIXEIRA, 2012) é o pensamento de que haveria um movimento eterno e progressista de aquisição de direitos, isto é, garantido no plano normativo o básico, os princípios se encarregariam de expandir esses direitos, transformando a sociedade e convertendo-a em um ambiente que refletiria os valores da igualdade e liberdade entre as pessoas em todo o seu escopo, não apenas no que concerne o básico. O problema com isso é que, ao se permitir a fabricação do Direito pelo Judiciário por meio de um pamprincipiologismo ou nas palavras de Lênio Streck (2012): “usina de produção de princípios despídos de normatividade”, realiza-se construções interpretativas que não estão

em consonância sequer com as técnicas hermenêuticas modernas para se abordar lacunas jurídicas e se dirimir choques entre normas (TEIXEIRA, 2012).

6.1.1 Da Percepção Equivocada de que o Ativismo Judicial é Necessariamente Liberal

Outro ponto é que nem sempre o ativismo é garantidor, como exemplo disso se tem uma lei do Estado de Nova York, nos EUA, que previa limites de horas de trabalho e foi reputada inconstitucional pela Suprema Corte americana sob o argumento de que a lei ofenderia a liberdade contratual (BERGER, 2013).

A título de exemplo também se tem o fenômeno do ativismo judicial anti-ambientalista denunciado por um relatório do Conselho de Defesa de Recursos Naturais ou Natural ou Resources Defense Council dos Estados Unidos, de julho de 2001, que acusa juízes conservadores estadunidenses de tomarem parte numa atitude judicial ativista responsável por deliberadamente enfraquecer proteções ambientais e que de forma imprópria, comprometeria gravemente salvaguardas federais históricas a ponto de quiça importar no seu desmantelamento em prejuízo da habilidade da nação de conservar e resguardar recursos naturais, conforme crítica “interna” feita por um juiz conservador, citado no relatório, que apesar da sua tendência a abraçar posicionamentos conservadores, se posicionou contra o fenômeno ativista no judiciário compondo crítica citada no julgamento *Gibbs v. Babbitt*, 214 F.3d 483, 504-05 (4th Cir. 2000), mesmo que esse ativismo anti-ambiental favorecesse grupos conservadores.

O relatório mencionado cita ainda um estudo abrangente conduzido pelos professores Schroeder e Glicksman sobre julgamentos envolvendo matéria ambiental em cortes de apelação federais (NRDC). Schroeder e Glicksman concluíram no referido estudo que requerentes pró-indústria tinham cinco vezes mais chance de obter êxito em ações questionando a natureza científica de decisões tomadas por agências de proteção ambiental durante os anos 90, enquanto requerentes pró-ambiente tiveram uma chance de sucesso reduzida em 20% no mesmo período.

Acompanhado a estas estatísticas, que lidas por si só podiam não significar muito, podendo ser atribuídas a uma multiplicidade de fatores que não necessariamente refletiriam uma parcialidade ou atitude ativista, o estudo identificou um padrão injusto de decisão dessas cortes envolvendo a adoção de “dois pesos duas medidas”. Isto em virtude de que fora constatado que as cortes costumavam derrubar medidas importantes de proteção ambiental se valendo do caráter taxativo de listas fornecidas pelo Congresso em legislação, excluindo exigências não listadas ao passo que quando o caso analisado versava sobre o custo para a indústria em cumprir com a regulação vigente, a métrica deixava de ser uma presunção de

taxatividade e passava a ser a necessidade de intenção clara legislativa de se obstar a consideração do fator dos custos para os donos de terra de submeter a terra ao cumprimento da legislação ambiental (NRDC).

Nesse âmbito, vale mencionar que o relatório trata da Cláusula de Takings da Quinta Emenda da Constituição Americana, ou “Takings Clause” em inglês, a qual prevê que a propriedade privada não pode ser empregada para o uso público sem compensação justa. Trata-se de norma originalmente concebida para remediar a expropriação da propriedade privada, tendo um escopo estreito de aplicação que não incluiria a compensação também de mera regulação do uso dessa propriedade. Segundo o relatório da NRDC, juízes assumiriam uma atitude ativista explorando a Takings Clause para fazer o Estado pagar compensação financeira a corporações e donos de terras em praticamente qualquer situação envolvendo a limitação do uso da propriedade privada, o que eventualmente levaria a uma redução nas proteções ao ambiente ou outros interesses públicos relevantes resguardados por via dessas restrições ao uso da propriedade por não ser financeiramente viável ao Governo (NRDC).

Como outro exemplo dessa atitude condenada pelo relatório, tem-se a argumentação do Professor Richard Epstein no que tange a aplicação da Takings Clause (NRDC). Este aduz que a Takings Clause implica no questionamento da constitucionalidade ou gera uma nuvem de suspeita sobre muitas reformas aclamadas e instituições do século vinte como zoneamento, controle de aluguel, leis de compensação de trabalhadores, e tributação progressiva (EPSTEIN). Nesse embalo, o relatório caracteriza a linha de raciocínio mantida pelo Professor Epstein como uma situação de ativismo judicial anti-ambiental mediante uma leitura agressiva da Takings Clause e não corroborada pelo texto, história ou jurisprudência pertinente a mesma (NRDC). Nesse viés, Robert Bork declara que as visões do Professor Epstein não guardariam uma relação plausível com o entendimento original da Takings Clause (BORK). Charles Fried interpreta as visões de Epstein como uma tentativa de usar a Takings Clause como um freio severo a elaboração de regulação de negócios e propriedade a nível estadual e federal (FRIED).

Outro caso que corrobora a assertiva de que o ativismo pode assumir uma feição conservadora é o precedente *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 2000, o qual veio ao ataque de política liberal aprovada pelo legislativo ao desbancar parte do *Violence Against Women Act*, especificamente a sua previsão de mulheres que possibilita a mulheres moverem processo federal.

6.2 OS LIMITES DO ESTADO SEGUNDO BOCKENFORDE E HABERMAS

Arthur Morão e Mendo Castro Henriques fazem um trabalho brilhante ao dissecar a filosofia política de Ernst-Wolfgang Böckenförde, filósofo do direito alemão que já ocupou o cargo de magistrado no Tribunal Constitucional Alemão, em artigo que examina diversos artigos de autoria do autor citado, a filosofia abordada tendo forte aplicação a temática do ativismo judicial. Böckenförde (2017) afirma que não cabe ao Estado fazer de tudo para que reine a felicidade das pessoas, “indo até as últimas mediadas para tanto”, pois esse deve se limitar a buscar promover a liberdade de todos e para que essa liberdade ocorra, defina condições que a possibilitem.

A esfera cultural e ética-moral, atinente a auto-realização dos indivíduos estaria além da dimensão de liberdade e segurança externas, que incluem apenas a liberdade de ser e crer e de participação política nos processos de decisão da sociedade, devendo o Estado somente se preocupar com essa camada exterior, contendo-se no que tange a interferência violenta na subjetividade individual, a qual deve ser protegida e incentivada (BÖCKENFÖRDE, 2017).

O Estado deveria tão somente acomodar diferentes visões de mundo e estilos de vida, sem se definir ideologicamente e apenas adotar as políticas públicas autorizadas pelo poder legislativo. Tal afirmação importa em dizer que, o Direito teria com alicerce então, o reconhecimento da autonomia individual ao invés de valores compulsórios com validade legal, os últimos assemelhando-se a ideologias supridas pelo Estado como ocorre nos regimes totalitaristas (MORÃO & HENRIQUES, 2019).

Isto porque, da mesma forma que, da perspectiva estatal, o Cristianismo se tornou apenas mais uma religião em meio a tantas outras com a secularização e o Estado moderno com isso abriu mão da noção de pensamento uníssono, de uma fé ou visão de mundo únicos, o mesmo se aplicaria para qualquer tentativa de substituição da função unificadora da religião pela imposição de uma visão de mundo ou pensamento único (MORÃO & HENRIQUES, 2019).

O jurista alemão afirma, portanto que o Estado deveria se limitar a proteger, assegurar e estimular o desenvolvimento das diferentes caminhadas de vida e atividades culturais sem distribuir privilégios e respeitando os processos livres de expressão das consciências dos indivíduos, se abstendo de, através das suas decisões, ao invés das decisões do povo, fixar atitudes e convicções éticas e espirituais (MORÃO & HENRIQUES, 2019).

O Estado deveria encorajar o apoio mútuo dos indivíduos, apoiando tão somente o valor da solidariedade que respeita a liberdade de todos e não de uma visão de mundo específica (BÖCKENFÖRDE 2010). A universalidade do Estado estaria em reconhecer e defender o indivíduo como sujeito tendo-o como um ser peculiar e único, salvaguardar a liberdade de todos de maneira igual por meio de regras e medidas constituiria o objetivo ético-espiritual do Estado (BÖCKENFÖRDE 2017).

Os direitos fundamentais, na visão de Böckenförde, consistiriam simplesmente em direitos de liberdade oponíveis perante o exercício do poder pelo Estado, não podendo ser, de forma concomitante, princípios normativos revestidos de objetividade e cuja natureza mandatória emanaria para todo o direito (BÖCKENFÖRDE, 1991). O Autor defende, nessa seara, a contenção dos direitos fundamentais àquilo que foi legislado, agindo como direitos de defesa, contanto que respeitados esses preceitos básicos da preservação da liberdade e incolumidade de todos os cidadãos de modo igual, alertando-se para a indesejabilidade de um Estado judiciário.

Este Estado, ao alçar os direitos fundamentais a condição de princípios, permitiria a sua aplicação indiscriminada para tratar mesmo de casos em que as soluções contidas no ordenamento conduziriam a um desfecho diverso, sob a justificativa de que a ação positiva dos direitos fundamentais seria um remédio capaz de resolver todo e qualquer mal da sociedade e, por esse motivo, deveria ser recepcionada no caso concreto para combater mazelas sociais em mais uma frente, método que não só poderia como teria grande probabilidade de esbarrar num totalitarismo constitucional (BÖCKENFORDE, 1993).

Daniel Sarmiento (2007, p. 141) discorre sobre os motivos pelo qual o ativismo judicial deve ser encarado como uma patologia que aflige o Judiciário, descrevendo como o “vírus” opera e a maneira que seus efeitos deletérios irradiam para todo o sistema democrático, repercutindo negativamente sobre o mesmo:

“Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes”.

O significado do que constituiria a normatividade, num cenário em que restam constitucionalmente protegidos através de regras os direitos essenciais atinentes à vida,

liberdade, propriedade e igualdade, não deve ficar a cargo da jurisdição constitucional, pois os critérios de ponderação principiológica tornariam tal objeto demasiadamente amplo e o julgador possuiria uma matéria-prima passível de ser talhada de acordo com o alvedrio do tribunal. Nessa esteira, Jurgen Habermas entende que os tribunais devem buscar resguardar a criação do Direito de forma democrática, respeitando a separação de poderes que figura como grande fator justificante da legitimidade do Judiciário para aplicar normas e do Legislativo para formar o Direito (ZIEGLER, 2016).

Para Habermas, ditar a substância das normas através do trato com princípios, cláusulas altamente moldáveis, na interpretação constitucional, ao revés de se adstringir aos limites impostos pelas prerrogativas funcionais oriundas do sistema tripartite de poderes (ZIEGLER, 2016), o qual interliga e harmoniza os poderes, ditando onde a sua atuação começa e onde deve cessar, é correr-se o risco de converter as Cortes judiciais em um Poder Constituinte autônomo e perene (TRINDADE e MORAIS, 2011, p. 149). A solução habermasiana seria, então: “encontrar, entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes” (HABERMAS, 1997, p. 322-323).

6.3 DWORKIN, WALDRON E AS TEORIAS DA “ÚLTIMA PALAVRA” E CONRADO MENDES E A TERCEIRA VIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Conrado Hubner Mendes aborda as visões diversamente opostas de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron sobre o arranjo do Estado constitucional de Direito. Para Dworkin, o tribunal constitucional seria um “fórum de princípio” fiel a proteção da noção de “igual consideração e respeito” dos cidadãos da comunidade. A lealdade inabalável da corte a este ideal moral a tornaria a melhor defesa do Estado contramedidas procedimentalmente válidas, porém materialmente problemáticas por ferirem direitos fundamentais e das minorias. A representação pelos órgãos que compõem o Poder Legislativo, a qual molda políticas públicas instituídas pela legislação seria, lado outro, um fórum de utilidade que poderia vir a lacerar direitos fundamentais. Em suma, o Legislativo estaria mais atracado a servir a vontade da maioria do que acudir as necessidades da minoria (MENDES, p.58-60).

É como se a sociedade dependesse de um “mínimo moral” exprimido na ideia de igual valor de todos, o que impõe tratamento digno a cada cidadão (MENDES, 2008, p.7-18). O direito da maioria jamais poderia sufocar os direitos individuais das minorias e o tribunal constitucional poderia, em certas situações, acabar sendo a última frente de defesa de grupos minoritários de incursões supressivas sobre os seus direitos fundamentais (MENDES, 2008, p.

8, 32). A democracia não se resumiria a procedimentos limpos de escolha dos detentores de mandatos eletivos, mas convocaria a reverência ao preceito moral que se revelaria como pedra angular das Constituições democráticas, a igualdade e valor intrínseco de todo e qualquer ser humano (MENDES, 2008, 7-18, 32).

Jeremy Waldron, como demonstra Hubner Mendes (p.8-11, 52-54), discorda argumentando que na circunstância de uma sociedade na qual os arranjos institucionais democráticos são bem manobrados e a base axiológica da democracia é hospedada, a revisão judicial da legislação para empoderar direitos tidos como polarizantes deve ser evitada.

Em seu ensaio intitulado *O Cerne da posição contrária a revisão judicial*, Jeremy Waldron concebe quatro pressupostos, que, estando presentes, afastariam o impulso de submeter esses debates ao crivo dos tribunais para resolverem definitivamente o tema: 1) a higidez das instituições democráticas formadas por um sistema legislativo e eleitoral funcional e razoavelmente efetivo, com o transcurso de eleições regulares de representantes do Legislativo e Executivo conforme o sufrágio universal adulto; 2) um Judiciário forte e compromissado com o Estado Democrático de Direito; 3) Um compromisso geral do povo manifestado na maioria da sociedade e na maioria dos detentores de posições de poder com os direitos do indivíduo e das minorias; 4) divergências notáveis e de boa-fé sobre o que a extensão, consequências e significado dos direitos plasmados na Carta de Direitos da sociedade e sua aplicação a questões políticas controversas, que tendem a acender discordâncias substanciais na comunidade, pressupondo-se que esta de um modo geral possui um respeito básico pela ideia de direitos (2006, p. 14-24).

Waldron expõe como a sociedade que consagra direitos fundamentais na sua Carta de Direitos vem em alguma medida alimentando esses valores em seu seio há algum tempo, do contrário não haveria tal consagração em diploma normativo de peso, explicando que o apreço pelo ser humano e os direitos destes integra, portanto, mesmo que em grau básico, também a sua ideologia oficial materializada na prática (2006, p. 17-24). O Autor faz a ressalva de que seria natural surgirem divergências entre membros da comunidade acerca de imbróglios morais envolvendo concepções diferentes sobre um dado direito, havendo questões de humanidade sobre as quais a regra é o consenso por remeterem ao respeito fundamental e igualdade entre as pessoas e questões morais que invocam percepções destoantes sobre determinados direitos, que coexistem sem danificar o núcleo essencial da dignidade humana (WALDRON, 2006, p. 20-24).

Waldron critica partidários da revisão judicial ou fixação de posição pelo Poder Judiciário relativa a esses direitos polêmicos, agasalhando direitos controversos ao arrepio da legislação, aduzindo ser erro comum destes focar a sua argumentação em reduzir os oponentes a esses direitos a ignorância e/ou inclinações malignas de pessoas egoístas e de má-índole (2006, p.22). Ele recorda Rawls e deduz que não é certo supor que aqueles que não compartilham da posição tomada na revisão judicial quanto a um dado direito, em sua maioria, o fazem por cobiçarem auferir algum ganho econômico, de status ou poder, ou mesmo por falta de conhecimento ou um instinto maligno (WALDRON, 2006, p. 22).

O eminente doutrinador americano concede que este pode até ser, e em determinadas situações, é o caso de uma parcela dos detratores da atitude revisionista em tais casos, mas deixa claro que não seria razoável presumir essa como a motivação da maioria das pessoas que divergem (WALDRON, 2006, p.21-23). Não no contexto de uma comunidade que manifesta uma relação saudável com direitos elementares das pessoas, constatada nas crenças fundamentais retidas pelo povo de maneira geral observadas na sua história comum e costume, e nos direitos formalizados na sua Carta de Direitos (WALDRON, 2006, p.20-24).

A Carta de Direitos seria vaga quanto a pontos conexos a esses grandes debates político-morais não por simples acidente, mas seria desenhada assim propositalmente justamente por admitir a inexistência de consenso (WALDRON, 2006, p.23, p.37). As tentativas de ampliar ou restringir a forma como um dado direito disposto na Carta de Direitos da coletividade é aplicado sob o argumento de que a postura defendida é a que se encontra prestigiada na Carta de Direitos, com o intuito de alavancar um juízo em um desses debates de opiniões irreconciliáveis, seria desonesta (WALDRON, 2006, p. 23-24).

Waldron menciona o exemplo da discussão sobre o aborto, descrevendo como defensores da sua liberação consideram atitudes contrárias ao aborto como tirânicas aos direitos das mulheres enquanto indivíduos contrários ao aborto com fundamento na tese pró-vida também acusariam os defensores do aborto de tirânicos, dessa vez com a vida do feto, que enxergam como uma pessoa e desse modo, uma vida (2006, p.51). Outro debate acalorado cuja resolução não deve desbordar no Judiciário, citado por Waldron, é a discussão sobre as ações afirmativas, assunto sobre os quais tanto partidários quanto críticos da sua implementação perfilham do entendimento de que o lado oposto é tirânico, seja por deixar de corrigir injustiças históricas que continuam a impactar o presente, seja por instituir privilégios entre pessoas (WALDRON, 2006, p. 51).

A tomada de decisão unilateral acerca dessas divergências pelos tribunais não contabilizaria o fato de que a pluralidade de pensamento, normal no cenário democrático, costuma desencadear desacordos morais sobre qual seriam os caminhos da sociedade, sem que isso deixe de significar uma vontade geral de inclusão e benefício de todos nesses caminhos (WALDRON, 2006, p. 19-35). Dessa maneira, o autor exalta o procedimento democrático como grande força equalizadora, que equipara os cidadãos dos mais variados seguimentos da sociedade e rechaça a monopolização do rumo da sociedade no que concerne tais questões morais controversas pelo Judiciário, por solapar a igualdade dos cidadãos perante os seus pares e o seu poder de auto-determinação (WALDRON, 2006, p. 18-24, p. 30). O que se critica, é o raciocínio que deposita a legitimidade de uma decisão judicial no seu conteúdo transformando o procedimento, no caso o processo judicial, em um instrumento se propõe a dirimir uma controvérsia moral implementando uma concepção sobre direitos fundamentais (WALDRON, 2006, p. 22, p. 28-31).

Tudo isso como se qualquer sacrifício de procedimento devesse ser suportado (WALDRON, 2006, p.30-31). O procedimento decisório não deveria então se amoldar ao resultado almejado, o procedimento precisa possuir uma existência “a parte” da vontade de se atingir determinada orientação/resultado decisório (WALDRON, 2006, p.28). O procedimento, no contexto

Hubner Mendes relembra a tese de Robert Dahl que defende que o ativismo judicial não se justifica na sua dimensão teórico-substantiva, mas o faz na sua dimensão prática pois as cortes judiciais não seriam capazes de cumprir o feito de se posicionar de forma contra majoritária por muito tempo, sendo tal posicionamento insustentável a longo prazo, salvo a hipótese da posição em questão só ser contra majoritária por um breve momento (MENDES, 2008). Para Dahl, o ativismo judicial apresentaria de fato, uma lesão ao direito dos povos de se autogovernar e a natureza preferível desse modelo por tender a imprimir na população uma sensação de responsabilidade maior sobre suas decisões, em comparação ao recurso contínuo a culpabilização da cúpula do judiciário pelos males que recaem a sociedade (MENDES, 2008). O ponto é que Dahl entende que na prática essa ameaça de lesão não se materializa numa lesão tão grave a medida de tornar o ativismo judicial indesejável.

Hubner Mendes recorda, outrossim, que qualquer um dos poderes-instituições contém falhas e que partindo de a premissa das controvérsias morais arrastarem uma subjetividade inescapável, restaria apenas determinar a qual instituição deveria se confiar o risco de se “errar por último”, aventando que deveria ser reservado ao Judiciário (2008, p.17-19). Um Legislativo

guardião da moral seria preterido pois não haveria como certificar o seu engajamento com os direitos fundamentais das minorias e o cometimento de erros seria uma intercorrência natural ao processo democrático. Reconhece-se, então, o argumento de que a sociedade, ao ter a sua autonomia usurpada com o ativismo judicial, perderia a oportunidade de aprender com seus erros e se aperfeiçoar (MENDES, 2008).

O renomado autor concede que a interpretação de cláusulas vagas da Constituição usa da criatividade argumentativa para refletir convicções morais de forma disfarçada ao invés de um juízo técnico firmado na lógica, o que apenas fortaleceria a tese de que o Judiciário seria tão propenso a ceifar direitos de minorias quanto o legislativo, a margem de erro sendo enorme (MENDES, 2008, p.14).

Tudo isso funciona na teoria como críticas robustas e legítimas contra o ativismo judicial para Conrado Hubner Mendes e Robert Dahl, o cerne da matéria estaria, no entanto, na proposição de que, na prática, a única coisa que uma corte consegue realizar através do ativismo, no pior cenário, seria postergar a vitória dos desejos da maioria da sociedade ou então, caso se tratasse de uma maioria momentânea e inconsistente, obstar o seu triunfo (MENDES, 2008, p. 17-19, 159-160). Em qualquer caso, para Mendes e Dahl, valeria a pena comprar esse risco a fim de proteger as minorias vulneráveis das maiorias (2008). Para Mendes, se fosse necessário escolher a quem caberia a “última palavra” sobre a Constituição, o judiciário seria preferível ao legislativo porque este poderia resgatar a nação de arroubos episódicos da população levada pelo sentimento irracional momentâneo e defender direitos fundamentais (MENDES, 2008, p. 71-72, 164).

Tal escolha, porém, não se faz necessária para Mendes. Ele advoga então uma “terceira via”, marcada pelo diálogo entre os 3 poderes e as instituições que compõem a democracia (MENDES, 2008). O autor, defendendo que a última palavra sobre o significado dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos não deve caber nem ao judiciário nem ao legislativo. Em lugar disso, ele sustenta que deve haver um diálogo institucional, discorrendo sobre o pensamento de autores filiados a essa terceira corrente (MENDES, 2008). Esse diálogo incluiria contínuas rodadas procedimentais, impondo uma “provisoriedade da última palavra” /resultado porque sempre haveria um diálogo rotativo. Mendes pontua que, apesar dessa provisoriedade, uma hora a "finalidade de uma decisão" tem um peso sobre aquela realidade por um tempo (MENDES, 2008). Para chegar até essa sua visão, ele antes discorre sobre os pontos positivos e negativos da “última palavra” residir com o Judiciário ou com o Legislativo (MENDES, 2008).

Nesse sentido, o insigne autor discorre sobre a teoria de Alexander Bickel, segundo a qual, no controle de constitucionalidade, os tribunais poderiam decidir apenas quando houvesse indicadores sólidos de que em breve um dado princípio ou visão axiológica sobre um tema adquirirá forte apoio social e a coletividade irá aderir a ideia (MENDES, 2008, p. 105-116). No mais, a regra deveria ser a corte se abster de proferir julgamento de mérito nessas discussões morais, fazendo uso do subterfúgio das técnicas de não decisão ou virtudes passivas, ou seja, técnicas processuais como as doutrinas americanas da mootness doctrine e ripeness doctrine (MENDES, 2008, p. 109).

A mootness doctrine faz com que uma questão se torne indiscutível/irrelevante se a perseguição de procedimentos judiciais adicionais não tenha qualquer chance de produzir qualquer consequência ou ocorrerem fatos que isolaram a questão do poder de influência prática do Direito (GUOLEE, 2022). A ripeness doctrine que determina que juízes não devem decidir casos com base em fatos hipotéticos e disputas que ainda não materializadas (GUOLEE, 2022). Refere-se aqui a técnicas processuais estadunidenses que as vezes possuem instrumentos semelhantes em outros sistemas jurídicos.

Como regra, destarte, a corte deve se silenciar sobre tais questões morais provocadoras de debates inflamados no desempenho do controle de constitucionalidade e citando questões processuais se esquivar de decidir, limitando-se a encorajar a sociedade a travar amplos debates que liderarão o legislativo na edição de posicionamentos sobre o problema. A mudança social para Bickel, comenta Hubner Mendes, não deve acontecer aos “trancos e barrancos”, puxada a força pelo Judiciário, este só deve julgar casos desse gênero quando os sinais de uma presença maciça do entendimento subscrito já sejam visíveis na coletividade (MENDES, 2008, p. 109-112). A corte deve ser sensível a realidade da sociedade pois mesmo que tentasse introduzir a mudança social sem qualquer escrúpulo a autoridade e credibilidade da corte ganharia prazo de validade, o que não é desejável (MENDES, 2008, p. 109-110).

Hubner Mendes disserta sobre o minimalismo levantado por Cass Sunstein que advoga que os tribunais devem visar, ao exercerem o controle de constitucionalidade, decidindo pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, decidir o mínimo possível (2008, p.116-117). Devem ser proferidas decisões judiciais sucintas e que buscam prender o seu raciocínio o máximo possível as particularidades do caso concreto, de modo a prevenir, o tanto quanto possível, que as conclusões jurídicas aplicadas aquela lide transponham as fronteiras daquele caso e alcancem outros (MENDES, 2008, p.116-123). A lógica, nesse cenário é de que ao não decidir sobre tudo e evadir esse tipo de debate mais sensível a corte escapa de reações virulentas

da população e do perigo de cometer erros maiores em questões delicadas (MENDES, 2008, p.121).

Face uma questão moral de alta complexidade por incerteza moral e dissídio na população, o objetivo da decisão, longe de exaurir as possibilidades que a questão evoca, é não mirar em contribuir para a confecção de teorias gerais, mas se restringir ao caso (MENDES, 2008, p.118). O debate não é esgotado, mas sim iniciado pela decisão judicial (MENDES, 2008, p.118). O maximalismo caracterizado por decisões largamente motivadas continuaria tendo seu lugar em ações que tratassem de temas ligados ao coração da constituição, em processos judiciais que lidassem principalmente com direitos democráticos vitais encontrados na Constituição, como propriedade e contratos, no caso da realidade Americana, por exemplo (MENDES, 2008, p.120-123).

Hubner Mendes relata que outra porção de autores favoráveis ao diálogo institucional aposta em uma atitude mais proativa, como Neal Kumar Katyal e Alex Stone Sweet, e não retraída como se viu *supra em* Bickel e Sunstein (MENDES, 2008, p. 123-127).

Katyal sugere que o juiz pode sempre fazer recomendações e aconselhar os outros poderes via *obiter dicta*, assim foge da potencial reprovação pública de uma atuação mais incisiva e interventiva na dinâmica dos poderes, porém não deixa de efetuar uma espécie de função educacional e participativa em um colóquio entre os mesmos (MENDES, 2008, p. 123-24).

Alex Stone-Sweet sinaliza que a avaliação da proporcionalidade de Robert Alexy, de acordo com a qual a máxima da proporcionalidade se decompõe em 3 submáximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), é utilizada nos países com uma democracia estável em todo o globo como parâmetro ideal para a adjudicação sobre a validade de leis que potencialmente implique em restrição a direito fundamental (MENDES, 2008, p.126).

A adequação se refere a habilidade da medida de cumprir o seu objetivo, a necessidade só entra em cena se a medida for adequada e tem a ver com selecionar, dentre as opções adequadas de medidas solucionáveis da questão, a menos gravosa (MENDES, 2008, p. 126-127). Sendo a solução adequada e necessária nestes termos, na avaliação da submáxima final, a proporcionalidade em sentido estrito, se estuda o custo-benefício da predileção por um princípio frente aos demais, optando-se por uma possibilidade jurídica representada pelo princípio eleito para prevalecer no caso (MENDES, 2008, p. 126-127).

Stone-Sweet assevera que nas experiências de ordenamentos em que é instituída em larga e escala no discurso jurídico, convoca os outros poderes a pensarem a si mesmos em consonância com a linguagem e requisitos da proporcionalidade (MENDES, 2008, p. 126-127). Em decorrência disso, com o Legislativo se preocupando em comprovar a sua dedicação aos postulados da proporcionalidade o Judiciário passaria a atribuir maior estima as opções feitas pelo Legislativo (MENDES, 2008 p.127) Tudo isso, sustenta Hubner Mendes, faz da proporcionalidade um meio de diálogo (MENDES, 2008, p.127).

Hubner Mendes cita os exemplos práticos da teoria dos diálogos institucionais vividos no Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido. A Declaração de Direitos do Reino Unido autoriza o povo a impugnar nas cortes locais a validade de um ato emanado de autoridade tendo como parâmetro os direitos da Convenção Européia de Direitos Humanos (WALDRON, 2006, p. 1355). Caso a corte conclua que o ato se encontra em dissonância com os direitos protegidos na Convenção Europeia citada, este deve emitir uma declaração de incompatibilidade, sem força vinculante. O ato segue válido e operando efeitos, sem embargo um ministro pode deflagrar um processo legislativo de maior celeridade para corrigir a incompatibilidade (WALDRON, 2006, p.1355).

Segundo a Declaração de Direitos da Nova Zelândia de 1990 o tribunal realiza o controle das leis sem eliminá-las do sistema jurídico de pronto, a sua validade permanece e a norma continua em vigor, mas o custo político do parecer negativo emitido pelo Judiciário inspira novas discussões sobre a lei no plano social, incluindo o povo e o legislativo, o que é positivo ainda que a lei não seja modificada ao cabo de tudo. Quando for possível conciliar o sentido de ato legislativo com a Declaração de Direitos do país, esse sentido deve ser a interpretação escolhida para o ato (New Zealand Bill of Rights Act 1990, 1990 S.N.Z. N. 109, § 6).

Miguel Gualano de Godoy, autor de *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*, prega a fusão da teoria da parceria, a qual prevê um input de cada poder em harmonia com a sua competência e desenho institucional como forma de dar início a uma diálogo público na sociedade, com a teoria do equilíbrio que rejeita uma superioridade do Judiciário e reitera o papel comum dos poderes de atribuir o sentido da Constituição, derrubando-se a prevalência de uma instituição em detrimento da outra (2015).

Seguindo o raciocínio de Godoy, quando a Carta Magna silencia propositalmente sobre um tema específico, como é o caso desses conflitos morais sobre direitos fundamentais, a melhor saída é a oferecida pelas teorias dialógicas interinstitucionais, nesses temas, uma vez que não há resposta dada pela Constituição, não é preciso se falar em última palavra (2015).

Todavia, há que se indicar que o fenômeno motivo de preocupação nesse trabalho se encontra na prática do magistrado ignorar a lei vigente e os costumes e tradições da sociedade, preferindo conceder ao ordenamento uma leitura pessoal e enviesada conforme as suas diretrizes morais e políticas particulares, perigo exposto nas ideias de Yuri de Matos Mesquita Teixeira, relatadas no tópico 4.4, Habermas e Böckenförde (tópico 6.2), Jeremy Waldron (neste tópico, 6.3). Como efeito desse proceder, a confiança dos agentes privados no Direito é perdida e toda vez que o Judiciário burla o Direito pátrio é gerado um precedente para que isso seja feito novamente, provocando um efeito terrível cascata. Ademais, arrisca-se um totalitarismo encabeçado pelo Poder Judiciário pois por mais que a tirania possa até não prosperar para sempre, essa não perde a sua natureza despótica por ter imperado por um período limitado.

7 CONCLUSÃO

É certo que o direito não deve acomodar flexibilizações excessivas da sua aplicação a ponto de se converter em um instrumento despido de coercitividade, incapaz de resolver conflitos sociais de maneira eficaz. A noção de justiça tampouco deve ser lida como conceito abstrato e líquido, sempre disponível para prover soluções em detrimento da lei escrita. Existe uma margem de discricionariedade no direito, que comporta alguma medida de desuniformidade, contudo esse caos deve ser temperado com aderência a freios que o confirmam a ordem necessária para que a sua porção caótica não engula a organização social assegurada por este. É nesse contexto que se situa a *capabilities approach* sugerida por Martha Nussbaum. A liberdade do indivíduo de forjar a sua própria história é contingente ao seu acesso, no mínimo em um nível básico, a capacidades relacionadas a dignidade humana, como saúde e integridade física, razão, emoção, pensamento e sentidos. É somente em um sistema em que as políticas públicas e racionalidade pública de um dado Estado possibilitam o desenvolvimento mínimo dessas capacidades, que haveria verdadeira liberdade, podendo-se então falar em um grau maior de comedimento do Direito ao direito positivo.

Por derradeiro, o ativismo judicial, quando ocorre num cenário em que o ordenamento salvaguarda a vida e a liberdade de todos, bem como a propriedade e os direitos primordiais e basilares das minorias, não deve implicar num movimento eterno de expansão de direitos mediante a exploração total dos conceitos de cada direito fundamental previsto no ordenamento, em toda a sua plenitude, sacrificando os limites de atuação funcional estipuladas pela Constituição e tornando a atividade hermenêutica um instrumento carente de uma técnica revestida de precisão científica que limite a sua atuação, pois isso cria um precedente perigoso para a utilização dessa mesma “interpretação que tudo permite”, inclusive extrapolar as

competências constitucionais, para a supressão de direitos e violações tidas como “negativas” das garantias individuais contra o arbítrio.

O arrefecimento da Constituição prejudica a estabilidade das relações sociais, provoca insegurança jurídica e põe em risco o futuro da democracia, devendo-se reconhecer os efeitos negativos para o Estado Democrático de Direito do ativismo judicial que assume a forma do julgador que viola a separação de poderes ao fazer as vezes do papel de legislador positivo ou quando a decisão judicial é convertida em um mecanismo de se realizar política impondo visões morais, ideológicas ou políticas que não seriam aplicadas se seguidas abordagens que respeitam a integridade do ordenamento, tal como a jurisprudencialista, sugerida por Antônio Castanheira Neves. Na atitude jurisprudencialista, o juiz exerce a missão de realizar o Direito no caso prático sob seu crivo, devendo escolher entre as linhas de orientação disponíveis na Constituição e no restante da legislação aplicáveis ao caso concreto, sem “inventar a roda” ao estilo da atividade legisladora, uma vez que o legislador goza de liberdades e limitações próprias a sua condição e papel no sistema democrático, assim como o faz o juiz.

O anseio de se constitucionalizar controvérsias políticas frequentes, quando esses embates ainda não foram deslindados por meio da discussão e consenso legislativo, fazendo-se uso das decisões judiciais como palco para se travar batalhas políticas e obter vitórias que terminam por enfraquecer a autoridade democrática do legislativo e a própria estrutura democrática como um todo, deve ser encarado de frente pelo que é, para que deixe de se fazer tão presente no cenário jurídico mundial. Esse esforço é vital para que a ciência jurídica avance para uma compreensão aperfeiçoada de si mesma, que não esqueça o chamado da moral e da justiça, mas que também não coloque em risco as bases que tornam a própria discussão sobre o direito e justiça um expediente possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. “Ativismo judicial e instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 242, p. 21-47, 2015.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo, Martin Claret, 2016.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica**. Disponível em:

<<https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2023.

AQUINO, Tomás. *Súmula contra os gentios*. Tradução: Luiz João Baraúna. In: **Seleção de textos / Sto. Tomás de Aquino e Dante Alighieri**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

ÁVILA, Humberto. **Teoria do Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2018. Disponível em

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5109784/mod_resource/content/0/%C3%81VILA%20Humberto.%20Teoria%20do%20Princ%C3%ADpios%20da%20defini%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20dos%20princ%C3%ADpios%20jur%C3%ADdicos.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2023.

BERGER, Raoul. **Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment**. 2 ed. Indianapolis: Liberty Fund. edição do Kindle: 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; GIANFRANCO, Pasquino. **Dicionário de Política** – Vol. 1. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília – UNB. 1998.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

_____. **Diritto e secolarizzazione**. Dallo Stato moderno all'Europa unita. A cura di Geminello Preterossi. Bari: Editori Laterza. 2010.

_____. **Lo Stato come Stato etico**. Cura e traduzione di Elisa Bertò. Bologna: Edizioni ETS. 2017.

BONIN, Robson. 'Me preparei para isso a vida inteira'. 9 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2011/02/me-preparei-para-isso-vida-inteira-diz-fux-sobre-indicacao-ao-stf.html>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2023.

BORGES, Ivan Cláudio Pereira. **O jurisprudencialismo de António Castanheira Neves e o funcionalismo jurídico**. Quaestio Iuris. vol. 11, nº. 04, Rio de Janeiro, 2018. pp. 3213-3243 DOI: 10.12957/rqi.2018.31014.

BORK, Robert H. Bork. **The tempting of America: the political seduction of the Law**. Free PR. 1990.

BOUJIKAN, Kenarik. **Neutralidade é um mito, mas a imparcialidade do juiz é um dever.** Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/escritos-mulher-neutralidade-mito-imparcialidade-juiz-dever>>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

BRANCO, Carolina Nobre Castello; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Ativismo Judicial e a Instrumentalidade do Processo: um Diálogo com Georges Abboud e Guilherme Lunelli a partir da obra de Cândido Rangel Dinamarco.** vol.13,nº.02,Rio de Janeiro, 2020. pp. 981-1004.

BRASIL, Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 maio de 2022.

Brown v. Board of Education of Topeka, Opinion; 17 de Maio de 1954; Records of the Supreme Court of the United States; Record Group 267; National Archives.

CANTUÁRIA. De veritate. In: CANTUÁRIA, S. A. de. **Obras completas de San Anselmo.**a

CARDOSO, Maurício. **A Constituição e o Supremo na visão de seus guardiões.** Consultor Jurídico. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-jan-01/constituicao_supremo_visao_guardioes>. Acesso em: 10 de março de 2022.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. O papel do jurista no nosso tempo. In: **Digesta.** Coimbra: Coimbra Editora, p. 20, 1995.

CASTRO, Gabriel. **Fux: “Eu me preparei para isso a minha vida inteira”.** VEJA. 2011. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/fux-eu-me-preparei-para-isso-a-minha-vida-inteira/>>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. **Direito e Justiça Formal: As Noções de Justiça para Chãim Perelman.** Vol. 1, n. 4. 2013. Disponível em: <<https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/2307>>. Acesso em: 16 de novembro de 2022.

CRANSTON, Maurice. ideology. *Encyclopedia Britannica*, 6 Maio de 2023, <https://www.britannica.com/topic/ideology-society>. Acesso em: 15 maio de 2023.

- DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Ed. RT, 1987.
- Discurso de Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição de 1988. IV- Documentos Históricos. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4103/2856>>. Acesso em: 15 de março de 2023.
- DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. Cambridge, 1996.
- _____. **Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- EPSTEIN, Richard. **Takings: private property and the power of eminent domain**. JSTOR. 1985.
- ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **O jurisprudencialismo e o garantismo processual como alternativas para a crise da jurisdição brasileira**. RVMD, Brasília, V. 10, nº 2, p. 355-377, Jul-Dez, 2016.
- FRIED, Charles. **Order and Liberty: arguing the reagan revolution -- a firsthand account**. Ed 183. 1991.
- GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Instituto Piaget, 1996.
- GHANI, Alan. **Ativismo Judicial: novo vírus contra a democracia**. InfoMoney. 2022. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/colunistas/economia-e-politica-direto-ao-ponto/ativismo-judicial-novo-virus-contra-a-democracia/>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2022.
- GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20-%20T%20>-

%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 10 de dezembro de 2022.

GUOLEE, Renee. FindLaw. 15 de Julho de 2022. Disponível em:<<https://constitution.findlaw.com/article3/the-mootness-doctrine.html>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2023.

GUOLEE, Renee. FindLaw. 05 de Julho de 2022. Disponível em:<<https://constitution.findlaw.com/article3/the-ripeness-doctrine.html>>. Acesso em: 05 janeiro de 2023.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HAYEK, Friedrich August Von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão (1642)**. Tradução: Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

Ideology. Merriam-Webster.com Dictionary, Merriam-Wbster. Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/ideology>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2023.

JEFERSON, Thomas. **Declaração de Independência**. Jackson, ms: Applewood Books. 1997.

KELSEN, Hans. Las metamorfosis de la idea de justicia. In: CAIRNS et al. **El actual pensamiento jurídico norteamericano**. Buenos Aires: Losada, p. 245- 299, 1951.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism"**. California Law Review. Vol. 92, n. 5, 2004.

LACERDA, Bruno Amaro. **A Racionalidade da Justiça**. Revista Opinião Jurídica. Ano 13, n. 17, p.67-81, jan./dez. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/372>>. Acesso em: 14 de abril de 2023.

MORÃO, Arthur; HENRIQUES, Mendo Castro. **The open state and the imperative of freedom**. About Ernst-Wolfgang Böckenförde's political philosophy (part I). 2019.

LLEWELLYN, Karl Nickerson. **The Common Law Tradition-Deciding Appeals**. Boston: Little, Brown & Co. 1960.

NEVES, António Castanheira. Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais. STVDIA IVRIDICA I, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Ativismo judicial destrói o Estado Democrático de Direito**. Consultor Jurídico. 06 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opinioao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 16 de setembro de 2022.

NRDC. Buccino, Sharon; Dowling, Tim; Kendall, Doug; Weiss, Elaine. **Hostile Environment How Activist Judges Threaten our Air, Water and Land**. Julho, 2001.

MASTRODI, Josué. Ponderação de Direitos e Proporcionalidade das Decisões Judiciais. Rev. direito GV 10 (2). Jul-Dec 2014. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1808-2432201424>>. Acesso em: 16 de junho de 2023.

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

NUSSBAUM, Martha. *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston: Beacon Press, 1997.

_____. (2011). *Creating Capabilities: the human development approach*. Cambridge: Harvard University Press.

_____. **Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*. Boston: Cambridge University Press, 2008.

_____. *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*. Cambridge University Press, 2001.

Marbury vs Maddison, 1803. Disponível em: <[https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison#:~:text=Madison%20\(1803\),-EnlargeDownload%20Link&text=Citation%3A%20Show%2Dcause%20order%20served,fire%20in%20the%20Capitol%20Building.](https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison#:~:text=Madison%20(1803),-EnlargeDownload%20Link&text=Citation%3A%20Show%2Dcause%20order%20served,fire%20in%20the%20Capitol%20Building.)>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Plessy vs. Ferguson, Judgement, Decided May 18, 1896; Records of the Supreme Court of the United States; Record Group 267; Plessy v. Ferguson, 163, #15248, National Archives.

POSNER, Richard A. “**What Am I? A Potted Plant?**” *New Republic*, September 28, p. 23–25, 1987.

PRADO, Luiz Regis. **Governo dos juízes: fim do Estado de Direito?** Gen Jurídico. 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/02/18/ativismo-judicial-governo-juizes/>>.

Porto Editora – *ideologia* no Dicionário infopédia da Língua Portuguesa [em linha]. Porto: Porto Editora.]. Disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/ideologia>. Acesso em: 25 de março de 2023.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, p.73-166, 2016.

RODIA, Tina. *What defines judicial activism? Not being an activist, says Kermit Roosevelt*. Penn Today. 15 de julho de 2022. Disponível em: <<https://penntoday.upenn.edu/news/what-defines-judicial-activism-not-being-activist-says-kermit-roosevelt>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2023.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo**. Conjur. 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/direito-comparado-formula-radbruch-risco-subjetivismo>>. Acesso em 16 de abril de 2022.

ROOSEVELT, Kermit. *judicial activism*. *Encyclopedia Britannica*, 16 de outubro de 2019. Disponível em:< <https://www.britannica.com/topic/judicial-activism>>. Aceso em 15 de fevereiro de 2023.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato Social**. Tradução: Lourdes Santos Machado, São Paulo: Nova Cultural, Coleção Os Pensadores, vol. I, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Ministério Público do Estado da Bahia. 2009. Disponível em <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em 16 de maio de 2023.

_____. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2007.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court**: 1947. *Fortune*, Vol. 35 (1), 1947.

SCHROEDER Christopher H. & Glicksman, Robert L. **Chevron, State Farm & EPA In the Courts of Appeals During the 1990s**. 31 ENVTL L. REP. 10371, 10392. 2001.

SPITZER, Elianna. **"What Is Judicial Activism?"**. ThoughtCo, Aug. 27, 2020, Disponível em: <[thoughtco.com/judicial-activism-definition-examples-4172436](https://www.thoughtco.com/judicial-activism-definition-examples-4172436/)>. Acesso em: 20 de novembro de 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Consultor Jurídico. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 10 de novembro de 2022.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política**. *Revista Direito GV* 8 (1). Jun/2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?lang=pt>>. Acesso em: 10 de dezembro.

TEIXEIRA, Yuri de Matos Mesquita. **O ativismo judicial como fenômeno negativo ao Estado Democrático de Direito brasileiro**. Orientador: Jaime Barreiros Neto. 153 fls. Dissertação (mestrado). Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD), Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/35820/1/O%20ATIVISMO%20JUDICIAL%20COM%20O%20FEN%20NEGATIVO%20AO%20ESTADO%20DEMOCR%20TIPO%20DE%20DIREITO%20BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2022.

TRAMARIM, Eduardo. **Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte**, Dr. Ulysses Guimarães (10' 23"). Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>>. Acesso em: 10 de novembro de 2022.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo Judicial: As Experiências Norte-Americana, Alemã e Brasileira**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Vol. 53. 2011. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

TUSHNET, Mark. **Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Counter-Majoritarian Difficulty**. Michigan Law Review, v. 94, 1995.

ULPIANO. Digesto de Justiniano – Liber Primus. Trad. Hécio Maciel França Madeira. Ed. Bilingue, 3 ed. São Paulo: RT e Centro Universitário FIEO, 2002.

WASHINGTON, George. **Text of Washington's Address**. Farewell Address. 1796. Disponível em <<https://www.owleyes.org/text/farewell-address/read/text-of-washingtons-address#root-62>>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

WALDRON, Jeremy. **O cerne da posição contrária à revisão judicial**. The Yale Law Journal. V. 115, N. 6, P. 1346-1406, ABR. 2006. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/86488/81417>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2022.

ZIEGLER, Joici Antonia. **Ativismo Judicial na Perspectiva de Jürgen Habermas e Antoine Garapon e as Possíveis Implicações no Tocante à Democracia**. Colóquio de Ética, Filosofia Política e Direito. UNISC. 2016. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/efpd/article/view/15012>>. Acesso: em 15 de novembro de 2022.