

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO**

KARYNA BATISTA SPOSATO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

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

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: Karyna Batista Sposato; Lucas Catib De laurentiis; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis:
CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-296-5

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

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Argumentação. 3. Realismo. III Encontro
Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os textos aqui reunidos foram apresentados no Grupo de trabalho “Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico”, atividade que integrou o III Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi). Os trabalhos tratam questões como positivismo jurídico, interpretação, ativismo judicial, direito à saúde, educação, teoria da ponderação e dos princípios. A grande variedade de temas e a multiplicidade de pontos de vista e abordagens demonstram a importância científica e a relevância deste evento. Os debates e apresentações foram extremamente ricos e importantes para o desenvolvimento de novas ideias e perspectivas para as teorias da justiça e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Tudo isso vem reforçar a riqueza dos Encontros organizados pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, atividade que congrega professores, pesquisadores e estudantes de todas as regiões do país. Em seu novo formato digital, o Encontro do Conpedi já está consolidado como um espaço genuíno de desenvolvimento da ciência jurídica brasileira com base em debates de alto nível e excelência acadêmica. Em tempos de Pandemia e de extremismos políticos, esta iniciativa mostra ter extrema relevância científica e política para o direito e a sociedade brasileira.

Desejamos a todos a uma excelente leitura!

Prof. Dra. Karyna Batista Sposato

Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dr. Lucas Catib de Laurentiis

Professor e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas)

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva

Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da
Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)

**DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL SOB A ÓTICA DE JEREMY WALDRON.
DEMOCRACY AND JUDICIAL ACTIVISM FROM THE VIEW OF JEREMY
WALDRON.**

**Sophia Fernandes Ary ¹
Gina Vidal Marcilio Pompeu ²**

Resumo

O presente artigo versa sobre a mudança do papel do Judiciário no Neoconstitucionalismo, em que são reveladas as fragilidades dos argumentos que embasam a legitimidade do Judicial Review. Para tanto, são ponderados os pensamentos de Jeremy Waldron, com o intuito de demonstrar o aspecto antidemocrático do ativismo judicial. A perquirição conclui lesão ao princípio da separação de poderes e a ilegitimidade de alçar como ente imparcial em defesa dos direitos das minorias representantes não eleitos e sem relacionamento com o titular do poder: o povo.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Democracia, Jeremy waldron, Separação de poderes, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the changing role of the Judiciary in Neoconstitutionalism, in which the weaknesses of the arguments that support the legitimacy of the Judicial Review are revealed. To this end, the thoughts of Jeremy Waldron are considered, in order to demonstrate the anti-democratic aspect of judicial activism. The investigation concludes an injury to the principle of separation of powers and the illegitimacy of standing as an impartial entity in defense of the rights of minority unelected representatives who have no relationship with the incumbent of power: the people.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Democracy, Jeremy waldron, Separation of powers, Judicial power

¹ Graduanda pela Universidade de Fortaleza; Pesquisadora e Monitora Bolsista em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

² Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal (2017), Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004).

1. INTRODUÇÃO

O pós-Guerra desnudou a ineficiência do Positivismo Jurídico e a necessidade de conciliar a segurança jurídica com valores que impediriam a repetição histórica dos horrores da guerra. Nesse contexto, a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e da Lei Fundamental de Bonn (1949) ampararam o surgimento do Estado Democrático de Direito, inaugurando o Neoconstitucionalismo. Desse modo, o Pós-Positivismo surgiu com o fito de reaproximar o Direito da Moral; o que seria realizado mediante a jurisdição constitucional e o aumento do poder criativo do juiz. Por corolário, o mecanismo do *Judicial Review* foi implantado em diversos países da geopolítica mundial, polarizando a comunidade jurídica.

Dessa forma, o artigo tem o objetivo geral de questionar o ativismo judicial, fruto da Nova Hermenêutica Constitucional iniciada no final do séc. XX, à luz do pensamento de Jeremy Waldron. Com esse foco, o artigo tem por objetivos específicos: a) observar as questões filosóficas inerentes ao *Judicial Review*; b) analisar o aspecto antidemocrático da ‘Juristocracia’ e c) questionar a legitimidade dos Supremas Cortes e de seus representantes não eleitos para decidir em nome do titular do poder: o povo.

O escopo do trabalho concretizar-se-á mediante pesquisa qualitativa, por intermédio de raciocínios indutivo e dedutivo, bem como com a utilização de técnicas de revisão bibliográfica, a exemplo da obra “*Law and Disagreement*”, escrita por Jeremy Waldron, além de diversos autores que contribuíram para os progressos da hermenêutica constitucional.

Nessa vertente dualista, inúmeros cientistas políticos adotaram a defesa da onipotência do Judiciário, a exemplo de Ronald Dworkin, o qual preconiza, em sua obra *Freedom’s Law*, que o ativismo judicial enriquece o liberalismo, tendo em face que blinda os direitos fundamentais contra a soberania popular, possivelmente tirana, vedando o retrocesso social. Com tal pensamento, o defensor do moralismo jurídico sugere a realização de uma reforma constitucional no cenário inglês, objetivando o alinhamento com a estrutura política norte-americana.

Em contrapartida, Jeremy Waldron se situa entre os contrários ao ‘governo dos juízes’, destacando violação explícita ao princípio da separação de poderes e ao exercício participativo dos direitos políticos pelo povo. No cerne da questão, os defensores do voto majoritário invocam a periculosidade de revestir indivíduos não eleitos pelo povo do poder decisório, bem como explicitam o não conflito entre Liberalismo e Democracia.

Destarte, a relevância do presente artigo reside na polarização que circunda a sociedade, no que tange à transformação da organização estatal no final do séc.XX. A investigação almeja

denotar a vulnerabilidade dos argumentos que fundamentam o *Judicial Review*, examinando as questões filosóficas implícitas à problemática; a influência das questões históricas para a implantação da jurisdição constitucional nos EUA e os malefícios do ativismo judicial à democracia.

2. QUESTÕES FILOSÓFICAS PRELIMINARES

O primeiro tópico a ser revisitado concerne ao “*Disagreement*”. John Locke preconiza que o consenso diante da pluralidade do subjetivismo é uma utopia, ou seja, em sociedades plurais e multiculturais os indivíduos estão fadados a discordarem. O convívio social é permeado por desacordos inevitáveis, os quais se refletem nas decisões das instituições do Estado. Diante disso, emergem divergências no tocante à escolha do método para a solução dos conflitos sociais.

A existência de indivíduos que não comungam da decisão estatal acerca das variadas temáticas suscita um questionamento no que tange à obrigatoriedade da subordinação dos cidadãos ao resultado do devido processo legal, a despeito de discordarem do discernimento estatal. Nessa vertente, inúmeros cientistas políticos pregam que a justificativa do condicionamento dos indivíduos ao Estado reside no contrato social, pressuposto de todo membro de uma comunidade, o qual legitima a vinculação da decisão estatal, uma vez que os indivíduos, “fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do restante com mais segurança” (BECCARIA, 2013, pg.23).

Entretanto, tais desacordos podem ser maléficos ou benéficos à democracia. Diante das vantagens que circundam o debate social, Jeremy Waldron explicita que “tais desacordos são um sinal - o melhor sinal possível nas circunstâncias modernas - de que as pessoas levam os direitos a sério” (WALDRON,1999, pg.311), uma vez que a existência de debates sociais plurais e diversificados é requisito inegociável para a efetivação da Democracia.

Logo, a linha tênue que divide os debates saudáveis dos nocivos tem intrínseco relacionamento com o indivíduo estar aberto à diversidade, mediante a expurgação de padrões preconceituosos e competitivos. Nesse sentido, Jeremy Waldron dita que:

Aqueles que pensam ser possível que estejam enganados devem estar menos inclinados a lançar suas conclusões na pedra e mais à possibilidade de que o debate subsequente entre seus concidadãos venha a produzir, de tempos em tempos, conclusões melhores do que as suas. Espera-se que a interação de argumentos produza

melhores teorias que formarão a base para um debate mais vigoroso (WALDRON,1999, pg.224)

2.1 INTERESSE E VISÃO PREDATÓRIA

A Jurisprudência dos interesses, a qual teve por precursor Rudolf Von Ihering e por principal expoente Philipp Heck, consiste em uma corrente do séc. XIX contrária à limitação da atividade jurisdicional e defensora da atuação progressista dos juízes. Tal corrente defende que o mundo jurídico é movido pelos interesses dos indivíduos, sendo o guia do juiz na criação do direito.

Nesse sentido, as ideias de Thomas Hobbes coadunam com a arguição dos juristas alemães supracitados, ao notabilizar que o indivíduo no “Estado de Natureza” apresenta características degradantes, sendo egoísta e movido por interesses particulares. O absolutista inglês afirma a necessidade do Estado forte e regulador, na medida que a organização estatal conteria os instintos humanos, evitando a guerra de todos contra todos. Tais apontamentos que descrevem a natureza humana com base nos interesses individuais estão em conformidade com os conceitos de “Imperativo hipotético”, formulado por Immanuel Kant, posteriormente acolhido à tese de Jürgen Habermas, no séc XX, com a nomenclatura de “Agir estratégico”.

Em contrassenso, diversos filósofos políticos aderiram à corrente de que o ser humano apresenta ‘índole’ positiva, argumentando que o “Estado de Natureza” seria um período de harmonia e paz. À título de ilustração, Jean-Jacques Rousseau, ao cunhar a emblemática frase: “O homem nasce bom; a sociedade o corrompe”, firma o entendimento bucólico de que o ser humano desenvolveu suas capacidades livremente no estado natural. Desse modo, o teórico da soberania popular posicionou-se determinadamente contrário ao posicionamento de Hobbes.

Tal dicotomia transcende a polarização que vigora desde o séc. XVII na comunidade política, vicejando argumentos e teses que embasam a escolha do princípio de autoridade do sistema, bem como as decisões concernentes à organização do Estado hodiernamente.

No que se refere ao intrínseco relacionamento entre a dicotomia Hobbes-Rousseau e o instituto do *Judicial Review*, observa-se que os defensores deste argumentam que a principal razão para a limitação da soberania popular, alçando a Suprema Corte a um ente imparcial, seria a blindagem dos direitos fundamentais, devido à explícita adoção do posicionamento de Hobbes, no sentido de que os indivíduos, agindo manifestamente por interesse individual e sendo alheios ao bem-comum, são uma ameaça à ordem constitucional e aos direitos conquistados. Sendo assim, continuam os teóricos, notabiliza-se de suma importância a intervenção do Estado,

objetivando a defesa dos direitos individuais das minorias. Em suma, o instituto do *Judicial Review* é corolário da adoção do pensamento hobbesiano.

Discordando substancialmente da visão degradante da natureza humana, Waldron elucida:

Se, por outro lado, o desejo de entrincheiramento é motivado por uma visão predatória da natureza humana e do que as pessoas farão umas às outras na arena política democrática, será difícil explicar como ou o porquê de as pessoas deverem ser vistas essencialmente como detentoras de direitos. Se a nossa única imagem do homem é a de um animal egoísta [...] não temos a concepção de autonomia moral digna em que tais discriminações de interesses possam se basear (WALDRON, 1999, pg.222).

Sob essa lógica, a incongruência do alicerce do ativismo judicial na visão degradante do ser humano é revelada pelo fato de a Suprema Corte ser formada também por indivíduos. Sendo assim, os ministros da corte constitucional também agiriam por interesse, pretensão carregada de maior impacto social pela não vinculação com a sociedade civil e pela quantidade reduzida de votantes. Nesse tocante, Waldron resume: “Por que não ser igualmente cínico sobre a opinião dos juízes? (Muitas pessoas são). Por que não ser cínico também sobre os criadores da constituição, sobre Madison ou Jefferson?” (WALDRON, 1999, pg 230).

Historicamente, a exemplo dos casos emblemáticos *Dred Scott* e *Plessy vs Ferguson*, as decisões das cortes se revelaram substancialmente influenciadas por ideologias dominantes. Em consonância com o exposto, inúmeras pesquisas comprovam a desconfiança da população com a integridade moral dos componentes do Poder Judiciário hodiernamente.

No Brasil, conforme pesquisa realizada pelo Datafolha, divulgada no dia 29 de dezembro de 2019, 39% da população brasileira avalia a atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal como “ruim ou péssima”; enquanto apenas 19% dos votantes optaram pela categoria “bom”. Especificando os entrevistados que contavam com ensino superior, o número atinge 48%. A metodologia da pesquisa envolveu entrevistas em 176 municípios do país, entre 5 e 6 de dezembro, sendo a margem de erro de 2 pontos percentuais e o nível de confiança de 95%. Assim, a investigação comprova a desconfiança do povo brasileiro acerca das decisões dos ministros que compõem a corte.

3. JUDICIAL REVIEW

A atuação do Poder Judiciário se realiza, na atual organização estatal, pela “Judicialização” e pelo “Ativismo Judicial”. Convém destacar que tais termos não são sinônimos, apresentando pontuais divergências. A Judicialização é a atuação judiciária prevista na nova

organização estatal do Neoconstitucionalismo. Nessa vertente, o totalitarismo constitucional e os sistemas de controle de constitucionalidade difuso e concentrado admitem uma preponderância judiciária nos moldes pré-constituídos.

De forma discrepante, o termo “Ativismo Judicial” reside no agigantamento do Poder Judiciário, transcendendo ainda mais as prerrogativas judiciárias determinadas nas Constituições principiológicas. A reação do Poder Judiciário diante das omissões legislativas, a declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos, argumentando parâmetros subjetivos não auferíveis pelo texto constitucional originário, bem como a determinação de atitudes a serem tomadas pelo Poder Público podem se enquadrar no conceito supracitado. Ran Hirschl explica: “These emerging areas of judicial intervention expand the boundaries of national high court involvement in the political sphere beyond the ambit of common rights or federalism jurisprudence, taking the judicialization of politics to a point that far exceeds any previous limit.” (HIRSCHL, 2009, pg.170).

Nesse tocante, a Jurisdição Constitucional é revelada na outorga de poderes a um órgão judicial, responsável pela efetivação da Força Normativa da Constituição, conceito de Konrad Hesse que pautou o progresso ao Estado Democrático de Direito. Nessa senda, a limitação da atuação do poder legislativo, bem como a proteção dos direitos das minorias diante de eventuais ditaduras da maioria estão entre as justificativas para a consolidação do Poder Judiciário como um ente imparcial para garantir a eficácia da Constituição.

Ademais, a preponderância judiciária é escrutinada com a prerrogativa de garantir unidade e coerência ao sistema, identificando e erradicando impasses presentes no ordenamento jurídico. Soma-se à questão a necessidade de soluções casuísticas, bem como de efetivar direitos previstos, diante da inércia legislativa nos casos das normas de eficácia limitada, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva.

3.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Conforme preconizam Hans Georg Gadamer e Martin Heidegger, expoentes do desenvolvimento do pensamento hermeneuta da Escola Fenomenológica, em suas obras ‘Verdade e Método’ e ‘Ser e tempo’ respectivamente, o ‘horizonte temporal’ exerce substancial influência na formulação das decisões. Nessa linha de raciocínio, o contexto histórico americano está diretamente relacionado à adaptabilidade do ativismo judicial nos EUA, revelando a ineficiência da exportação de tal instituto para outros países da geopolítica mundial.

Após a Independência das treze colônias inglesas da América do Norte em 1776, estas se uniram por meio da Confederação até 1787, quando foi estabelecida a Federação e promulgada a Constituição dos EUA. Dentre as diversas diferenças entre os dois tipos de Estado, observa-se a fixação da Suprema Corte, responsável pela resolução dos conflitos supervenientes envolvendo os entes federativos, de forma a garantir a unidade do Estado. Desse modo, são nítidos o valor sentimental e os caracteres *sui generis* que a Suprema Corte e a Constituição de 1787 ostentam nos EUA, como garantidores da unidade da nação. Prova disso é que o documento de fundação do país ainda é a atual Constituição, nunca tendo sido revogada; ao passo que o Brasil já teve 7 Constituições em sua história.

Outro aspecto que merece destaque consiste na influência da experiência inglesa para a adoção do fortalecimento do Poder Judiciário nos EUA. O temor da preponderância do Executivo, vivenciada pelo absolutismo monárquico na Europa, bem como o perigo do fortalecimento do Legislativo, em vista do Parlamentarismo no cenário inglês, a partir da consolidação da monarquia constitucional com a Revolução Gloriosa no séc. XVII, resultaram na preocupação de evitar que os dois poderes subvertessem a ordem constituída, atribuindo a tarefa ao Judiciário, conforme elucidação:

Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. (HAMILTON, MADISON e JAY, 2003, pg.455)

Apesar da tentativa de evitar a hipertrofia do Executivo, diversos cientistas políticos apontam que o Presidencialismo nos EUA, na realidade, instituiu um líder totalitário. Consoante Paulo Bonavides, o chefe do Poder Executivo nos Estados Unidos concentra os poderes de “um rei da Inglaterra, um primeiro-ministro da Itália e um secretário-geral do Partido Comunista da União Soviética. Enfeixa mais poderes que um monarca absoluto. Luís XIV, redivivo, trocaria talvez sem titubear o manto real de seu poder pela faixa presidencial de qualquer presidente dos Estados Unidos”. (BONAVIDES, 2000, pg.180)

Todavia, a implantação do *Judicial Review* propriamente dito nos EUA ocorreu somente no início do séc. XIX, diante do caso que ficou conhecido como “*Marbury vs Madison*”. No período, John Adams, o segundo Presidente da história americana, havia nomeado Marshall para ocupar o cargo de Presidente da Suprema Corte, bem como vários juízes de paz, dentre eles

Marbury. Quando Thomas Jefferson assumiu a presidência, nomeou Madison Secretário de Estado, o qual não reconheceu a indicação de Marbury.

O caso chegou à Suprema Corte, ficando a decisão sob responsabilidade do estrategista Marshall. A decisão, além de declarar a inconstitucionalidade do Judiciary Act de 1789, eliminando a capacidade presidencial para a nomeação dos juízes de paz, instituiu a competência do poder Judiciário para a resolução de antinomias e a realização do controle de constitucionalidade, inaugurando o sistema difuso. Cabe salientar que Marbury teve o direito de ser empossado devido ao art. VI da Constituição, o qual pregava a segurança jurídica.

Em suma, o ativismo judicial acompanhou o desenvolvimento histórico-social americano. No entanto, ignorando os fatores históricos e sociais, percebe-se uma forte tendência ao alinhamento à estrutura estatal dos EUA por países estrangeiros. O simples fato de o sistema jurídico norte-americano ser pautado nas ‘stare-decisis’, em contraposição ao direito legislado brasileiro, bem como os diferentes tipos de Constituição (sintética e analítica) demonstram as diferenças e a não compatibilidade entre os ordenamentos. Acerca da questão, Montesquieu já comentava no séc XVIII: “As leis (...) Devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra”. (DE MONTEQUIEU, 2011, pg.16)

Polêmica similar foi enfrentada durante a tardia unificação alemã, quando Anton Justus Friedrich Thibaut defendia a cópia do Código Civil francês na Alemanha, o que Friedrich Carl von Savigny, maior expoente da Escola Histórica, se posicionou totalmente contra. Savigny explicou que o direito não é unicamente racional, fazendo uma alegoria com a língua e a gramática. Da mesma forma que a língua é criada espontaneamente pelo povo e a gramática regula esse costume, o direito é criado no desenvolvimento da sociedade, sendo a lei a regulamentação.¹

Desse modo, o processo histórico norte-americano foi responsável pela formação da cultura política favorável ao mecanismo do *judicial review*; diferente do que ocorreu nos demais países. Nesse sentido, notabiliza-se desarrazoada a pretensão de exportar tais conceitos para países onde o sistema e a sociedade estão em contrassenso ao crescimento da atividade jurisdicional, coadunando com o posicionamento de Ran Hirschl: “*The wave of judicial activism that has swept over the world in the past few decades has not bypassed one of the most*

¹ Acerca do conflito Savigny x Thibaut no que tange à codificação da Alemanha, observar: BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**, 1995, p. 53-62.

contentious issues a democratic polity ought to address—that of coming to terms with its own past” (HIRSCHL, 2009, pg. 190).

3.2 CONTEXTO BRASILEIRO E LATINO-AMERICANO

Nos últimos anos, é notória a transformação da posição ocupada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na sociedade brasileira. Desde o julgamento do Mensalão em 2005, quando integrantes do Partido dos Trabalhadores (PT) arquitetaram um esquema de desvio de dinheiro público para compra de votos parlamentares, envolvendo outros dez partidos políticos, o Supremo deixou de ser a corte contida da década de 1990, ocupando posição de destaque na sociedade, o que se acentuou diante da Operação Lava-Jato, iniciada em 2014, a qual ganhou destaque no país devido à investigação de um esquema de lavagem de dinheiro de bilhões de reais em propina, envolvendo integrantes do governo, políticos e empresários.

Na realidade, a hipertrofia do STF remonta ao caso Ellwanger, apreciado em 2002. Ao invés do ministro Moreira Alves, responsável pelo caso, analisar o conflito aparente entre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Liberdade de Expressão, a discussão residiu no enquadramento das produções antissemitas do editor gaúcho Sigfried Ellwanger no crime de racismo (Lei 7.716/1989), o qual é imprescritível, o que tornaria possível o ajuizamento da ação, ou no crime de preconceito e discriminação, prescrevendo a conduta. A decisão final do plenário resultou na consideração de que os judeus constituem uma raça, não obstante o relator Moreira Alves tenha votado em contraposição. O caso foi um marco por estrear as transmissões da TV Justiça, a qual colaborou para a influência social do STF.

Após o caso, diversos julgamentos do STF salientam a mutação da posição ocupada pela Corte, a exemplo da ADPF 54, na qual foi assegurada a possibilidade de Aborto de fetos anencéfalos, ampliando o rol permitido pelo artigo 128 do CP, bem como da ADI 4277, quando o STF estendeu aos casais homoafetivos o direito à união estável; garantindo também o direito ao casamento de indivíduos do mesmo sexo posteriormente, em 14 de maio de 2013, mediante uma resolução do CNJ, sob a presidência de Joaquim Barbosa.

Em julho de 2011, conforme dados do Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (Ibope), 55% dos participantes da pesquisa desaprovavam as decisões do STF em favor da concessão do direito à união estável aos casais homoafetivos. Na ocasião, o ministro Luiz Fux comentou após o julgamento: “Até que ponto o STF é obrigado a dar uma resposta que

a sociedade não está preparada para recebê-la [...] havia um desacordo moral mais do que razoável na sociedade, um desacordo moral tendente a não aceitar aquilo”.

Em outubro de 2016, na ADI 4983, o STF declarou a inconstitucionalidade da Lei do Ceará 15299, a qual versava acerca da legalidade da vaquejada, caracterizando-a como atividade desportiva-cultural. Na ocasião, o Legislativo não foi inerte² à decisão do Supremo, promulgando a EC 96, a qual incluiu no art.215 da CF o §7º, prevendo a vaquejada. O julgando comprovou a tese de que as decisões da Suprema Corte estão intrinsecamente relacionadas à visão de mundo dos ministros, uma vez que não havia nenhum nordestino entre os componentes da corte.

Recentemente, em 2019, o STF equiparou atos de homofobia e transfobia ao crime de racismo na ADO 26, determinando que tais atitudes devem ser enquadradas no tipo penal; o que colaborou para o ativismo do Poder Judiciário. Em 2020, na ADI 5543, ajuizada pelo PSB em 2016, o STF declarou inconstitucional a Portaria 158/16 do Ministério da Saúde e a Resolução 34/14 da Anvisa, permitindo a doação de sangue por homens homossexuais.

No ordenamento jurídico brasileiro, dois instrumentos constitucionais embasam a atuação expansiva da corte: a Ação Direta de inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção³. Tais instrumentos são garantias constitucionais, permitindo a atuação do Poder Judiciário, diante da ineficiência legislativa, uma vez que inexista norma regulamentadora, impossibilitando a eficácia plena das previsões constitucionais de aplicabilidade mediata e reduzida, dependentes de lei integrativa infraconstitucional. Tais normas são descritas na classificação de José Afonso da Silva como “Normas de eficácia limitada”.

Enquanto a ADO tem relacionamento com o controle concentrado, tendo competência apenas o STF; o Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI da CF/88, é exercido pelo controle difuso e incidental de constitucionalidade. Ademais, o Mandado de Injunção tem efeito *inter partes* e confere a qualquer pessoa a legitimidade necessária para impetração da ação; de forma diversa, a ADO tem efeito *erga omnes* e atribui legitimidade ativa apenas aos entes do art. 103 da CF.

No que tange aos países da América Latina, como a Colômbia, nos casos envolvendo a proteção de direitos a casais homoafetivos, a apreciação da constitucionalidade das cotas de

² Efeito “back-lash”. No Dicionário Cambridge Online significa: “a strong feeling among a group of people in reaction to a change or recent events in society or politics”. Assim, o efeito “back-lash” se traduz em uma reação política ativa, em geral do Poder Legislativo, diante de decisões judiciais questionáveis e controversas.

³ Conferir: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. [S. l.], 2016.

gênero e a ordem ao Ministro da Educação da implantação de políticas públicas de combate ao Bullying escolar; e o Peru, na excessiva judicialização das políticas públicas referente ao direito à saúde, observa-se a acentuada onipotência judicial no continente. Tais casos demonstram a atuação ‘espaçosa’ dos tribunais e explicitam a mutação da atividade jurisdicional, invadindo o *locus* do Poder Legislativo e representando uma explícita importação ilógica de institutos estrangeiros.

3.3 DIREITOS DAS MINORIAS

O fulcro central da teoria do ativismo judicial se relaciona com a blindagem dos direitos fundamentais diante de reformas, protegendo o direito das minorias diante de possíveis maiorias tirânicas. Nesse sentido, a Suprema Corte é alçada ao posto de guardiã da Constituição e protetora das minorias, a qual limitaria a atividade legislativa nesse sentido. Tal posicionamento se baseia na teoria do “Checks and Balances”, formulada pelo inglês Bolingbroke no séc. XVIII, o qual afirma que um poder deve fiscalizar o exercício do outro.

Todavia, no caso do *Judicial Review*, não há mútua fiscalização, já que na prática o Poder Judiciário detém grande parte da prerrogativa, de modo a evidenciar a assimetria do instituto e ferir a Teoria dos Jogos de John Nash⁴, na medida que a teoria matemática prova a relevância do equilíbrio em todas as situações.

Segundo o mecanismo, a periculosidade em face de possíveis reuniões populares tirânicas enseja a proteção dos grupos minoritários, visando a concretizando da proteção jurídica prevista na Declaração Universal de Direitos Humanos. Tal intervenção e restrição à autonomia do povo comunga com a ideia de Platão, uma vez que o filósofo da Grécia Antiga pensa que a perfeição se relaciona com a autocontenção e a dominação das vontades e das paixões, consistindo na linha tênue que divide as “Almas Racionais” das “Almas Apetitivas”.

Desse modo, a tese da hipertrofia do judiciário é sustentada por cientistas políticos, como Stephen Holmes, que evidencia que “se os eleitores pudessem obter o que quisessem, eles próprios naufragariam inevitavelmente. Ao se vincularem a regras rígidas, eles podem alcançar melhor seus objetivos coletivos sólidos e de longo prazo” (HOLMES, 1995, pg.135).

⁴ Teoria que acarretou o Prêmio Nobel em Economia de 1994 a John Forbes Nash Junior. O Equilíbrio de Nash reside em um conceito intrínseco à Teoria dos Jogos, segundo o qual em um jogo os jogadores só poderão ganhar se mudarem suas estratégias reciprocamente e não de forma unilateral. O modelo matemático é aplicado na Economia e na Ciência Política, com o objetivo de modelar o comportamento de entidades ou grupos. Conferir: NASH, John F. **The Essential John Nash**. Princeton University Press, 2002.

Em contraposição, Bruce Ackerman pondera a ilegitimidade da Suprema Corte revogar decisões majoritárias. Para tal, o constitucionalista americano faz uma alegoria com uma situação hipotética em que o Islamismo crescesse substancialmente, suscitando movimentos políticos no mundo Ocidental, o que acarretaria a promulgação de uma Emenda Constitucional que teria por fulcro mudar a 1ª Emenda, enunciando: “O Cristianismo é estabelecido como a religião oficial do povo americano e o culto público de outros deuses está, pela presente, proibido”. Nesse sentido, a Suprema Corte não apresentaria legitimidade para revogar a EC, alegando proteção aos direitos fundamentais, devido à força da soberania popular.

Nesse cenário, Waldron examina que, na ‘juristocracia’, haveria explícita refutação do autogoverno, constituindo o que Aristóteles nominou “Aristocracia”. Todavia, tal recusa não está relacionada à questão da irracionalidade da democracia direta ateniense devido à extensão do Estado contemporâneo, mas reside na mitigação do poder de reação do povo diante de abusos dos membros do governo; capacitando o Judiciário para tornar-se “capaz de operar de formas que não representam as intenções do agente que os instituiu” (WALDRON,1999, pg. 262).

Ran Hirschl pondera: “*courts might metamorphose into Dr. Frankenstein’s monster: unpredictable and autonomous decision-making bodies whose judgments run counter to the interests and expectations of their political advocates*” (HIRSCHL,2009, pg.171), transformando-se em uma espécie de Poder Constituinte Originário do sistema, uma vez que insubordinado e intérprete dos limites constitucionais.

A incoerência da tese do Judiciário como guardião da Constituição é facilmente demonstrada por Waldron pelo simples fato de que o Judiciário não é um ente externo, estando dentro da “moldura” da sociedade. Desse modo, as decisões futuras nas cortes também podem tornar-se tirânicas, da mesma forma que a atividade legislativa e eventuais maiorias populares, somando-se apenas a violação do princípio da separação de poderes no ativismo judicial. É ingênuo imaginar que ministros nomeados politicamente são imparciais.

Diversos países, como a Alemanha, realizaram manobras constitucionais com o objetivo de descaracterizar e camuflar a atividade excessiva da Corte Constitucional como violação à tripartição das funções estatais. Em contraposição ao modelo brasileiro e americano, no qual a Suprema Corte consiste em órgão do Poder Judiciário, tais organizações estatais adotaram o modelo de Tribunal Constitucional, o qual não faz parte do Poder Judiciário, sendo órgão da República, tendo, assim, legitimidade para atuar como um certo ‘Poder Moderador’ do sistema e podendo supostamente, no plano teórico, ter a confiabilidade requisitada para ser referido como

‘ente imparcial’; o que na prática continua infringindo o princípio da justiça, sendo apenas uma forma de revestir de legalidade a questão.

Cabe escrutinar as diferenças entre os dois modelos. Ao passo que a Suprema Corte é formada por integrantes com formação estritamente jurídica, dotados de vitaliciedade e tendo suas decisões fundamentação jurídica; os Tribunais Constitucionais apresentam composição plural, apresentando membros do Executivo, do Legislativo, do Judiciário e da sociedade civil, os quais são detentores de mandatos, tendo por fulcro decisões políticas. Desse modo, o modelo do Tribunal Constitucional, em contrassenso às Supremas Cortes, garante certa democraticidade à Separação de Poderes, não obstante ainda diminuta.

Dworkin ainda argumenta implicitamente que a soberania popular não ostenta legitimidade suficiente para ser o princípio de autoridade do sistema, já que o povo é o destinatário das decisões, o que configuraria que eles seriam *‘judges in their own case’*. A vulnerabilidade de tal construção lógica é visivelmente revelada pelo fato de que os representantes do judiciário, enquanto cidadãos, estão subordinados à norma da mesma forma que os cidadãos comuns. Em conformidade, Waldron explica que “tais decisões serão inevitavelmente tomadas por pessoas cujos próprios direitos são afetados pelas decisões” (WALDRON,1999, pg.297).

4. DEMOCRACIA

Conforme elucida William Cobbett, *‘The Right of Rights’* seria “o direito de participar na elaboração das leis, para as quais o bem-comum torna seu dever se submeter” (COBBETT1829, pg.232). Nesse sentido, a democracia é pressuposto de todos os demais direitos positivados no ordenamento jurídico, uma vez que a conquista dos direitos foi possibilitada pela previsão do processo democrático.

É inquestionável que a Democracia, em conjunto com o Liberalismo, são pilares do Estado Democrático de Direito, não obstante o surgimento destes remontem à Grécia Antiga e aos movimentos do séc. XVIII que deram origem ao Estado Liberal respectivamente. Desse modo, apesar do argumento hierarquizante invocado pelos apoiadores da onipotência jurisdicional, para quem os direitos fundamentais seriam mais importantes que a democracia, sendo, inclusive, necessário suplantar essa para a plena efetivação daquele, Norberto Bobbio esclarece que os direitos individuais e o igualitarismo democrático não são oponíveis, mas sim interdependentes:

Ainda que muitos escritores liberais tenham contestado a oportunidade da extensão do sufrágio universal e no momento da formação do Estado Liberal a participação no voto somente era permitida aos proprietários, o sufrágio universal não é, em princípio, adverso nem ao Estado de direito nem ao Estado mínimo. Ao contrário, deve-se dizer que se foi formando tal interdependência entre um e outro que, enquanto no início puderam se formar Estados Liberais que não eram democráticos (se não nas declarações de princípio), hoje não seriam mais concebíveis nem Estados Liberais não democráticos, nem Estados Democráticos que não fossem liberais. Existem, em suma, boas razões para crer: a) que hoje o método democrático é necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado Liberal; b) que a salvaguarda desses direitos é necessária para o correto funcionamento do método democrático. (BOBBIO,2017, pg.65).

Em face de tal explicação, soa descabida a argumentação de que a concretização dos direitos fundamentais realizar-se-á por intermédio da violação da soberania popular, tendo em vista que a democracia é o sustentáculo do liberalismo e *vice-versa*. Para que de fato os direitos individuais sejam protegidos diante de governos tiranos, se faz necessário que o povo detenha meios que garantam sua participação nas decisões governamentais. Waldron destaca: “A reivindicação não é apenas que haja um elemento popular no governo, mas que o elemento popular seja decisivo. A demanda é por democracia, não apenas a inclusão de um elemento democrático em um regime misto” (WALDRON,1999, pg.235).

Logo, a liberal-democracia consiste na aplicação do princípio da proporcionalidade, conciliando as duas teorias, tendo em face que

(...) uma teoria dos direitos não deveria ter como objetivo retratar os membros comuns de uma maioria democrática como predadores egoístas e irresponsáveis. Mas, igualmente, uma teoria da democracia não deve prever a indiferença de um procedimentalismo puro sobre o destino dos direitos individuais sob um sistema de decisão da maioria, pois muitos desses direitos são baseados no respeito pela agência moral individual que a própria democracia envolve. (WALDRON,1999, pg.282)

4.1 INTERGENERATIONAL OBJECTION

Nessa linha de raciocínio, Jeremy Waldron conceitua “*Intergenerational Objection*” para elucidar que o que a Suprema Corte considera incluído no rol de direitos fundamentais hodiernamente diverge do que era considerado décadas anteriores. Prova disso reside no fato de que, no contexto brasileiro, sob a Ditadura Militar ou o regime varguista, o reconhecimento

formal dos direitos individuais eram substancialmente diversos dos positivados na Constituição de 1988. Acerca da questão, John Locke já ponderava:

Era impossível aos primeiros arquitetos dos governos, mesmo que tentassem prever o futuro, exercer sobre os acontecimentos futuros um controle suficiente para serem capazes de fixar de antemão e definitivamente o momento da eleição periódica e a duração das reuniões do legislativo, de uma maneira judiciosa e correspondendo exatamente a todas as necessidades da comunidade civil. (LOCKE,2018, pg.78)

O professor neozelandês faz uma alegoria com uma menina, a quem ele nomeia “Bridget”, que, após crer em diversas religiões, escolhe ter fé em uma divindade específica. Para assegurar que não irá mudar de ideia, Bridget decide trancar na biblioteca de sua casa todos os livros de teologia que fazem referência a outras crenças religiosas, dando a chave para um grupo de amigos, os quais, uma vez que dúvidas voltem a perturbá-la, serão os responsáveis pela decisão da entrega ou não das chaves.

O grupo de amigos seria, assim, uma metáfora para ilustrar a Suprema Corte, a qual teria o poder para decidir, por voto majoritário, se toda a sociedade deve ou não ter direito a ‘mudar de opinião’, se notabilizando empecilho ao desenvolvimento social. Waldron ainda complementa: “Se a maioria sabe agora que, mesmo no momento em que o pré-compromisso foi firmado, existiam vozes alertando contra a tentativa de vincular às gerações futuras questões tão complexas como esta, eles estarão particularmente inclinados a considerar a restrição como irracional” (WALDRON,1999, pg.274).

Dessa forma, é notória a nocividade da restrição de futuras atividades legislativas, haja vista que o direito, como já previa Friedrich Carl von Savigny no séc.XIX em sua teoria do Sociologismo, está diretamente relacionado ao desenvolvimento social. Nesse tocante, não há fundamento na “visão de que qualquer concepção alternativa que possa ser inventada por legisladores eleitos no próximo ano ou em dez anos é tão provável que seja equivocada ou mal motivada que sua própria formulação deve ser elevada imediatamente além do alcance de revisão legislativa ordinária” (WALDRON,1999, pg.222).

4.2 QUALIDADE DA DECISÃO

Os defensores do ativismo judicial fundamentam suas alegações no fato de que supostamente, uma vez que o poder decisório emanaria de indivíduos com conhecimento jurídico notório e boa conduta, requisito da Suprema Corte americana, ou reputação ilibada, no caso da

Suprema Corte brasileira, a qualidade intelectual do debate se notabilizaria substancialmente elevada.

Dworkin sustenta que a razão para crer em tal proposição reside no fato de que a discussão se concentraria no âmbito jurídico dos princípios, citando, em seguida, o caso *Roe vs Wade* enfrentado pela Suprema Corte americana em 1973, o qual garantiu a legalidade do aborto em nome do suposto ‘direito à privacidade da mãe’, garantido na 14ª emenda. Entretanto, a controvérsia do assunto é desnudada pelo fato de que a apreciação do aborto pela corte americana não é pacificada como notoriedade de progresso.

Na realidade, diversos cientistas políticos advertem que o aborto, devido às questões filosóficas, religiosas, sociais, morais e científicas inerentes à temática, não constitui em atribuição legítima da Suprema Corte. Nesse sentido, limitar o entendimento de onde começa a vida e se é moralmente correto restringi-la ao pensamento de cerca de nove indivíduos que não detêm conhecimento técnico necessário ou podem estar influenciados por ideologias ou interesses individuais é absolutamente questionável. Waldron adverte: “Se o debate que realmente ocorre na sociedade e nas legislaturas americanas for tão bom quanto em outros países, é assim, apesar de a Suprema Corte ter apreciado as questões, não por causa dela” (WALDRON,1999, pg.290).

Assim, limitar o posicionamento do Estado à visão perpetuada em um documento do séc. XVIII soa ilógico, como explica Waldron: “Às vezes é libertador poder discutir questões como o aborto diretamente, sobre os princípios que devem ser engajados, ao invés de ter que lutar por construir esses princípios a partir dos fragmentos de algum texto sagrado, em um exercício tendencioso de caligrafia constitucional” (WALDRON,1999, pg.290).

Desse modo, tratando-se de situações decorrentes da constante evolução social, as quais apresentam a nomenclatura de “direitos de 4ª dimensão” na teoria de Karel Vasak com a contribuição de Paulo Bonavides, a exemplo da engenharia genética e da segurança cibernética, fatos sociais que não estavam presentes quando o texto constitucional foi promulgado, é desnudada a ilegitimidade da apreciação à luz da Constituição de tais pautas pelo Poder Judiciário. Portanto, a incorporação ao ordenamento jurídico de tais temáticas deve ocorrer por via legislativa, regulamentando a pauta por meio do debate da sociedade e do voto dos representantes eleitos pelo povo, como afirma Ran Hirschl: “*it ought to be resolved in the political rather than in the judicial sphere*” (HIRSCHL,2009, pg.191).

5. CONCLUSÃO

A plena efetivação da democracia, não obstante ainda utópica, é a linha tênue que divide o retrocesso e o progresso social. De fato, é o pressuposto de todos os demais direitos individuais, tendo a história recente comprovado a diminuta atuação do Liberalismo nos governos antidemocráticos e tiranos, experimentados nos totalitarismos da Segunda Guerra.

A situação presente ameaça a destruição das grades de proteção da democracia, haja vista que, apesar de não constituir formalmente, o princípio da separação de poderes é requisito indispensável e sustentáculo da plenitude democrática. A veracidade de tal premissa é constatada pelo fato dos movimentos liberais de superação dos regimes absolutistas no séc. XVIII terem tido por fulcro exatamente a implantação do princípio supracitado, com base nas ideias de John Locke e do Barão de Montesquieu.

O número de regimes democráticos cresceu substancialmente na década de 1980 e 1990, atingindo o ápice em 2005, quando voltou a declinar. A representação da destruição de democracias na mentalidade do povo está diretamente relacionada a grandes explosões, incêndios e golpes de Estado. A ascensão de Hitler, de Augusto Pinochet e das ditaduras militares que assolaram a América Latina na segunda metade do séc. XX colaboraram para a construção de tal paradigma.

No entanto, desde a Guerra Fria, as democracias não são mais destruídas por grandes movimentos, sendo derrubadas silenciosamente, mas igualmente catastróficas. Líderes políticos eleitos pelo povo, a exemplo de Hugo Chávez na Venezuela, subvertem a ordem democrática e instituem governos ditatoriais de forma contenciosa. Hoje, as democracias são arruinadas por meios formalmente legais. De forma similar, o governo dos juízes vem sendo firmado no mundo de forma silenciosa, a exemplo das reformas vivenciadas no Canadá, em Israel, na Nova Zelândia e na África do Sul, bem como diante do crescimento destacado da tendência nos países latino-americanos.

REFERÊNCIAS:

ACKERMAN, Bruce. **We the People. Foundations.** Cambridge, Harvard University Press, 1991.

ARISTÓTELES. **Política.** Tradução do grego, introdução e notas do Prof. Mário da Gama Kury. 3 ed.. Brasília: UNB, 1997. ISBN: 85230001109

- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2013.pg.23
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 1. ed. [S. l.]: Edipro, 2017. ISBN 978-85-7283-995-2.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**, 1995, p. 53-62.
- BOLINGBROKE, Henry; BOLINGBROKE, Henry St John. Bolingbroke: **Political Writings**. Cambridge University Press, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 26. ed. [S. l.]: Malheiros, 2019. ISBN 97885392-0436-6.
- COBBETT, William. **Advice to Young Men: And (incidentally) to Young Women, in the Middle and Higher Ranks of Life**. J. Doyle, 1829.
- DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Editora Revista dos Tribunais, 1982
- DE MONTESQUIEU, Charles Luis. **Do Espírito Das Leis**. Martins Fontes, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution**. United States: Havard University Press, 1996.
- FARRELLY, Colin; SOLUM, Lawrence (Ed.). **Virtue jurisprudence**. Springer, 2019. pg.135
- FUX, Luiz. Luiz Fux (depoimento, 2013). Rio de Janeiro, CPDOC/Fundação Getulio Vargas (FGV), (4h 25min). p.30
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. trad. de Flávio Paulo Meurer. Nova rev. da trad. por Enio Paulo Giachini e Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Vozes, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- HECK, Philipp. **El Problema de la Creación del Derecho**. Tradução Manuel Entenza. Granada: Comares, 1999.

- HEIDEGGER, Martin; CASTILHO, F. **Ser e Tempo** [Edição Bilíngue]. São Paulo: Unicamp & Vozes (RJ), 2012.
- HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Harvard University Press, 2009.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Clube de Autores (managed), 2020.
- HOLMES, Stephen. **Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy**. [S. l.: s. n.], 1995.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Editora Vozes Limitada, 2017.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. LeBooks Editora, 2018. pgs.61 e 78
- NASH, John F. **The Essential John Nash**. Princeton University Press, 2002.
- PFERSMANN, Otto. **Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no séc. XXI**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- Platão. **Fédon**. 57a-61c.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016**. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. [S. l.], 2016.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e o fundamento da desigualdade entre os homens**. Editora L&PM, 2008.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. 2. ed. Tradução Jacinto Mesía; Manuel Poley. Madrid: Editorial de Góngora, [s/d]. t. I.
- VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. Editora Montecristo, 2020.
- WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford, 1999. ISBN 978019-924303-7.

