

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

JEAN CARLOS DIAS

RUBENS BEÇAK

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 - Unicritiba - 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

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-398-6

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

A realização do “IV Encontro Virtual do CONPEDI” nesse momento ainda de restrições aos eventos presenciais decorrentes da necessidade do isolamento social imposto pela pandemia da COVID 19 obriga ainda a uma reflexão sobre o acerto da decisão na realização do Encontro nessa condição de adversidade.

A virtualística tem funcionado como forma possível a assegurar o evento, em evidente privilégio dos esforços daqueles que realizaram o seu denodo de pesquisa, como forma de viabilizar suas apresentações para a comunidade científica. É claro que o formato já vem demonstrando certo cansaço na sua utilização constante, mormente aqui analisada de perspectiva acadêmica, mas, entre as perspectivas da não realização e sua realização virtual, por óbvio, o segundo desvã se impôs.

O Grupo de Trabalho “FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT I”, reunião saudável de tradicionais GTs, contou com excelentes trabalhos e profícuas discussões sobre eles, em debate instigante que possibilitou o enfoque de múltiplas abordagens, dentro da melhor experiência dos encontros anteriores do CONPEDI. Assim, tivemos a apresentação de 27 trabalhos, listados no índice, com investigações muito bem elaboradas, em amostra significativa do que de melhor se produz no nosso país, nos campos objeto das temáticas do GT.

Num primeiro bloco ordenado das exposições, tivemos as apresentações dos trabalhos de Eric Araujo Andrade Oliveira e Jadson Correia de Oliveira, com interessante discussão sobre a possibilidade de integração da Análise Econômica do Direito ao âmbito da Epistemologia Jurídica; o de Antônio Lúcio Túlio de Oliveira Barbosa, acerca da história da Hermenêutica e o denominado ‘giro linguístico’; o de Raphael de Abreu Senna Caronti, abordando a Teoria de Alexy eventualmente ser aplicada sobre a ótica dos princípios do Direito Ambiental Brasileiro; o de Lucas Augusto Gaioski Pagani, Bruno Smolarek Dias e Victor Augusto Gaioski Pagani, abordando os limites definidores do que é aplicação do direito e o que é interpretação, com a questão do Ativismo Judicial; o de Victor Augusto de Oliveira e Victor Sales Pinheiro, trazendo diferenças conceituais entre Finnis e Posner na questão da razoabilidade prática e pragmatismo; o de Lilian Mara Pinhon e Fernanda Resende Severino, na temática da presunção da inocência e o papel de uma “(des)necessidade de uma única

interpretação”; o de Fabricio Carlos Zanin e Sergio Weyl Albuquerque Costa, trazendo a questão da crítica hermenêutica do Direito e os limites do positivismo jurídico (“Da discricionariedade à Teoria da Decisão”) e afinal; o de Juan Pablo Ferreira Gomes, sobre aspectos narrativos e discursivos da prova em Foucault (“A invenção da verdade”).

Em um segundo bloco, seguiram-se as seguintes apresentações HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO PROPULSORA DA EFICIÊNCIA JUDICIAL .Denilson Moura Da Silva. Objetiva-se estudar aqui a hermenêutica jurídica, aqui entendida como a interpretação realizada pelos órgãos judiciais. Abordar-se-á as hipóteses possíveis de emprego da técnica hermenêutica como propulsora da celeridade processual, contribuindo para a eficiência do Poder Judiciário.

O ESTADO DEMOCRÁTICO E O DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSEGURAR UMA SOCIEDADE FRATERNA: RESPONSABILIDADES E CONSEQUÊNCIAS Ana Gabriela Dalboni Rocha , Carlos Augusto Alcântara Machado.

Trata da previsão constitucional de uma sociedade fraterna impõe aos indivíduos e ao Estado o dever de observância ao Princípio da Fraternidade, que se constitui em fundamento de validade de atos e normas jurídicas

PARADOXO DA (IN) TOLERÂNCIA EM KARL POPPER E OS LIMITES-FRONTEIRAS DO DISCURSO DE ÓDIO

Juan Pablo Ferreira Gomes

O trabalho parte do “paradoxo da tolerância” de Karl Popper para investigar as fronteiras e os limites jurídicos ao que se concebe como (in) tolerante, no que passou a ser definido enquanto discurso de ódio na atualidade.

O PARADOXO DE SEGUIR REGRAS: DUAS CRÍTICAS AS LEITURAS COMUNS DE WITTGENSTEIN

Liziane Parreira

Wittgenstein é um importante filósofo da linguagem, sua filosofia pode ser dividida em duas fases. Na primeira fase tem-se um autor de formação positivista-lógica do "Tractatus Logico-Philosophicus" e na segunda fase um hermeneuta preocupado com o significado da linguagem em "Investigações Filosóficas".

O PLURAL NO CICLO DE LUTAS: CULTURA POLÍTICA NA AMÉRICA LATINA DURANTE A REVOLUÇÃO MUNDIAL DE 1968 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA TEORIA SOCIAL DO DIREITO

Jorge Alberto de Macedo Acosta Junior , Antonio Carlos Wolkmer

A presente investigação apresenta uma reflexão acerca do surgimento do plural nas lutas sócio-políticas que se projetaram a partir do giro descolonizador realizado pela esquerda latino-americana. O objetivo geral consiste em identificar a mudança na cultura política ocorrida durante o primeiro ciclo de lutas na América Latina e suas consequências na teoria social do direito.

O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO: O STF E CONTRIBUIÇÕES PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Guilherme Nunes de Paiva , Renata Albuquerque Lima

A interpretação conforme à Constituição surgiu como uma técnica de controle de constitucionalidade, ou de interpretação, no escopo de conceder à uma norma infraconstitucional com multissignificados, um sentido que se coadune à Constituição.

O RESGATE DAS VIRTUDES PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ORDEM ECONÔMICA

Matheus Ribeiro de Oliveira Wolowski , Valéria Silva Galdino Cardin

O artigo realiza uma abordagem acerca da necessidade do resgate das virtudes na sociedade contemporânea, sobretudo na ordem econômica pátria para a efetivação da dignidade da pessoa humana

OS LIMITES ENTRE A APLICAÇÃO E A CRIAÇÃO DO DIREITO: INTERPRETAÇÃO OU ATIVISMO JUDICIAL?

Lucas Augusto Gaioski Pagani , Bruno Smolarek Dias , Vitor Augusto Gaioski Pagani

O presente artigo visa discutir a possibilidade da criação do Direito através do Ativismo judicial ou a aplicação do direito através do papel interpretativo do magistrado, trazendo as diferenciações entre a aplicação do

Direito e a Criação de um novo Direito, não previsto anteriormente por nenhuma regra jurídica.

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO TECNOLÓGICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Leila Diniz , Luciano Jose Machado Do Amorim , João Victor Vieira de Sant'anna

O presente artigo tem por objetivo explorar a evolução desde a supremacia constitucional, consubstanciada no positivismo jurídico, passando pela implementação e acentuado uso dos precedentes judiciais em nossos tribunais, com sopesamento dos princípios colocados em conflito, até chegar na lacuna existente no ordenamento, dentre várias, também para os confrontos atuais, surgidos a partir do avanço digital, em que princípios constitucionais de primeira ordem colidem com atuais princípios tecnológicos

PONDERAÇÕES SOBRE A DOGMÁTICA JURÍDICA E A ZETÉTICA JURÍDICA PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL: A NECESSÁRIA REVISÃO, ATUALIZAÇÃO E RECONTEXTUALIZAÇÃO

Bruna Medeiros Bolzani , Elenise Felzke Schonardie

O artigo tem como objetivo analisar a dogmática jurídica e a zetética jurídica no que concerne ao direito ambiental com o intuito de demonstrar a necessária abertura da dogmática jurídica à zetética jurídica, diante do contexto contemporâneo de emergência climática.

POR UMA ABORDAGEM EXPERIENCIALISTA DO DIREITO: A METAFORICIDADE DA COGNIÇÃO E AS REALIDADES JURÍDICAS

Monica Fontenelle Carneiro , Rodrigo Dutra da Silva

O presente estudo objetiva apresentar o direito e a prática jurídica como categorias cognitivas e linguísticas expressas metaforicamente, bem como a importância da metáfora para a capacidade humana de pensar e construir sentidos

RAZOABILIDADE PRÁTICA E PRAGMATISMO: DIFERENÇAS CONCEITUAIS ENTRE FINNIS E POSNER NA ANÁLISE JURÍDICA DO CASAMENTO

Victor Augusto de Oliveira Meira , Victor Sales Pinheiro

O artigo objetiva diferenciar duas modernas teorias do direito a partir do instituto jurídico do casamento: a análise econômica do direito e o direito natural analítico, utilizando como referência a obra de Richard Posner e John Finnis.

REFLEXÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADI N. 6341/DF: UM ESTUDO HERMENÊUTICO DA DECISÃO DO STF E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

Thiago Braga Parente , Renata Albuquerque Lima

Este artigo tem como objetivo estudar o julgamento de uma medida cautelar na ADI n. 6341 /DF, abordando a decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos direitos fundamentais e examinando a colisão entre direitos fundamentais diante da prevalência do direito à saúde.

UMA INVESTIGAÇÃO SOBRE A ORIGEM DA HERMENÊUTICA NA TERCEIRA CRÍTICA

Jaci Rene Costa Garcia

Tendo como objetivo geral investigar o papel da estética kantiana para a hermenêutica, a delimitação do estudo envolve: [i] uma abordagem filosófica unificada pelo sistema crítico kantiano capaz de identificar os pressupostos que permita a realização dos julgamentos, [ii] o lugar do humano na comunidade e [iii]

VALORAÇÃO DA NATUREZA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ANÁLISE AXIOLÓGICA E ECOLÓGICA

Aline Cirilo Caldas , Bárbara Vier , Miguel Etinger de Araujo Junior

A sociedade está em constante modificação, em razão de vários fatores, desses destacam-se os embates sociais emergentes, os quais refletem no modo de conceber as questões humanas e solucionar problemas.

Por tudo que se observa, trata-se de uma importante reunião de pesquisas que merecem serem consultadas como fontes do imaginário jurídico em 2021.

19. O artigo apresentado por Ana Flávia Costa Eccard analisa, adotando o pensamento de Zygmunt Bauman, a transformação, na contemporaneidade, das relações sociais. Essas

passam a ser, cada vez mais, líquidas e marcadas por uma imediatidade. Esse cenário, por sua vez, altera as concepções e estruturas básicas, com impactos de várias ordens, inclusive no cenário normativo em que o Direito está inserido.

20. Liziane Parreira apresentou trabalho que investiga criticamente as concepções mais comuns do pensamento de Wittgenstein. O trabalho sugere que as abordagens usuais deixam de lado aspectos relevantes das obras do autor e propõe, em alguns aspectos, uma atualização dessas percepções.

21. Renan Aguiar examina em trabalho a possibilidade de sustentar uma leitura pragmática, fundada, essencialmente, numa conexão entre a linguagem e as relações intersubjetivas. O marco teórico essencial Richard Rorty é examinado a partir desse contexto.

22. Rodrigo Dutra socializou suas conclusões a respeito do artigo submetido, propondo uma nova abordagem do Direito. O centro da proposta envolve uma perspectiva experiencial em que a cognição pode ser tomada como uma metáfora constitutiva de diversos contextos jurídicos.

23. Aline Cirilo Caldas e Barbara Vier apresentaram artigo que propõe uma leitura valorativa e ecológica do ordenamento jurídico brasileiro. Essa abordagem propõe uma valorização da natureza como um parâmetro na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

24. Carlos Roberto Oliveira apresentou estudo a respeito do caso fortuito e força maior como fatores jurídicos relevantes na compreensão de obrigações contratuais. Em especial foi adotado como pano de fundo os contratos de fornecimento de vacinas e as implicações sobre a sua operacionalidade jurídica efetiva.

25. Rogério Aparecido Fernandes de Carvalho apresentou artigo relacionado à investigação hermenêutica da extrapolação, feita pelo Supremo Tribunal Federal, da imunidade constitucional dos livros impressos para os livros eletrônicos. O texto examina os fundamentos desse contexto interpretativo refletindo quanto ao seu efetivo cabimento.

26. No texto socializado Ulisses Arjan Cruz dos Santos, Laura Maria Santiago Lucas e Valmir Cesar Pozzetti examinam o pensamento de Thomas Hobbes. No estudo chamam a atenção de que o autor pensa a fraternidade como instrumento de concretização da paz social. Nesse contexto propõem uma ampliação da leitura política do autor.

27. O texto apresentado por Jorge Alberto Macedo Acosta Junior, examina os impactos na cultura política na América Latina dos movimentos intelectuais europeus ocorridos no ano de 1968. Especialmente são examinadas as influências no campo da teoria do Direito.

Jean Carlos Dias

Rubens Beçak

Leonel Severo Rocha

OS LIMITES ENTRE A APLICAÇÃO E A CRIAÇÃO DO DIREITO: INTERPRETAÇÃO OU ATIVISMO JUDICIAL?

THE LIMITS BETWEEN THE APPLICATION AND THE CREATION OF THE LAW: INTERPRETATION OR JUDICIAL ACTIVISM?

Lucas Augusto Gaioski Pagani ¹

Bruno Smolarek Dias ²

Vitor Augusto Gaioski Pagani ³

Resumo

O presente artigo visa discutir a possibilidade da criação do Direito através do Ativismo judicial ou a aplicação do direito através do papel interpretativo do magistrado, trazendo as diferenciações entre a aplicação do Direito e a Criação de um novo Direito, não previsto anteriormente por nenhuma regra jurídica. O Ativismo Judicial acontece quando o Poder Judiciário usurpa a competência originária sem justa razão jurídica, não sendo válida a argumentação com aparência jurídica, mas com fundo político. E, por fim, o magistrado é ilegítimo frente ao império da lei para romper com a legalidade vigente, criando um cenário de insegurança jurídica.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Direitos fundamentais, Limites interpretativos, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss the possibility of the creation of law through judicial activism or the application of law through the interpretive role of the magistrate, bringing the differences between the application of Law and the judge-made law, not previously foreseen by any legal rule. Judicial Activism happens When the Judiciary Power usurps the original jurisdiction without just legal reason, and the argument with a legal appearance is not valid, but with political background. And, finally, the magistrate is illegitimate against the rule of law to break with the strict legality, creating a scenario of legal uncertainty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Fundamental rights, Interpretation limits, Judiciary

¹ Mestrando em Direito Processual e Cidadania (UNIPAR). Graduado em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Bolsista PIT/UNIPAR. Mises Alumni. Acton Alumni. e-mail: lpagani@edu.unipar.br

² Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - SC. Professor da UNIPAR - Graduação e Pós Graduação Email: professorbruno@prof.unipar.br

³ Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania, pela Universidade Paranaense. Professor da UNIPAR - Graduação. e-mail: vitorpagani@prof.unipar.br

INTRODUÇÃO

O papel do juiz, enraizado no império da Lei, deve ser concebido à luz do que Paul W. Kahn define como a internalização da própria razão como um ideal regulatório dentro da ordem política (KAHN, 2003, p. 2698). Isso significa dizer que a cultura institucional vinculada à todos os âmbitos do poder público, bem como do poder judiciário, é a cultura da razão — ou da justificativa.

Isso significa dizer que todo ato precedido pelo monopólio coercitivo da força¹ deve ser racionalizado e justificado pelas autoridades, em respeito, acima de tudo, pela condição específica do império da lei, onde ninguém está acima dela e iguais perante os seus pares, diferente de uma cultura de autoridade, onde a regra é a vontade do soberano, característica de regimes autocratas.

Na legislação brasileira, a internalização formal do império da Lei perante a decisão judicial é ancorada e delimitada nos Art. 93, IX da Constituição Federal de 1988 c/c Art. 489, §1º, §2º e §3º do Código de Processo Civil de 2015 c/c Arts. 20 a 23 da LINDB são, essencialmente, regras constitucionais e infraconstitucionais que permeiam e delimitam o escopo de trabalho da interpretação do Magistrado.

Essas regras gerais que o Magistrado deve seguir é derivada da noção moderna do conflito entre o papel do poder judiciário: Deve-se o magistrado ater-se a aplicar as razões de primeira ordem já estabelecidas pelo poder legislativo — ou judiciário, em casos de precedentes — ou tem o dever de resguardar direitos fundamentais podendo criar Direitos que não estejam previamente estabelecidos na legislação vigente?

O presente artigo busca determinar até que ponto se está interpretando o Direito e a partir de onde se está criando o Direito por conta da atividade jurisdicional. Para tanto será feito um estudo dogmático-teórico para que se possa elucidar esta questão.

2. A INTERPRETAÇÃO DA LEI

¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

Apesar desta delimitação ocorrida no texto constitucional e infraconstitucional, a atuação do Direito depende de um processo interpretativo, pois as fontes do direito expressam os enunciados normativos que devem ser interpretados de acordo com a deontologia, já diria Kelsen, o padrão ideal de conduta que se espera perante aquela situação.

Assim sendo, incumbe-se à dogmática jurídica a complexa atividade de distinguir dentre três funções essenciais, fruto da argumentação jurídica: “1) fornecer critérios para a produção do direito nas diversas instâncias em que este tem lugar; 2) fornecer critérios para a aplicação do direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”².

Fica claro portanto, que as normas jurídicas são fruto de um enunciado normativo, do qual se exara, através da interpretação, o resultado que se espera. As normas, como mandamento comportamental, não devem ser confundidas com o enunciado normativo que possibilita diferentes formas de se extrair o mesmo conteúdo normativo³.

Fruto dessa interpretação do enunciado normativo é possível encontrar-se dois resultados, uma vez que não se encontre mais um sistema puro da ciência jurídica como o apresentado por Kelsen, as regras e os princípios, fazendo uso das regras aplicadas pelo Direito Constitucional para o enunciado de normas fundamentais.

As normas são, portanto, capazes de serem explicadas através de regras e de princípios, que segundo Alexy, podem ser encontrados através da interpretação de um mesmo enunciado normativo⁴.

Uma vez verificada a existência de duas possibilidades normativas, há que se verificar quais as suas diferenciações⁵. O critério da generalidade é um dos critérios mais

² “1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico”. (Tradução livre). ATIENZA, Manuel. **Las Razones Del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica**. 1. Ed. 2. Reimpr. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

³ “...a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem... Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título Original: *Theorie der Grundrechte*.

⁵ “Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de la norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser”. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos**

utilizados para diferenciação, dizendo que os princípios possuem critérios de generalidade mais altos, enquanto que as regras possuem um critério de generalidade mais baixo.

Para Ronald Dworkin, a diferença estaria não no grau de generalidade da norma, mas sim numa diferente aproximação lógica dos institutos. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”⁶, sobre a norma caberia ao aplicador do Direito uma análise de validade da regra, e se válida fosse, deveria ser aplicada ao caso concreto, de outra maneira, não. Esta interpretação não possibilita digressões filosóficas muito grandes, bastando à análise de se válida para o ordenamento e aplicável ao caso concreto.

Os princípios, para Dworkin, funcionam numa lógica diversa, sendo os mesmos aplicados através de uma dimensão de peso, de relevância, podendo influenciar o processo decisório de maneira mais efetiva ou menos efetiva de acordo com a relevância auferida⁷.

Segundo Robert Alexy, as normas se dividem sim em regras e princípios, mas sua diferenciação não pode residir apenas no critério de generalidade, como explanado anteriormente. Para Alexy, os princípios funcionam como normas mandamentais cuja aplicação será efetivada mediante condições, possibilidades jurídicas e reais existentes⁸. Assim, este os considera como “mandatos de optimización”⁹.

Em contra partida, as regras são normas cujo cumprimento se dá de forma similar nas teorias de Alexy e de Dworkin. A principal diferença entre estas está que as regras na visão de Alexy podem ter sobre elas exceções a serem opostas¹⁰.

Fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título Original: *Theorie der Grundrechte*. P. 83.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. Ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título Original: *Taking Rights Seriously*.

⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. Ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título Original: *Taking Rights Seriously*.

⁸ SMOLAREK DIAS, Bruno; MURARI BORGES, Vinícius. Reserva do Possível nos Direitos Sociais: é possível? **Revista Onis Ciência**. Vol. 1. N. 1. Mai/Set 2012. Braga, Portugal. ISSN: 2182-598X.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título Original: *Theorie der Grundrechte*.

¹⁰ “A partir desta distinção, Alexy reconhece que o conflito de regras se resolve pelo critério de validade: uma regra pode ser válida, e, portanto, será aplicada, pode ser inválida, e então dará lugar à aplicação de outra norma, ou, ainda, a partir da introdução de uma cláusula de exceção, tem sua aplicabilidade afastada somente naquele caso concreto. A partir destas construções Alexy inseriu um elemento a mais na distinção entre regras e princípios elaborada por Dworkin: a possibilidade de uma cláusula de exceção que afasta – sem retirar do mundo jurídico – uma regra em um determinado caso concreto”. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível**. 2006. 390 fls. [Dissertação de Mestrado em Direito] Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, 2006.

De forma que, para Alexy, “Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio”¹¹.

Alexy dividiu as Normas, que são as disposições positivadas de um ordenamento jurídico, ou seja, a lei escrita, em três modelos normativos. O modelo puro de regras, o modelo puro de princípios e o modelo misto de regras e princípios.

Segundo o modelo puro de regras, as normas correspondem a regras, que tem aplicabilidade dogmática definida ou definitiva, ou seja, são inteiramente e plenamente afastas ou inteiramente e plenamente aplicadas de acordo com a realidade fática implicante no caso concreto em análise.

Segundo o modelo puro de princípios, as normas correspondem a princípios, que correspondem a mandamentos de otimização, ou seja, devem ser efetivados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis naquele determinado momento e compatíveis com o caso concreto em análise. Ao ser sopesados com outros princípios, vez que todos atuam conjuntamente no ordenamento jurídico e não são afastados deste – apenas relativizados no caso concreto, encontram seu âmbito de atuação¹².

Segundo o modelo misto de regras e princípios, há um ordenamento jurídico cujas normas são compostas tanto de regras como de princípios, que interagem para a produção do resultado pretendido pela norma.

A professora fluminense Ana Paula de Barcellos, trouxe a possibilidade de se analisar outro critério de diferenciação, a questão dos efeitos pretendidos ou produzidos pela norma. Diferentemente da generalidade que aduzia ao critério de determinação da conduta, na análise da autora a generalidade permeia também a possibilidade de consequências da norma prevista.

Dado que os princípios são vistos como mandado de otimização, como referido por Alexy, às possibilidades de resultado são múltiplas, de acordo com os meios jurídicos

¹¹ “Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”. (Tradução livre). ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título Original: *Theorie der Grundrechte*. P. 87.

¹² “Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa”. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título Original: *Theorie der Grundrechte*. P. 89.

e fáticos de sua realização. Aduz ainda, que esta relativização de resultados só pode ser concebida até certo ponto, pois defende a autora a existência de um núcleo de normas que deva ser considerado como o mínimo existencial ou mínimo ético que não é passível de relativização em sua aplicação¹³.

Apesar de concordar com as definições apresentadas pelos autores acima, que darão subsídio para a construção teórica que se fará adiante, algumas ressalvas devem ser feitas.

Os princípios apesar de mais generalistas, em seu conteúdo e em sua determinação de resultados possíveis, não se constitui de maneira alguma em uma total liberdade de interpretação ocasionando a possibilidade de manipulação dos resultados¹⁴.

A liberalidade na interpretação dos princípios é uma necessidade semântica, dado o papel que se espera deste dentro da teoria da norma, possibilitando sua aplicação como mandado de otimização, pois se assim não o fosse, bastariam às determinações regradadas¹⁵.

2.1 O PAPEL CRIATIVO DO MAGISTRADO

A interpretação a ser realizada como dito acima possui alguns limites, e em especial no que se refere a questão da função da atividade jurisdicional do Estado.

Essas regras gerais que o Magistrado deve seguir são derivadas da noção moderna do conflito e o papel do poder judiciário: Deve o magistrado ater-se a aplicar as razões de primeira ordem já estabelecidas pelo poder legislativo — ou judiciário, em casos de precedentes — ou tem o dever de resguardar direitos fundamentais podendo criar Direitos que não estejam previamente estabelecidos na legislação vigente?

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁴ “Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁵ “Assim, os princípios servem para limitar a interpretação, mediante o fechamento do complexo de elementos conformadores da norma de decisão, de sorte a ampliar o grau de previsibilidade das decisões judiciais”. ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. A complexidade da norma jurídica. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11722&revista_caderno=15>. Acesso em set. 2021.

Existem várias possíveis respostas para essa pergunta. Uma delas é filiada ao Ativismo Judicial, sobretudo de uma ótica neoconstitucionalista, encabeçado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, onde considera a corte um papel ativo, iluminista, sendo um farol para a sociedade.

Enquanto outra corrente é filiada à legalidade vigente, demonstrando os perigos de uma corte ativista, criando Direitos não previamente conhecidos e estabelecidos pelo poder legislativo, trazendo a visão negativa do ativismo judicial, considerando-o um solipsismo judicial, entrando na *psychê* (subjetividade) do magistrado, em revelia da legalidade vigente¹⁶. Tal corrente é filiada pelos Autores como John Finnis, Christopher Wolfe, Jeremy Waldron, Mark Tushnet, dentre outros¹⁷.

Ainda, mas não menos importante, temos a corrente do consequencialismo libertário de Cass Sunstein, onde descreve o ativismo judicial como minimalista ou maximalista, dando a entender que não há um ativismo bom ou ruim, mas, sim, analisando suas consequências.¹⁸

Independentemente de qualquer que seja a correta resposta, devemos creditar à um fenômeno especial do Direito, isto é, da indeterminação como parte da natureza do Direito. Em seu reino, em específico, lidamos com a vagueza, ambiguidade decorrente das falhas lógicas do sistema do Direito, bem como da Derrotabilidade das normas jurídicas¹⁹

¹⁶ ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ativismo Judicial**: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos Tribunais. Vol. 1008/2019. Out/2019. p.3

¹⁷ Ver mais em: WOLFE, Christopher. **Judicial Activism**: Bulwark of Freedom or Precarious Security. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997; WOLFE, Christopher. **Rise Of Modern Judicial Review**: From Constitutional interpretation to judge-made Law. Maryland: Littlefield Adams Quality paperbacks, 1994; FINNIS, John. "Judicial Law-Making and the 'Living' Instrumentalisation of the ECHR." Lord Sumption and the Limits of the Law. Ed. N W Barber, Richard Ekins and Paul Yowell. Oxford: Hart Publishing, 2016. 73–120. Bloomsbury Collections. Web. 9 Sep. 2018. <<http://dx.doi.org/10.5040/9781474203005.ch-006>>; TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From Courts**. Nova Jersey: Princeton university Press, 1999; WALDRON, Jeremy. Contra el gobierno de los juices: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría em el Congreso y em los tribunales. Buenos Aires: Editores Argentina, 2018.

¹⁸ Ver mais em: SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018; SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: Judicial minimalism on the Supreme Court. Londres: Harvard University Press, 1999; SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: Why extreme Right-wing Courts are Wrong for America. Massachusetts: Basic Books, 2005.

¹⁹ CALATAYUD, Ángeles Ródenas. **En la penumbra**: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 10.14198/DOXA2001.24.03. 2001. p. 66.

O Direito necessita da sua generalidade porque não consegue prever todos os cenários que uma norma poderá conter, sendo um preço a ser pago, e não um valor necessariamente perseguido pelo sistema jurídico²⁰.

A generalidade que é atribuída aos princípios do Direito, como exemplo, não deve ser confundida com a incapacidade de descrição comportamental, os princípios apesar de “não possuírem um caráter frontalmente descritivo de comportamento, não se pode negar que sua interpretação pode, mesmo em nível abstrato, indicar as espécies de comportamento a serem adotados”²¹.

O que importa não é a incapacidade de prescrição de comportamentos, mas sim a forma que estes comportamentos são dispostos pela norma. Ao se dizer que os princípios possuem maior grau de abstração anterior à interpretação²², além de maior maleabilidade no que tange aos resultados propostos, e que devido a estes fatos possuem a sua aplicabilidade feita na modalidade de mandados de otimização, os torna perfeitos para um sistema ou ordenamento jurídico dinâmico e evolutivo.

Também, evidentemente, existe o potencial de existência de falhas lógicas do sistema decorrem da imprecisão linguística²³, tratada pelos filósofos Wittenstein, Gadamer e Heidegger.

²⁰ POSCHER, Ralf. **Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 8(3): 272-285, setembro-dezembro 2016. Unisinos – doi: 10.4013/rechtd.2016.83.02. p. 283.

²¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

²² “Vale dizer: a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método *tudo ou nada* de aplicação de regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio – e, por vezes, longo e complexo como o dos princípios – de interpretação que demonstre quais as consequências que serão implementadas. E, ainda assim, só a aplicação diante do caso concreto é que irá corroborar as hipóteses anteriormente havidas como automáticas. Nesse sentido, após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação); no caso dos princípios o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. Refutando a teoria de Humberto Ávila: “O que Ávila quer ressaltar – e já havia ressaltado em outro trabalho, também – é que a aplicação das regras não é como alguns afirmam algo automático, mas algo que pode também ‘dar trabalho’ e custar muito esforço interpretativo.... Ora quanto a isso não há dúvida, e nem Alexy nem qualquer outro adepto da teoria dos princípios sustentam o contrário. Em nenhum momento se defendeu que a diferença entre regras e princípios está na dificuldade de interpretação ou na vagueza de seus termos. A diferença, como já se viu, é estrutural, e implica deveres de estrutura diferente e formas diferentes de aplicação”. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. Ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 59-60.

²³ CALATAYUD, Ángeles Ródenas. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 10.14198/DOXA2001.24.03. 2001. p. 66.

A formação da norma, segundo Robert Alexy, é quando o fato e a regra jurídica são transformados e fundidos em uma decisão judicial — mandados de otimização —, isto é, quando o magistrado realiza a sua atividade interpretativa ou como denomina J. L. Austin de “ato linguístico”²⁴. É da atividade interpretativa que se verifica as falhas lógicas, imprecisão da linguagem do legislador, e, sobretudo, da resolução do mérito da causa.

Tal ato linguístico deve preceder, também, de valores comungados nos princípios — mandados de otimização — constitucionais e infraconstitucionais, e demais outras fontes como valores institucionais do poder judiciário, sobretudo, conforme leciona Ronald Dworkin, ao alertar sobre os perigos do Ativismo judicial:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. (...) o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade (sic) que convém a uma Constituição.²⁵ (DWORKIN, 1999, p. 451-452).

Dworkin vai relacionar o trabalho do poder judiciário como um romance em cadeia, onde cada magistrado tem um papel de escritor que, em conjunto, criam um romance, de maneira integral, harmonizando-se entre si.²⁶

Nesse sentido, também, a doutrinadora Ángeles Ródenas Calatayud²⁷ descreve defenderá que a formulação normativa, ancorada no conceito de derrotabilidade das normas jurídicas formuladas pelo H. L. Hart e das razões de primeira ordem de Joseph Raz, a autora afirma que deve ser aplicado as condições específicas da regra jurídica, sendo essa prescrição um compromisso do legislativo para com o ordenamento jurídico, dentro de suas circunstâncias. Ter uma regra significa que, quando se tem as condições para a sua aplicação, não é necessária uma nova ponderação de todas as razões de primeira ordem para aplicar ao feito — isso já é feito anteriormente.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 62.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 451-452.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275-278.

²⁷ CALATAYUD, Ángeles Ródenas. **En la penumbra**: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 10.14198/DOXA2001.24.03. 2001. p. 75.

Para a autora, ainda, significa dizer que o papel da interpretação do magistrado será de aplicar, ao caso concreto, uma razão de primeira ordem já prescrita anteriormente, e, somente se, houvesse uma derrotabilidade radical da norma — quando não há qualquer prescrição ou proteção a razão de primeira ordem — poderia ser criada um novo Direito de maneira atípica (*judge-made law*).

Os autores citados aqui têm, em comum, severas reservas para com a interpretação dos magistrados, elencando diversos pesos e contrapesos que evitam o solipsismo judicial (subjetividade do magistrado), evitando, com muito custo, uma corte criadora de direitos, esquivando-se do seu papel original: a garantia dos direitos já existentes.

O papel interpretativo é tão importante quanto às suas limitações em decorrência do próprio conceito de estado democrático de Direito, de onde a sua legitimidade para tanto é derivada da sua fundamentação, isto é, da cultura de justificativa, sendo uma atividade criativa com limitadores explícitos, seja na Common Law e na Civil Law, sendo os poderes dos juízes cada vez mais vinculados e cada vez menos discricionários.

2.2 OS LIMITES DA APLICAÇÃO DO DIREITO, A MARGEM DE INTERPRETAÇÃO

Uma das formas de limitação para a aplicação do Direito é a margem de interpretação, teoria cunhada e utilizada pelo sistema europeu de proteção dos Direitos Humanos, de maneira a adaptá-lo a uma teoria geral da margem de apreciação como proposta por Yuval Shany²⁸.

Segundo a essência desta teoria, os governos locais, leia-se não só o executivo, mas também o legislativo e o judiciário, possuem uma margem de discricionariedade para trabalhar com um determinado fundamento normativo, podendo interpretá-lo de acordo com seus padrões morais, político, ideológicos e legais²⁹.

De acordo com Eyal Benvenisti, a possibilidade de alta flexibilização proposta por Yuval Shany possui o risco de que com a margem de apreciação o judiciário, no caso

²⁸SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* *The European Journal of International Law*. Vol. 16. N. 5. P. 907-940. 2005.

²⁹ REHMAN, Javaid. *International Human Rights Law: A practical approach*. Edinburgh: Pearson Educational Limited, 2003.

deste artigo, tenham a liberalidade de através de uma determinada interpretação possibilite a opressão de grupos específicos dentro de uma sociedade³⁰.

Como alternativa, propõe MacDonald uma teoria denominada de consenso, na qual o papel do aplicador da norma passaria a ser a procura de um determinado consenso aplicativo e fazer uso deste para obtenção dos resultados³¹.

Não se observa uma teoria como antagônica a outra, como proposto por Benvenisti. O seu critério para o afastamento da teoria do consenso é de que este seria muito parco devido ao atual desenvolvimento social. No entanto, mesmo dentro de um sistema social existem inúmeros casos que geram desconfiança no consenso³².

Existe a discricionariedade, limitada³³, do Estado na interpretação e implementação das normas, e sempre que este proceder além dos limites do considerado aceitável, o sistema judicial deve intervir para proporcionar a adequação da interpretação destoante.

3. O ATIVISMO JUDICIAL

Enquanto autores como Luís Roberto Barroso definem o ativismo judicial como uma ‘atitude, a escolhe de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance’ sendo ‘associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior inferência no espaço de atuação dos outros dois poderes’³⁴.

Nessa visão, Luís Roberto Barroso, ainda, comenta, na época, sobre o Judiciário Brasileiro tenha se tornado claramente ativista e utiliza-se, ainda, do caso da perda da fidelidade partidária, criando-se — a partir de uma decisão judicial — uma nova forma de perda de mandato parlamentar³⁵.

³⁰BENVENISTI, Eyal. *Margin of Appreciation, Consenses and Universal Standards*. *New York University Journal of International Law and Politics*. V. 31. N. 4. P. 843-854. 1999.

³¹ MACDONALD, Ronald St. John. *The Margin of Appreciation*. In: MACDONALD, Ronald St. John; MATSCHER, Franz; PETZOLD, Herbert. *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht, Netherlands: Martinus Nijhoff, 1993.

³² Para maiores exemplos: BREMS, Eva. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*. *Heidelberg Journal of International Law*. V. 56. P. 240-314. 1996.

³³ KRATOCHVÍL, Jan. *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 29. N. 3. P. 324-357. 2011.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. p. 6.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. p. 7-8.

Nesse diapasão, fica-se claro que o Ministro do Supremo Tribunal Federal vê o ativismo judicial, essencialmente, como fundamental ao ‘princípio democrático’ sendo a corte como um farol, como ele mesmo cita, o papel iluminista do poder judiciário perante a sociedade, como um todo.

Outros autores como Gilmar Ferreira Mendes e Georges Abboud vão conceituar o ativismo judicial como ‘toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico’³⁶.

Os autores³⁷ advertem que o judiciário:

(...) se agigante e invade, de forma indevida, a esfera dos outros Poderes (...) ocorre que a constituição o admite expressamente. O que nela não está previsto, e, portanto, resulta absolutamente proibido, é que o judiciário, na figura de qualquer mulher ou homem investido do dever-poder de julgar casos concretos, torne sem efeitos uma lei produzida democraticamente, por motivos de discordância política ou ideológica com o seu conteúdo

Entendemos aqui, o ativismo judicial como um fenômeno intrinsecamente ligado à política, separando-se da legalidade vigente em nome de ‘um compromisso maior’ sem que necessariamente exista uma razão jurídica para fazê-lo, mas, tão somente, compromissos políticos dos interpretes, invadindo, sem razão, a competência originária dos outros poderes da república.

Os professores Richard Ekins e Christopher Forsyth³⁸, descrevem o império da Lei, o papel do legislativo e a função poder judiciário da seguinte maneira:

The rule of law is better understood to ground the **separation of legal and political authority**. It does not license free-wheeling judicial oversight of the merits of executive or legislative action unbound by clear, settled law. The principle of the rule of law is consistent with the centrality to our constitutional arrangements of parliamentary sovereignty, not least since Parliament is well-placed to make laws fit for the rule of law – laws that are clear, prospective, coherent, and publicly accessible – which should bind judges. The courts are central to maintaining the rule of law, which is a vital constitutional role. However, it does not follow that the courts have the main responsibility for upholding the constitution. The main function of the judiciary is to settle disputes fairly and in accordance with law, which does not entail a supervisory jurisdiction over the content of the law. The extensive judicial discretion which any such jurisdiction would require is itself inconsistent with the rule of law.

³⁶ ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos Tribunais. Vol. 1008/2019. Out/2019. p.4

³⁷ ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos Tribunais. Vol. 1008/2019. Out/2019. p.3

³⁸ EKINS, Richard; FORSYTH, Christopher. **Judging the Public Interest**: The rule of law vs. The rule of courts. Londres: Policy Exchange, 2015. p. 24

O ex-magistrado da Alta Corte da Austrália e professor de Oxford, Dyson Heydon³⁹, descreve que o papel do *Judicial Review* como um instrumento de *check and balance* dos poderes, entretanto — serve, também, para o ativismo judicial, de certa forma — descreve que:

“Judicial review operates on the theory, as Laws J said, that “all public power [must] be lawfully conferred and exercised.” On the other hand, he said, there cannot be “a merits review of any honest decision of government upon matters of national policy ... [T]he court is unequipped to judge such merits of demerits ... The graver a matter of State and the more widespread its possible effects, the more respect will be given to a democracy to decide its outcome ... There is not, and cannot be, any expectation that the unelected judiciary play any role in such questions, remotely comparable to that of government.”

Ran Hirschl⁴⁰, ao descrever sobre ativismo judicial e o agigantamento do poder judiciário, descreve a possibilidade dos tribunais se tornarem o monstro Frankenstein:

(...) o fortalecimento do judiciário por meio da constitucionalização pode, em última instância, criar um cenário institucional indesejável para as elites dominantes e seus eleitores. Além disso, grupos de oposição ou minorias também podem aprender a usar a nova estrutura constitucional para promover suas preferências políticas, apresentando-as como reivindicações de Direitos. Pelo menos em teoria, uma vez ampliadas as suas competências, existe o risco de que os tribunais se transformem no monstro de Frankenstein: órgãos de decisão imprevisíveis e autônomos, cujos julgamentos são contrários aos interesses e expectativas dos defensores da sua nova roupagem institucional.

O Ativismo não é uma postura ou um farol que ilumina a sociedade, mas, sim, um ato pernicioso que, pode, ao mesmo tempo, garantir um direito e não garantir, ao mesmo tempo. Não há critérios estabelecidos que possam trazer segurança jurídica ao papel ativista das cortes, podendo, hoje, ter uma inclinação progressista e, amanhã, uma inclinação conservadora, deixando o sistema jurídico, ao cabo, nas mãos das vontades subjetivas dos intérpretes da Lei.

3.1 O ATIVISMO COMO DESESTABILIZADOR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

³⁹ HEYDON, Dyson. **Enclaves and Exclaves: Limits and exceptions of the Doctrine of Judicial Review**. Londres: Policy Exchange, 2018. p. 13.

⁴⁰ HIRSCHL. Ran. **Rumo à juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: Editora E.D.A, 2020. p. 292-293.

Todo fenômeno social, sobretudo institucional, é complexo, embutido com infinitas variáveis que escaparão do escopo da decisão judicial — fenômeno essencialmente centralizador e um sistema não linear.

O professor Mark Pennington⁴¹, sobre sistemas complexos, descreve que:

“Complex phenomena by contrast, refer to systems where the elements that make up a greater whole do not interact in a linear fashion and where the number of elements and the character of their interaction may be too vast for them to be comprehended by scientific observers”

Para exemplificar o fenômeno complexo, Mark Pennington⁴², traz à baila a pandemia por Covid-19, sobretudo o choque entre vários sistemas complexos:

“An additional layer of complexity arises because the virus which is itself a complex phenomenon is interacting with a further complex phenomenon represented by the various political, economic, cultural and institutional arrangements across the world that might affect the manner of spread. As Ormerod (2020) notes, one of the key limitations of epidemiological models is that their projections often fail to account for human behaviour and changes in that behaviour – including those induced by public policy. There is, for example, considerable uncertainty about how the new coronavirus will respond to various public policy interventions. It is unclear how ‘lockdown’ policies might affect the size of a possible second wave of transmission.”

O resultado de uma centralização decisória, como uma decisão judicial, não pode ultrapassar o próprio escopo, dentro de um cenário fático limitado, sobretudo em casos concretos, não tendo todas as variáveis para a correta resolução do problema de maneira complexa — transformando-a em uma regra jurídica — podendo acarretar o que é chamado de ‘efeito borboleta’.

Isso acontece porque uma reverberação de uma decisão pode ocasionar situações não desejadas ou não previstas, podendo, inclusive, agravar o problema. A decisão judicial ativista, essencialmente, é quando há a usurpação de um poder legítimo sem justa razão jurídica, sendo fundamentada, inteiramente, na *moralidade* do intérprete.

Sobre a moralidade do intérprete na decisão judicial, a Professora Eneida Desiree Salgado⁴³ leciona que:

⁴¹ PENNINGTON, Mark. **Hayek on complexity, uncertainty and pandemic response**. The Review of Austrian Economics 34, 203–220 (2021). <https://doi.org/10.1007/s11138-020-00522-9>. p. 204.

⁴² PENNINGTON, Mark. Hayek on complexity, uncertainty and pandemic response. The Review of Austrian Economics 34, 203–220 (2021). <https://doi.org/10.1007/s11138-020-00522-9>. p. 208.

⁴³ SALGADO, Eneida Desiree. **Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 117, pp. 193-217, jul./dez. 2018. p. 208.

A moralidade toma o lugar da Constituição e de legalidade também quanto às faculdades do Presidente da República. A Constituição estabelece que “compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado” (artigo 84, I), entre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos (artigo 87), sem participação ou autorização dos demais órgãos de soberania. Para anular uma nomeação de um ministro de Estado tida como “imoral”, um magistrado considerou existente direito líquido e certo para defesa da ordem institucional no afastamento de “ilícito atípico” fundado em “confissão extrajudicial” extraída de conversa gravada após ordem judicial para suspensão da interceptação e divulgada em nome do interesse público, aquela mesma divulgação contrária à Constituição e que não trouxe consequências ao magistrado que lhe deu causa (...) Em caso análogo, no entanto, sob outro relator no mesmo Tribunal, manteve-se a nomeação, por outro chefe do Poder Executivo, de cidadão investigado.”

Não menos importante, nesse sentido, também é a visão do Professor da Universidade de Hamburgo, Andreas Grimm⁴⁴, sobre a ‘aparência do argumento jurídico’ camuflando a intenção política ou o moralismo do intérprete:

The mere fact that interests must be hidden behind a façade of legal expressions and arguments, shows the validity of recognizing the law as legitimate form of rationality that must not be violated by political arguments. However, if a court regularly employs a political logic and camouflages it behind a veil of legal phrases it will inevitably be discovered and challenged, since its conclusions (or its “measurements,” to quote Wittgenstein) will obviously not be in line with the (European) community of law. As Wittgenstein once put it: “If language is to be a means of communication there must be agreement not only in definitions but also ... in judgments” (PI: § 242).

Em última instância, o papel ativista das cortes traz uma desestabilização do Sistema jurídico, e, conseqüentemente, do princípio da segurança jurídica, uma vez que uma decisão judicial pode ser superada ou até mesmo revogada⁴⁵. Isso é exatamente o contrário do que os defensores do ativismo judicial ou da revisão judicial buscam ao proteger minorias da ‘ditadura da maioria’.

Esse argumento é defeituoso para o que o mesmo se propõe, conforme a visão de Richard Bellamy⁴⁶:

⁴⁴ GRIMMEL, Andreas. **Judicial Interpretation or Judicial Activism?:** The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice. Center for European Studies Working Paper Series, #176, 2010.

⁴⁵ Ver mais em: PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. **A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso:** direitos fundamentais no Brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

⁴⁶ BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político:** una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Marcial Pons: Madrid, 2010. p. 44.

“Los defensores de la revisión judicial señalan con razón que ningún procedimiento político es un ejemplo de procedimiento perfectamente justo. Pero lo mismo puede alegarse con respecto a los tribunales (...) portanto, no puede decirse que la supuesta superioridad de los tribunales consiste en que ellos consideran los derechos mientras que los procesos democráticos no lo hacen. Tal hipotética ventaja tendrá que descansar en el hecho de que sus procedimientos son de alguna manera más escrupulosos con respecto a los derechos que lo que lo son los democráticos.”

Quando se interfere, sem qualquer razão suficiente, uma competência originária que não é originalmente do poder judiciário, temos problemas que reverberam na segurança jurídica, criando cenários cada vez mais judicializados, decisões judiciais que impactam o dia-a-dia do tecido social, criando mais conflito, mais instabilidade — ao invés de resolvê-lo.

CONCLUSÕES FINAIS

Em síntese, a prática do ativismo judicial ultrapassa os limites da separação de poderes, invadindo a competência alheia, sem qualquer justa razão jurídica — não meramente uma aparência de argumentos jurídicos — trazendo verdadeira desestabilização do Estado Democrático de Direito e a própria segurança jurídica.

Não devemos ter em mente a exclusividade do poder judiciário como *ultima ratio* ou o único protagonista na eficácia dos Direitos Fundamentais, mas toda a máquina jurídica, todos os poderes, desde o congresso e o poder executivo, além da sociedade civil organizada através de ONGs, paróquias, comunidades etc. Não é possível criar uma lei baseada pelo magistrado sem que traga consequências graves ao ordenamento jurídico como um todo.

A complexidade do sistema jurídico é delicada ao mesmo tempo que difusa, não podendo ser previsível, a olho nu, as consequências previsíveis e imprevisíveis de quaisquer alterações nas suas variáveis. A interpretação do magistrado é criativa, mas não do Direito, e, sim, de como o Direito já posto será aplicado.

Os limites da discricionariedade judicial existem por motivos tão relevantes quanto à ânsia de ignorar a forma para se garantir o conteúdo. A forma é tão importante quanto o conteúdo, uma vez que, ela delimita as regras do jogo, como os usuários se comportarão e quais serão seus benefícios e malefícios de cada ação pretendida.

A previsibilidade é um valor a ser buscado em qualquer sistema complexo, mesmo em meio a imprevisibilidade de um sistema complexo, para que as expectativas sejam, ao menos, críveis e esperadas por qualquer agente. O ativismo judicial ultrapassa da aplicação do Direito, criando novos direitos, sem ao menos debate-los em suas diversas formas, sem entender as suas consequências ou prever todos os cenários decorrentes daquela criação, em si. Ela traz uma reverberação negativa ao sistema jurídico, fazendo que o Estado Democrático de Direito se torne cada vez menos relevante no cenário jurídico.

Quando somente a decisão judicial cria o direito, o Império da Lei perde sua força na realidade fática, causando verdadeira discricionariedade judicial e política, numa simbiose perniciosa para a própria noção republicana de Direito, dando espaço para que poucos decidam sobre a vida de muitos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ativismo Judicial**: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos Tribunais. Vol. 1008/2019. Out/2019.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título Original: Theorie der Grundrechte.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.

ATIENZA, Manuel. **Las Razones Del Derecho**: Teorías de la argumentación jurídica. 1. Ed. 2. Reimpr. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo político**: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Marcial Pons: Madrid, 2010. p. 44.

BENVENISTI, Eyal. **Margin of Appreciation, Consenses and Universal Standards**. New York University Journal of International Law and Politics. V. 31. N. 4. P. 843-854. 1999.

CALATAYUD, Ángeles Ródenas. **En la penumbra**: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 10.14198/DOXA2001.24.03. 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EKINS, Richard; FORSYTH, Christopher. **Judging the Public Interest**: The rule of law vs. The rule of courts. Londres: Policy Exchange, 2015.

FINNIS, John. "**Judicial Law-Making and the 'Living' Instrumentalisation of the ECHR**." Lord Sumption and the Limits of the Law. Ed. N W Barber, Richard Ekins and Paul Yowell. Oxford: Hart Publishing, 2016. 73–120. Bloomsbury Collections. Web. 9 Sep. 2018. <[http:// dx.doi.org/10.5040/9781474203005.ch-006](http://dx.doi.org/10.5040/9781474203005.ch-006)>;

GRIMMEL. Andreas. **Judicial Interpretation or Judicial Activism?:** The Legacy of Rationalism in the Studies of the European Court of Justice. Center for European Studies Working Paper Series, #176, 2010.

HEYDON, Dyson. **Enclaves and Exclaves:** Limites and exceptions of the Doctrine of Judicial Review. Londres: Policy Exchange, 2018.

HIRCHL. Ran. **Rumo à juristocracia:** As origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: Editora E.D.A, 2020. p. 292-293.

KHAN, Paul W. **Comparative Constitutionalism in a New Key.** Michigan Law Review 110, 2677-2705. 2003.

KRATOCHVÍL, Jan. **The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights.** Netherlands Quarterly of Human Rights. Vol. 29. N. 3. P. 324-357. 2011.

MACDONALD, Ronald St. John. **The Margin of Appreciation.** In: MACDONALD, Ronald St. John; MATSCHER, Franz; PETZOLD, Herbert. The European System for the Protection of Human Rights. Dordrecht, Netherlands: Martinus Nijhoff, 1993.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à Reserva do Possível.** 2006. 390 fls. [Dissertação de Mestrado em Direito] Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, 2006.

Para maiores exemplos: BREMS, Eva. **The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights.** Heidelberg Journal of International Law. V. 56. P. 240-314. 1996.

PENNINGTON. Mark. **Hayek on complexity, uncertainty and pandemic response.** The Review of Austrian Economics 34, 203–220 (2021). <https://doi.org/10.1007/s11138-020-00522-9>.

POSCHER, Ralf. **Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 8(3): 272-285, setembro-dezembro 2016. Unisinos – doi: 10.4013/rechtd.2016.83.02.

REHMAN, Javaid. **International Human Rights Law: A practical approach**. Edinburgh: Pearson Educational Limited, 2003.

SALGADO, Eneida Desiree. **Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 117, pp. 193-217, jul./dez. 2018.

SHANY, Yuval. **Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?** The European Journal of International Law. Vol. 16. N. 5. P. 907-940. 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. Ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 59-60.

SMOLAREK DIAS, Bruno; MURARI BORGES, Vinícius. **Reserva do Possível nos Direitos Sociais: é possível?** Revista Onis Ciência. Vol. 1. N. 1. Mai/Set 2012. Braga, Portugal. ISSN: 2182-598X.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: Juicial minimalism on the Supreme Court**. Londres: Havard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes: Why extreme Right-wing Courts are Wrong for américa**. Massachusetts: Basic Books, 2005.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From Courts**. Nova Jersey: Princeton university Press, 1999.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. **A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso:** direitos fundamentais no brasil em risco?. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los juices:** ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría em el Congreso y em los tribunales. Buenos Aires: Editores Argentina, 2018.

WEBER, Max. **Economia e sociedade.** Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

WOLFE, Christopher. **Judicial Activism:** Bulwark of Freedom or Precarious Security. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

WOLFE, Christopher. **Rise Of Modern Judicial Review:** From Constitucional interpretation to judge-made Law. Maryland: Littlefield Adams Quality paperbacks, 1994.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **A complexidade da norma jurídica.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11722&revista_caderno=15>. Acesso em set. 2021.