I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini
Juraci Mourão Lopes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-062-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

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

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os trabalhos apresentados desenvolvem e aplicam o objeto de investigação do grupo de maneira variada e plural. Há trabalhos explorando teoricamente decisões judiciais isoladas ou uma linha jurisprudencial já formada, contrastando-as com abordagens teóricas que servem para evidenciar a maior ou menor rigor racional e sua convergência com princípios e regras jurídicas. Há revisão de debates teóricos estritos e fundamentais, bem como o necessário aprofundamento em ideias de autores clássicos.

Vale ressaltar a prevalência de alguns juristas e suas respectivas construções teóricas como as mais frequentes referências teóricas para as abordagens. Entre os nacionais, merece destaque Lenio Streck com sua Crítica Hermenêutica do Direito, utilizado em investigação em diversos ramos do Direito. Há, ainda, o sempre presente Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito. Contudo, merece especial atenção o incremento do estudo de autores da tradição analítica, própria do mundo anglo-saxão.

Se Ronald Dworkin já era autor recorrente em estudos de teoria do direito e da decisão judicial no Brasil, há algumas décadas, seu debate com Herbert Hart, que é indispensável mesmo para entender a teoria não positivista do Direito como Integridade do primeiro, vem recebendo cada vez mais atenção dos textos submetidos ao presente Grupo de Trabalho. O próprio pensamento de Hart vem sendo prestigiado, não só na contraposição à Dworkin, mas como meio de revigorar o positivismo jurídico tão criticado quanto mal compreendido nas últimas décadas. Daí é compreensível que surjam trabalhos com base em Jeremy Waldron, jurista que bem dialoga com o positivismo e o não positivismo analíticos, e Wittgenstein, cuja filosofia é incorporada como premissa em muitos da jurisprudence.

O realismo jurídico reencontra muito bem seu espaço nas discussões acerca da aplicação da inteligência artificial nos processos judiciais. Se os realistas americanos dos anos 20 e 30 do Século XX reduziam o Direito a uma predição do que seria decidido nos tribunais, os vários algoritmos que controlam diversos programas conseguem realizar essas predições com grau de precisão e acuidade inimagináveis há 100, buscando mesmo elementos não percebidos pelo próprio julgador. Esse é um tema que se encontra explorado no presente volume.

O primeiro artigo apresentado intitula-se A COMEMORAÇÃO AO GOLPE DE 1964: UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DO DIREITO dos autores Tainan Natércia da Piedade

Andrade Monteiro , Tais Vasconcelos Cidrao e Juraci Mourão Lopes Filho. O artigo trata de decisões divergentes sobre a comemoração do aniversário do golpe de 1964 à luz da teoria dos direitos fundamentais, analisando o porquê desses desacordos, utilizando-se das teorias de Herbert Hart e Ronald Dworkin, tratando-se, pois, de um estudo de caso destrinchado por pesquisas iminentemente bibliográficas e documentais.

No segundo artigo A DECISÃO DO JUIZ NO REALISMO JURÍDICO DE ALF ROSS E A POSSIBILIDADE DA SUA EMULAÇÃO POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL de Murillo Cesar De Mello Brandao Filho , Mariana De Siqueira e Vladimir Da Rocha França, os autores procuram examinar a tomada de decisão pelo juiz como fonte do direito no pensamento empírico de Alf Ross diante da inovação tecnológica disruptiva, verificando a possibilidade de sua emulação por robôs (algoritmos) desenvolvidos por inteligência artificial.

Na sequência, Marcelo Matos de Oliveira e Luís Carlos Balbino Gambogi escrevem sobre A ILEGIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SOB O ENFOQUE DA TEORIA DE JEREMY WALDRON, artigo no qual questionam se caberia ao Supremo Tribunal Federal exercer o judicial review sobre a antecipação do cumprimento da pena sem a comprovação definitiva da culpa (Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário 964246/SP). O marco teórico adotado é a dignidade da legislação de Jeremy Waldron. Utilizar-se-á, com predominância, o raciocínio dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No artigo ATIVISMO JUDICIAL E SOLIPSISMO JURÍDICO: UMA BREVE ANÁLISE DA (IN) APLICABILIDADE DO ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Luis Felipe Leão Saccol, buscam demonstrar a relação existente entre ativismo judicial e solipsismo jurídico. Utilizam como base as mudanças de paradigmas ocorridas entre o CPC de 1973 e o CPC de 2015 a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, questionando se o CPC 2015, aprovado democraticamente pelo Congresso Nacional, está sendo aplicado corretamente pelo Poder Judiciário?

Luís Antonio Zanotta Calçada e Janriê Rodrigues Reck no artigo ATIVISMO JUDICIAL NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292 E AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43 E 44 buscam analisar o Ativismo Judicial correlacionando-o com as decisões do Habeas Corpus nº 126.292 e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44, todas do Supremo Tribunal Federal, com o fito de avaliar se essas podem ser caracterizadas como ativistas.

No artigo CONTRAPONTOS E APROXIMAÇÕES HISTÓRICAS DO MODELO JURÍDICO COMMON LAW NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: ATUAL MUTAÇÃO PROGRAMÁTICA NO SISTEMA JURISDICIONAL PÁTRIO, Ana Luiza Novais Cabral e Sidiney Duarte Ribeiro, verificam que o modelo jurídico brasileiro, antes considerado de alta inflexibilidade, atualmente tem se assumido de forma híbrida com a introdução de institutos trazidos de outros sistemas, principalmente o common law. Utilizando-se de uma metodologia teórico-jurídico com raciocínio dedutivo, observam importantes fatores que influenciam diretamente na introdução de novos institutos no constitucionalismo brasileiro.

No artigo DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E ADMINISTRATIVA: A FUGA PELA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO, os autores Guilherme Augusto De Vargas Soares , Maria Eduarda Vier Klein e Taynara Silva Arceno expõem as críticas da discricionariedade judicial e da discricionariedade administrativa sob o viés da Crítica Hermenêutica do Direito e da teoria da Decisão Judicial, desenvolvidas pelo professor Lenio Streck.

Josemar Sidinei Soares no artigo FILOSOFIA, CULTURA E POLÍTICA JURÍDICA apresenta a Filosofia como instrumento capaz de auxiliar a Política Jurídica no exame crítico da cultura jurídica vigente. Questiona se pode a filosofia ser instrumento de auxílio da Política Jurídica no exame crítico do direito enquanto manifestação cultural.

No artigo O PÓS-ESCRITO DE HART E A QUESTÃO DA FILOSOFIA POLÍTICA: RONALD DWORKIN E A CRÍTICA AO POSITIVISMO HARTIANO ATRAVÉS DA ANÁLISE DO CAPÍTULO 6 DA OBRA "A JUSTIÇA DE TOGA", Hugo Jose De Oliveira Agrassar, realiza uma análise do capítulo 6 do livro A justiça de toga de Ronald Dworkin com as críticas ao positivismo de Hart com base na evolução das teorias do direito, da decisão e do realismo jurídico.

No artigo O SISTEMA DE REGRAS EM HERBERT HART, Vitor Hugo Duarte das Chagas analisa bibliograficamente o conceito de Direito de Herbert Hart como um sistema de regras primárias e secundárias, portanto, é feita uma análise da filosofia analítica da linguagem, que influencia o pensamento de Hart.

Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos no artigo OS JOGOS DE LINGUAGEM NA FILOSOFIA DE WITTGENSTEIN E O CONHECIMENTO OBJETIVO DE KARL POPPER: CONJECTURAS DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO PARA UMA TEORIA DA DECISÃO verificam se as conjecturas da Teoria

Neoinstitucionalista do Processo e os jogos de linguagem propostos por Wittgenstein podem conferir legitimidade na construção de decisões no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No artigo PARA ALÉM DA NORMA POSITIVADA: OS MODELOS DE COMPORTAMENTO JURÍDICO ATITUDINAL E ESTRATÉGICO, Izabella Cecília de Lima e Silva, disserta acerca dos modelos de comportamento judicial, notadamente quanto aos aspectos extralegais que têm o condão de influenciar no processo de tomada de decisão dos membros do Poder Judiciário.

Os autores do artigo RELATIVIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL À LUZ DA TEORIA PURA DO DIREITO, Paola Domingues Jacob e Veronica Lagassi, examinam a possível relativização do Ativismo Judicial com base na aplicação da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen. Demonstram como o processo de Judicialização presente no Supremo Tribunal Federal acabou se enveredando para um Ativismo Judicial, confrontando assim com os ideais defendidos pelo Minimalismo, e por via de consequência, pela Teoria Pura do Direito.

Como se observa, tem-se uma seleção valorosa de abordagens, que bem refletem a importância da temática em estudo.

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - Centro Universitário Christus

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Centro Universitário das faculdades Metropolitanas Unidas /FMU e Centro Universitário Eurípedes de Marília/UNIVEM

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

RELATIVIZAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL À LUZ DA TEORIA PURA DO DIREITO

RELATIVIZATION OF JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL IN THE LIGHT OF PURE THEORY OF LAW

Paola Domingues Jacob [1]
Veronica Lagassi [2]

Resumo

O trabalho científico examina a possível relativização do Ativismo Judicial com base na aplicação da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen. O cerne do estudo foi analisar os aspectos fundantes da teoria mencionada acima e confrontá-la com o Ativismo Judicial experimentado hodiernamente. Demonstra como o processo de Judicialização presente no Supremo Tribunal Federal acabou se enveredando para um Ativismo Judicial, confrontando assim com os ideais defendidos pelo Minimalismo, e por via de consequência, pela Teoria Pura do Direito. Quanto a metodologia trata-se de uma pesquisa descritiva, bibliográfica e documental, numa abordagem quantitativa, por meio do método dedutivo.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Teoria pura do direito, Judicialização, Minimalismo, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

The scientific work examines the possible relativization of Judicial Activism based on the application of the Pure Theory of Law developed by Hans Kelsen. The core of the study was to analyze the main aspects of the theory mentioned and confront it with the Judicial Activism experienced nowadays. It demonstrates how the Judicialization process present in the Supreme Federal Court ended up turning to a Judicial Activism, confronting the ideals defended by Minimalism, and consequen, by the Pure Theory of Law. Regarding the methodology, it is a descriptive, bibliographic and documentary research, in a quantitative approach, through the deductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Pure theory of law, Judicialization, Minimalism, Federal court of justice

---

[1] Doutoranda e Mestre em Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ. Julgadora da JUCERJA. Professora da ESPM-Rio, Fundação Cesgranrio e PUC-Rio. Membro das Comissões de Direito Econômico e Empresarial da OAB/RJ.

[2] Doutora em Direito. Professora do Curso de Direito da UFRJ, IBMEC e FACHA. Vice-Presidente da Comissão de Direito Econômico da OAB/RJ.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por desiderato realizar uma análise segmentada da Teoria Pura do Direito elaborada por Hans Kelsen no século XX, a fim de confrontá-la com as implicações oriundas do Ativismo Judicial.

Como é cediço, os tribunais ao cumprirem sua função judicante, muitas das vezes, tem inovado o ordenamento jurídico, e com essa atitude desenvolvem um papel legiferante. Acabam por usurpar a função legislativa que no Brasil, no âmbito federal, compete ao Congresso Nacional, por seguir o modelo tripartite de poder por adoção da Teoria da Separação dos Poderes proposta por Montesquieu.

Não se pode negar que, por vezes, é salutar a atuação do Poder Judiciário ante aos casos de omissão na formulação das leis pelo Poder Legislativo, a quem incumbe desempenhar este papel. O Poder Judiciário ao promover a correção dessa omissão faz valer o sistema de freios e contrapesos, numa tentativa de reequilibrar a dinâmica social. Afinal, pelo sistema do *checks and balances* um poder está autorizado a conter os abusos do outro.

Dentro deste mote, o objetivo geral deste trabalho é verificar se a Teoria Pura do Direito poderia ser aplicada numa tentativa de relativização do ativismo judicial experimentado atualmente no país. Já os objetivos específicos são: Investigar quais são os fundamentos da Teoria Pura do Direito que podem ser utilizados para verificação do objetivo geral; Perscrutar como tem ocorrido o Ativismo Judicial no Brasil.

Para cumprir este escopo definiu-se quanto a metodologia, que o trabalho tem por finalidade ser uma pesquisa básica pura, tendo por objetivo ser uma investigação descritiva, numa abordagem qualitativa, por meio do método hipotético-dedutivo, tendo como procedimento a pesquisa bibliográfica e documental.

No primeiro capítulo, empreendeu-se um estudo dos prefácios e dos capítulos um, dois e três, pois neles encontra-se a base para a formulação da teoria objeto de averiguação. Abordando-se os aspectos fundantes da teoria de Kelsen e sua crítica a maneira pela qual a jurisprudência tem interpretado as normas jurídicas, afirmando que ela tem misturado ao estudo/aplicação do Direito outras ciências que não são jurídicas.

No que se refere ao segundo capítulo foram analisados os institutos da Judicialização, Ativismo Judicial e do Minimalismo descrevendo os seus conceitos, além do exame dos pontos positivos e negativos de cada um. Demonstrou-se o elo entre a Teoria Pura do Direito e os ensinamentos defendidos pela corrente do minimalismo, que busca na norma a fundamentação para a resolução do caso concreto.

Por derradeiro, foram traçados os cipoais de conexão entre o Ativismo Judicial praticado no país e a Teoria Pura do Direito na tentativa se de estabelecer um equilíbrio na incidência de ambos, ou seja, perquiriu-se relativizar o ativismo judicial no Brasil à luz da Teoria Pura do Direito.

1 ANÁLISE PERFUNCTÓRIA DA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Inicialmente, cumpre asseverar que o presente estudo não tem por escopo analisar toda a Teoria Pura do Direito cunhada pelo jurista e filósofo, Hans Kelsen. Neste sentido, serão utilizados somente os prefácios e alguns capítulos que servirão de substrato para a formulação da explanação que se propõe, assim analisar-se-á os capítulos um, dois e três. A razão dessa escolha se deve ao fato que nos prefácios e nos capítulos iniciais encontram-se os aspectos fundantes e motivacionais da criação da teoria proposta por Kelsen.

Hans Kelsen percebeu a necessidade de elaborar uma Teoria Pura do Direito, ou seja, despedir o Direito de todos os seus traços sociais. Muitas das vezes, o Direito está entrelaçado as mais diversas ideologias políticas.

> Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. (Kelsen, 1998, p. VII)

Buscou revelar a essência do Direito estabelecendo uma teoria geral de interpretação do Direito positivo. Tentando definir o que é o Direito e como este se apresenta, afinal, o Direito é ciência jurídica e não política. Partindo do pressuposto que parcela do Direito seria um fenômeno natural e não social, muito embora tenha confessado explicitamente que há uma conexão forte entre o Direito e a Ciência Social.

> Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (Kelsen, 1998, p. 1)

Por ser uma teoria do Direito positivo está alicerçada na concepção de que são as normas jurídicas que fundamentam a interpretação dos “fatos”, e estes se amoldam às condições de formalidade previstas nas leis. Um fato terá significação jurídica após a realização de sua

interpretação à luz de uma norma, ou seja, este fato só será jurídico desde que atenda aos requisitos preestabelecidos na norma que lhe concede efeitos jurídicos.

> O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa.

Fica clarividente que o autor ao estabelecer que é "A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a sua significação jurídica de uma outra norma". Dessa afirmação cunhada por Kelsen percebe-se o gérmen da Norma Hipotética Fundamental que seria uma norma cuja existência ocorre fora do sistema positivado. A Norma Hipotética Fundamental seria o alicerce para a criação das outras leis, inclusive para formulação da própria Constituição Federal.

Nesse diapasão, ao empreender esse esforço argumentativo de buscar na norma a fundamentação para a interpretação dos atos a fim de entendê-los como jurídicos ou antijurídicos, sua principal crítica reverbera na jurisprudência que ao realizar sua função judicante tem se afastado do espírito da norma ao se aproximar de outras ciências e principalmente do jogo político.

> Quando a si própria se designa como "pura" teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (Kelsen, 1998, p. 1)

Nessa busca de criar uma regra de interpretação dos atos jurídicos à luz do direito Positivo, Kelsen define o Direito como "um sistema de normas que regulam o comportamento humano", ou seja, são as normas jurídicas que prescrevem condutas e são as próprias normas que atribuem o poder de estabelecer outras normas. Dentro desta perspectiva, uma conduta humana apresenta um sentido subjetivo de "ser", pois é "o ser fático do ato de vontade"; e um sentido objetivo de "dever-ser", quando uma conduta é tida como obrigatória por força de uma norma.

> Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. (Kelsen, 1998, p. 4)

Kelsen afirmou que as normas direcionam a conduta humana ora autorizando comportamentos e ora conferindo competência para que determinado indivíduo dê voz de comando a uma outra pessoa, conduzindo sua atuação. Tudo isso sob o amparo da dinâmica entre "ser" e "dever-ser", no entanto, esse dualismo de "ser" e "dever-ser" não cria uma relação divergente entre eles e sim uma relação convergente.

> “Dever-ser” é o sentido subjetivo de todo o ato de vontade de um indivíduo que intencionalmente visa a conduta de outro. Porém, nem sempre um tal ato tem também objetivamente este sentido. Ora, somente quando esse ato tem também objetivamente o sentido de dever-ser é que designamos o dever-ser como “norma”. (Kelsen, 1998, p. 6)

As normas se tornam válidas a partir do momento que os seus destinatários a vislumbram como obrigatórias, ou seja, é o "dever-ser" no sentido objetivo que faz incutir nas pessoas que aquela regra de comportamento deve ser seguida. A partir dessa concepção é que pode nascer um costume, no sentido de que a prática reiterada de um determinado comportamento numa dada coletividade seja a forma como esses membros esperem que os demais indivíduos reproduzam, e se não o fizerem tendem a serem censurados. Essa comunidade passa a crer que essa forma de conduta é a melhor possível e por isso deve ser reproduzida pelos demais, para forçar essa obediência redigem normas jurídicas.

> Desta forma a situação fática do costume transforma-se numa vontade coletiva cujo sentido subjetivo é um dever-ser. Porém, o sentido subjetivo dos atos constitutivos do costume apenas pode ser interpretado como norma objetivamente válida se o costume é assumido como fato produtor de normas por uma norma superior. (Kelsen, 1998, p. 7)

Vale ponderar, como bem observou Kelsen, que através dos costumes podem ser formuladas normas morais como normas jurídicas. Partindo dessa premissa, Kelsen dedica-se ao longo do segundo capítulo diferenciar o Direito da Moral. Pontua inicialmente que não é correto o pensamento de que o Direito prescreve uma conduta externa, enquanto a Moral uma conduta interna. Afinal, essas características estão presentes em ambos ao mesmo tempo.

> A virtude moral da coragem não consiste apenas no estado de alma de ausência de medo, mas também numa conduta exterior condicionada por aquele estado. E, quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta exterior de um outro homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir um tal resultado. (Kelsen, 1998, p. 43)

Para ele a substancial distinção entre os institutos do Direito e da Moral reside no fato de que o primeiro traz uma consequência coercitiva quando determinada conduta não é observada, já no segundo não há esse aspecto sancionador ocorrendo apenas aprovação ou reprovação de uma conduta.

> O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (Kelsen, 1998, p. 44)

Muito embora haja essa distinção entre o Direito e a Moral há um ponto de contato entre eles, pois é da essência do Direito a busca pela Justiça que é pressuposto da Moral. "Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito" (Kelsen, 1998, p.42). Ao estabelecer essa ligação entre esses dois sistemas de normas, ou seja, normas jurídicas e morais, refutou a crença num valor moral absoluto, numa Moral absoluta. Defendeu a existência de um valor moral relativo que sofrerá influência da época da sua concepção, da sociedade, das crenças desse povo; até porque a percepção entre bom e mal, justo ou injusto são critérios mutáveis. No entanto, o Direito se despe desses valores morais relativos ao se preocupar com a forma e não com o conteúdo.

> Isto, porém, quer dizer: a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma. Não se poderá então dizer, como por vezes se diz, que o Direito não é apenas norma (ou comando), mas também constitui ou corporiza um valor. Uma tal afirmação só tem sentido pressupondo-se um valor divino absoluto. Com efeito, o Direito constitui um valor precisamente pelo fato de ser norma: constitui o valor jurídico que, ao mesmo tempo, é um valor moral (relativo). Ora, com isto mais se não diz senão que o Direito é norma. (Kelsen, 1998, p. 46)

Neste ponto, o Direito se afasta da Moral, pois embora seja uma norma social não está preocupado com os valores inerentes a essa norma e sim que a norma seja válida sob o viés da formalidade. “Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral” (Kelsen, 1998, p.47). Até porque uma norma jurídica pode ser encarada como válida ainda que seja contrária a um preceito moral.

> Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (wertfreie). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. (Kelsen, 1998, p. 48)

A Teoria Pura do Direito tenta desmistificar a ideia de que o Direito na sua essência é moral, porque tal afirmação só teria sentido se fosse preestabelecida a existência de uma Moral absoluta e esta que não existe.

> Igualmente é de acentuar, com particular relevo, que as concepções sobre o que é moralmente bom ou mau, **sobre o que é e o que não é moralmente justificável - como, v. g., o Direito - estão submetidas a uma permanente mutação**, e que uma ordem jurídica ou certas das suas normas que, ao tempo em que entraram em vigor, poderiam ter correspondido às exigências morais de então, hoje podem ser condenadas como profundamente imorais. (Kelsen, 1998, p. 49)

Kelsen tem ainda por objetivo desvencilhar o Direito de concepções ideológicas que acabam servindo de fundamento para fazer valer a vontade da classe dominante, que serve de alicerce para implementação de uma política que seguirá os ditames de quem a conduz.

> Se por "ideologia" se entende, porém, não tudo o que não é realidade natural ou a sua descrição, mas uma representação não-objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que encobre, obscurece ou desfoca o objeto do conhecimento, e se se designa por "realidade", não apenas a realidade natural como objeto da ciência da natureza, mas todo o objeto do conhecimento e, portanto, também o objeto da ciência jurídica, o Direito positivo como realidade jurídica, então também uma representação do Direito Positivo se tem de manter isenta de ideologia (neste segundo sentido da palavra). (Kelsen, 1998, p. 74)

Ao formular essa teoria despertou paixões e ódio no mundo acadêmico. Não se pode olvidar as diatribes que enfrentou ao propor essa teoria, sendo rotulado como pertencente as mais dispares correntes ideológicas, e pasmem, inclusive, as mais diversas religiões. No entanto, manteve-se fiel a sua ideia original, pois tinha em mente construir um Direito livre das pressões políticas, fidedigno ao grau de pureza que se espera de uma ciência jurídica.

> Se, no entanto, ouso apresentar nesta altura o resultado do trabalho até agora realizado, faço-o na esperança de que o número daqueles que prezam mais o espírito do que o poder seja maior do que hoje possa parecer; faço-o sobretudo com o desejo de que uma geração mais nova não fique, no meio do tumulto ruidoso dos nossos dias, completamente destituída de fé numa ciência jurídica livre, faço-o na firme convicção de que os seus frutos não se perderão para um futuro distante. (Kelsen, 1998, p. IX)

Muito embora, a Teoria Pura do Direito tenha recebido severas críticas, não se pode negar a sua importância para o desenvolvimento do Direito, ao tentar traçar diretrizes objetivas para interpretação da norma jurídica e sua aplicação ao caso concreto.

Essa pureza na interpretação das normas jurídicas almejada por Kelsen ao elaborar a Teoria Pura do Direito, definindo que a norma é fonte de si mesma e por isso não deve sofrer influências externas, "porque o objeto da ciência jurídica é o Direito" (Kelsen, 1998, p.50), encontra-se na contramão do que hoje é vivenciado no Brasil. Por vezes o Poder Judiciário ao decidir determinados casos tem buscado fundamento nos anseios sociais ao revés de buscar amparo no ordenamento jurídico.

Diante desta constatação, com o intuito de relativizar essa atuação do Poder Judiciário, servindo como freio a esse ativismo judicial, até para garantir um mínimo de segurança jurídica à coletividade, surge a indagação: se a Teoria Pura do Direito seria uma via interpretativa viável

para intermediar os excessos experimentados no Ativismo Judicial? E por essa razão foram apresentados os aspectos fundantes e os escopos da Teoria Pura do Direito.

Para responder essa pergunta, inicialmente, faz-se necessário o exame do que vem a ser o Ativismo Judicial no Brasil e suas consequências, tema que será enfrentado no próximo capítulo.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Preliminarmente, cumpre asseverar que não é possível pesquisar o fenômeno do ativismo judicial sem analisar o fenômeno da judicialização, que se desenvolveu após o fim da Segunda Guerra Mundial e no Brasil ganhou força com a redemocratização através da emblemática promulgação da Constituição da República de 1988. No mundo a judicialização ganhou espaço, pois as pessoas ainda estavam chocadas com os efeitos nefastos da guerra, e buscaram no Poder Judiciário um amparo para salvaguardar os seus direitos e garantias fundamentais.

Já no Brasil a judicialização encontrou morada, pois a redemocratização reacendeu a cidadania das pessoas, elas passaram a se sentir encorajadas a buscarem proteção dos seus direitos pela via judicial. A Constituição de 1988 por ser uma constituição analítica abordou diversos assuntos e estes adquiriram status constitucional, logo qualquer violação dessas matérias representa uma afronta a Constituição e por via de consequência, essa violação pode ser combatida por uma ação judicial.

Além disso, os tribunais superiores começaram a se desvencilhar das amarras advindas com a ditadura, passando a representar uma instituição autônoma e independente. Outro fato que contribui para a maior incidência da judicialização no Brasil dá-se pela adoção do sistema de controle de constitucionalidade que admite os controles: (i) repressivo (quando o Poder Judiciário é acionado para verificar a constitucionalidade de uma lei que já está em vigor); (ii) difuso (permite que qualquer juiz ou tribunal na análise do caso concreto faça o exame da inconstitucionalidade de uma lei, afastando a sua aplicação); e, (iii) abstrato (garante ao STF, como guardião da Constituição, a prerrogativa na análise da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por omissão), da Ação Direta Interventiva (ou Representação Interventiva) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Sendo assim, o que vem a ser judicialização?

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2012, p. 24)

O Ativismo Judicial caracteriza-se pela atuação ampliativa do poder judicante ao realizar a interpretação da norma jurídica, representa o prisma negativo do processo de judicialização. "E quando digo excesso, não estou admitindo um "ativismo adequado ou necessário". Permito-me dizer: ativismo é vulgata da judicialização. Não há bom ou mau ativismo" (STRECK, 2013, p.1).

Em outras palavras, o Poder Judiciário acaba adentrando na esfera de competência do Poder Legislativo, pois ao decidir determinado caso concreto inova o ordenamento jurídico, criando verdadeiras leis. Como é cediço, cabe ao Poder Legislativo, sendo sua função precípua, a formulação das normas jurídicas.

> O ativismo relaciona-se ao comportamento dos juízes. Significa conduta que *desborda* da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira *expansiva*. Assemelha-se ao que a nova – e não tão reconhecida no meio acadêmico – doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo (ou *neoconstitucionalismo*, a depender do ângulo), consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade. (SALOMÃO, 2018, p.1)

Neste sentido, ativismo judicial e judicialização são temas constantemente debatidos pelos operadores do Direito, pois uma significativa parcela da doutrina entende que o STF tem transcendido a sua competência ao realizar julgamentos de questões que deveriam passar pelo crivo do Poder Legislativo, ao invés de serem simplesmente sentenciadas pela Corte Superior. Como salienta Lenio Streck,

> [...] Ativismo e judicialização são temas que frequentam as grandes discussões da teoria jurídica brasileira. O acentuado protagonismo do Poder Judiciário vem despertando, não só no Brasil, um conjunto de pesquisas que buscam a explicação desse fenômeno. Nesse sentido, a formação de uma "juristocracia" (ou judiciariocracia) — chamemos assim a esse fenômeno — não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder (no sentido da *Wille zur Macht, de* Nietzsche) manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual. (STRECK, 2013, p.1)

Há quem advogue o posicionamento de que não há excesso de ativismo judicial como a autora Thamy Progrenischi e por levantar essa bandeira recebe severas críticas do Professor Lenio Streck. Progrenischi fundamenta essa afirmação diante da quantidade de ADINs que já foram rejeitadas pelo STF, e Streck rebate esse argumento dizendo o seguinte:

> Já de pronto, não creio que se possa definir o grau de ativismo pelo número de ADINs rejeitadas ou deferidas (é o que dizem Progrenischi, em seu livro, e Barroso, na entrevista à **ConJur**). Pergunto: desde quando somente um ato positivo de inconstitucionalidade é que demonstra o ativismo de uma Suprema Corte? Quer dizer que, se o STF julga de acordo com o parlamento ou de acordo com o governo, ele deixa de ser epitetado de ativista? Ativismo é só quando julga "contra"? Afinal, qual é o conceito de ativismo? Antes de tudo, é necessário dizer que a simples declaração de uma inconstitucionalidade não quer dizer ativismo ou não ativismo. O controle de constitucionalidade é justamente a função precípua e democrática de uma corte constitucional. Logo, número de Ações contra ou a favor não permite epitetar um tribunal de ativista (ou antiativista). Podem ser elementos que apontam algo. Mas não tudo. Aliás, por vezes os números escondem e não desvelam... (STRECK, 2013, p.1)

Vale ponderar que nos julgados em que o STF foi acusado de ter praticado o ativismo judicial, sua atuação foi legalmente provocada e o fez dentro dos padrões legais, dentro do que se espera num processo de judicialização. A título exemplificativo pode-se citar os seguintes casos: (i) Constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510/DF); (ii) Possibilidade de interrupção da gravidez no caso de anencefalia (ADPF nº 54); Reconhecimento da união homoafetiva (ADI nº 4277 e a ADPF nº 132).

Num ângulo diametralmente oposto ao ativismo judicial tem-se a *autocontenção judicial ou minimalismo* que defende a teoria de que a decisão judicial deve fundamentar-se num exame contido e superficial do caso concreto. Por exame contido entende-se aquele pautado na lei; e o exame superficial seria aquele que soluciona apenas o caso concreto, sem estabelecer normas amplas e genéricas a fim de açambarcar casos futuros. Sob este viés percebe-se uma certa dose de influência da Teoria Pura do Direito, pois exige do juiz ao sentenciar um processo que busque guarida no texto normativo, ou seja, estabelece uma lógica interpretativa cunhada na norma jurídica e não em ideologias políticas.

> Em sua forma processual, o minimalismo judicial consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais. Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo. (SUNSTEIN, 1999, p. 5)

Estabelecidas essas visões dispares sobre como deve ser a atuação dos tribunais ao realizarem o seu mister judicante. O Ministro Luis Felipe Salomão assevera os aspectos positivos do ativismo judicial,

> Existem, fundamentalmente, dois grandes pontos reconhecidos como vantagens – quase que de maneira incontroversa – no ativismo: a) a proteção contramajoritária, quando o Judiciário guarda e garante os direitos da minoria que não lograria obtê-la no Parlamento; e b) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que envolvam direitos fundamentais. (SALOMÃO, 2018, p.1)

Examinado a primeira concepção positiva é evidente que se não houvesse a atuação contundente do STF e dos demais Tribunais em diversos julgados os interesses mínimos das minorias não seriam implementados. Afinal, como fazer passar um Projeto de Lei que vise o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, quando se tem uma expressiva bancada evangélica e conservadora no Congresso Nacional? Que é reflexo de uma sociedade hipócrita que se diz livre de preconceitos, quando o Brasil é o país que liderar o ranking de assassinatos às pessoas LGBT no mundo, conforme notícia veiculada pelo sítio da Rádio Senado em 16 de maio de 2018[1].

Dentro deste mote, o STF em 13 de junho de 2019, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, permitiu a criminalização da homofobia e da transfobia, ao enquadrá-las como crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/1989, até que o Congresso Nacional se debruce sobre a matéria. Por maioria (8 votos favoráveis contra 3 contrários) o STF, reconheceu a demora do Poder Legislativo em criminalizar os atos atentatórios aos direitos fundamentais dos membros da comunidade LGBT.

Numa outra vertente, averiguando o segundo aspecto positivo do Ativismo Judicial, o que dizer do reconhecimento do Direito à vida às pessoas portadoras de doenças raras ou negligenciadas. Nos últimos anos, o STF e outros Tribunais do Brasil tem reconhecido a responsabilidade dos entes federativos no oferecimento de medicamentos de alto custo aos pacientes que necessitam desses remédios para se manterem vivos, entretanto tal postura revela a dicotomia entre a ideia do mínimo existencial e à denominada reserva do possível. Neste sentido, o compete ao Estado garantir o mínimo existencial aos seus cidadãos, ao passo que possui limitação orçamentária na implementação dessa política pública.

> Permito-me lembrar, desde logo, que essa é apenas uma das questões que dizem respeito à judicialização. No plano do controle difuso ou do uso de *writs* constitucionais, a judicialização (ou o ativismo) é muito mais significativo. A judicialização do direito à saúde, por exemplo, passa por uma ou duas ações no Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) e por dezenas de milhares de ações nos fóruns e Tribunais da República, inclusive no STF. Portanto, as ADIs são só a ponta do *iceberg*, que podem induzir ao erro.
> Mais ainda, a discussão sobre a judicialização não deve ficar restrita à atuação (ou crítica à atuação) do STF. Basta vermos que várias unidades da federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R$ 515 milhões, quase R$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos. (STRECK, 2013, p.1)

[1]SENADO FEDERAL. Brasil é o país onde mais se assassina homossexuais no mundo. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo. Acesso em: 02 de abr. 2020.

O STF julgando o RE 566471/RN, em 11 de março de 2020, firmou o entendimento de que a Administração Pública não será mais obrigada a fornecer medicamentos de alto custo experimentais ou aqueles que ainda não foram incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS). A decisão exarada pelo STF retira do poder público a obrigação de fornecer esses medicamentos, solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional.

O Ministro Luiz Roberto Barroso expondo seu voto no caso em comento, em sede repercussão geral elaborou se seguinte tese:

> "O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes 31 avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS".

Diante da situação narrada percebe-se uma preocupação do STF em tentar adequar a garantia no mínimo existencial aos pacientes de doenças raras e negligenciadas, ao preceito da reserva do possível, existente em relação a limitação orçamentária dos entes federativos como um todo. Vislumbra-se nesse julgado uma tentativa de efetividade dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, que devem pautar a formulação das decisões judiciais. Sob este prisma, a delineação da judicialização promovida nesse caso encontra-se em perfeita harmonia com o Princípio da Separação dos Poderes, ao se buscar equilibrar direitos contrapostos.

Estudados esses pontos benéficos advindos do manejo do Ativismo Judicial torna-se imprescindível a averiguação dos pontos negativos desse instituto.

Não se pode olvidar dos aspectos negativos inerentes ao ativismo judicial que a doutrina delimita como sendo três riscos: (i) "para a legitimidade democrática"; (ii) "na politização indevida da justiça"; e, (iii) "nos limites da capacidade institucional do Judiciário" (BARROSO, 2012, p. 27).

O primeiro cinge-se ao fato de que os membros do Poder Judiciário não são escolhidos pelo voto popular, logo ao decidirem questões controversas diante de uma sociedade plural isso poderia representar uma afronta a legitimidade democrática.

Quanto ao segundo risco, vale a afirmação de que o *Direito é política*, sob o prisma de que as normas jurídicas são formuladas a partir da vontade da maioria, e que sua aplicação não é alheia a realidade social que a cerca. Além disso, os magistrados não são seres neutros, sem passado ou convicções de vida, o que se espera é eles sejam imparciais ao exercerem sua função judicante. "Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica" (BARROSO, 2012, p. 29). Ao passo que o *Direito não é política*, pois o juiz não está autorizado a decidir baseado em seu bel prazer, livre de qualquer parâmetro legal. Afinal,

> Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. (BARROSO, 2012, p. 29).

O segundo risco representa uma clara alusão aos preceitos estampados pela Teoria Pura do Direito cunha por Hans Kelsen, ao tentar despir o Direito de qualquer interferência política ou ideológica, onde somente a norma jurídica deveria guiar o processo decisório do juiz ao exarar uma sentença.

O terceiro e último risco encontra baliza na concepção da Separação de Poderes, onde a atuação do Executivo, Legislativo e Judiciário apresenta-se bem delimitada. Em que pese essa delimitação, todos os poderes interpretam a Constituição Federal e ao surgirem divergências quanto a linha interpretativa a ser adotada compete ao Poder Judiciário decidir a celeuma. Tal prerrogativa deve ser utilizada com parcimônia, de modo que o Judiciário não se torne um superpoder.

> Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui. (BARROSO, 2009, p. 30).

Pode-se ainda mencionar que existe um outro ponto negativo do ativismo judicial, em função da imprevisibilidade das decisões que serão exaradas e isso fere o Princípio da Segurança Jurídica, que alicerça todo ordenamento jurídico.

> Aqui reside o maior perigo do ativismo, a meu ver, pois essa imprevisibilidade das decisões gera então óbvia insegurança jurídica. O decano do STF, Ministro Celso de Mello, nesse sentido, foi preciso: "...a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo constitui função

> típica da instituição parlamentar" (ADI 1.063/MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18/5/1994, Plenário, DJ de 27/4/2001). (SALOMÃO, 2018, p.1).

Dentro desta perspectiva surge uma outra questão, o STF é o guardião da Constituição da República, com fulcro no art. 102, e se ele ao manejar indevidamente essa sua competência contrariar os preceitos constitucionais que deveria salvaguardar? A quem competiria reestabelecer a ordem? Quando a última instância do Poder Judiciário falhou ao cumprir seu papel.

> Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? (STRECK, 2013, p.1)

Fica clarividente que há uma linha muito tênue entre o Direito e a Política, a grande questão perpassa por encontrar o ponto de equilíbrio na aplicação da norma ao caso concreto. As vicissitudes do jogo interpretativo da lei deságuam ora na busca da tábua firme da norma e ora na esperança de fazer justiça ao caso concreto mesmo quando não há esteio no ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, ficou latente que a Teoria Pura do Direito e o Ativismo Judicial são instituto dispares, visto que no primeiro há um distanciamento do Direito das concepções ideológicas política, viabilizando um Direito visto sob a ótica de ciência jurídica. Já no segundo, há uma participação intensa do Judiciário na concretização do Direito, age inovando o ordenamento jurídico, onde essa competência legiferante pertence ao Poder Legislativo, ou seja, extrapola os seus limites de competência que foram impostos pela Constituição da República no art. 2°.

Há que se perquirir uma solução salomônica ao caso, ou seja, o Ativismo Judicial deve existir, mas de forma comedida. Afinal, parafraseando Aristóteles "A virtude está no meio do justo equilíbrio entre os extremos". Neste sentido, a Teoria Pura do Direito pode ser a baliza necessária para se evitar os excessos.

Dentro desta perspectiva, deve-se inicialmente analisar a lei sob o aspecto científico, pois o Direito é uma ciência jurídica. Posteriormente, ao não se vislumbrar que a decisão

daquele caso concreto visto sob o prisma da pureza da norma não parece razoável é que estar-se-ia autorizado a utilização do Ativismo Judicial. Muito embora essa solução deixe transparecer um certo grau de subjetividade, pois a quem compete realizar esse juízo de valor? Parece-nos razoável que tal atribuição recaia sobre o Judiciário, por ser um corpo técnico, entretanto reconhecemos que ele, a princípio, não teria legitimidade, pois não foi escolhido pelo processo democrático do sufrágio universal através do voto.

Sejamos francos, não podemos olvidar das forças poderosas da elite brasileira que financiam as eleições desse país, e em face do poderio monetário não é crível advogar a tese que "democraticamente" os governantes deste país são escolhidos sem que haja uma certa dose de manipulação, sem mencionar a nova onda das *fake news*.

Ao defender essa linha argumentativa não se faz sem sopesar que muitas das vezes os juízes estão alheios aos anseios sociais, pois vivem em seus palácios de mármore. Entretanto, por mais contraditório que possa parecer, muitas das vezes eles parecem estar mais atentos aos desejos da sociedade ante as decisões já exaradas, que as bancadas dos partidos políticos que compõem o Congresso Nacional, que ficam presas às paixões e crenças religiosas.

Ao nosso sentir, permitir que os magistrados estejam totalmente adstritos a aplicação estática da lei, acabaria por produzir decisões injustas e desvalidas do princípio da equidade que determina tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, adaptando a norma jurídica ao caso concreto com o intuito de torná-la justa. Ao revés, autorizar sem o mínimo de parâmetros, que os juízes possam sentenciar ao largo da lei, isto promoveria grande insegurança jurídica, visto que toda atuação deve ter o seu freio e contrapeso.

Diante do examinado fica clarividente que o assunto é deveras espinhoso e que não há uma solução fácil a ser apresentada, até porque não se pretende com este trabalho científico esgotar o assunto, mas sim apresentar uma contribuição para a construção de um raciocínio que vise traçar uma resposta.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 5, n. 2, 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia Política. Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.

COELHO**,** Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 5, n. 2, 2015.

GALVÃO, Ciro di Benatti. **Ativismo judicial**: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 5, n. 2, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MERGULÃO, Maria Fernanda Dias. **O princípio da equidade: por uma nova exegese**. Gen Jurídico, 2017. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2017/07/21/o-principio-da-equidade-por-uma-nova-exegese/. Acesso em: 23 ago. 2019.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

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

SALOMÃO, Luis Felipe. **Ativismo judicial: para quem e por quê?** Migalhas, 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI289426,51045-Ativismo+judicial+para+quem+e+por+que. Acesso em: 23 ago. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns. Acesso em: 23 ago. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. **Beyond Judicial Minimalism**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Nº 432, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 566471/RN.** Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6. Acesso em: 10 de abr. 2020.