

# **VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

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

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

**JURACI MOURÃO LOPES FILHO**

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** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

**Diretor Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**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** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

**Representante Discente:** Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

**Comunicação:**

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

**Eventos:**

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

T314

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

Coordenadores: Juraci Mourão Lopes Filho; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-917-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Argumentação e realismo jurídico. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

---

#### **Apresentação**

O Conpedi - Conselho Nacional das Pós-Graduações em Direito, consolidando sua atuação proativa em favor do avanço da pesquisa na área jurídica, assim como em outras tantas que lhe são correlatas, tais como a filosofia do direito, a sociologia do direito, a antropologia, a economia, a criminologia, hospedou e coordenou, por intermédio do VII Encontro Virtual do Conpedi, entre os dias 24 a 28 de junho de 2024, mais uma histórica e produtiva rodada de apresentação de trabalhos científicos e dos consequentes debates acadêmicos, com vistas à construção coletiva do conhecimento jurídico. Espaçados ao longo dos cinco dias, mais de mil trabalhos, entre artigos científicos e painéis, que se viram distribuídos segundo sua pertinência temática, em cerca de quase uma centena de grupos de trabalho (GTs) com vasta diversidade temática, muito justamente com o evento intitulado: “A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE”. Contextualizado em momento de intensa carga de trabalho pedagógico pelo iminente encerramento do semestre de trabalho, com generalizada carência de tempo e recursos para viagens, a iniciativa do Conpedi veio garantir efetividade à pesquisa acadêmica, pela adoção do modelo virtual, o qual viabilizou o encontro de qualidade com o necessário contraste de ideias, sem a necessária logística de um evento presencial. Nem por isso, a estrutura mobilizada e disponibilizada se fez simples; ao contrário, o ferramental disponibilizado pelo Conpedi permitiu com que todos se reunissem com absoluta eficiência e produtividade. Ao Professor-doutor Juraci Mourão Lopes Filho, do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS) e ao Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), foi atribuída a honrosa tarefa de conduzir os trabalhos do GT 59 - TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO I, cujos trabalhos se dividiram em dois blocos, segundo a matriz teórica adotada ou pelo núcleo do objeto de pesquisa. O primeiro bloco contou com os seguintes trabalhos: 01. A distinção entre normas primárias e secundárias de Herbert Hart, de autoria de Talissa Maciel Melo; 02. A perspectiva moral nos fenômenos sociais: uma análise da agressão moral na violência à luz da teoria de John Rawls, de autoria de Ana Luiza Crispino Mácola, José Claudio Monteiro de Brito Filho e Homero Lamarão Neto; 03. O direito humano à felicidade: uma análise do livro “Desigualdade reexaminada”, de Amartya Sen, de autoria de Helíssia Coimbra de Souza e José Claudio Monteiro de Brito Filho; 04. O direito natural como base metafísica em contraponto ao realismo jurídico, de autoria de Francisca Cecília de Carvalho Moura Fé e Wilson Franck Junior; 05. Globalização e pluralismo constitucional: uma análise dos âmbitos

sociais parciais e os sujeitos constitucionais, de autoria de Érico Antonio Pereira Santos, Leonel Severo Rocha e Bianca Neves de Oliveira; 06. O ODs nº 5 da ONU, raça, gênero e reparação histórica: da possibilidade de implementação de ações afirmativas no corpo docente da Universidade de São Paulo, de autoria de Danilo Henrique Nunes, Lucas de Souza Lehfeld e Neide Aparecida de Souza Lehfeld; 07. Promoção de direitos e garantias fundamentais através das dimensões do poder e da participação popular, de autoria de Leonardo Jose Diehl e Adriana Fasolo Pilati. O segundo bloco constou de trabalhos com concentração nas temáticas da prestação da jurisdição em si, seus limites e variações, como a judicialização, o ativismo judicial e a desjudicialização, o interpretativismo e as mutações, a partir dos seguintes trabalhos: 08. Pluralismo jurídico e justiça comunitária: a busca pela solução dos conflitos e o fomento estatal, de autoria de Lucas Manito Kafer e Renata Almeida da Costa; 09. Os limites da mutação constitucional: a delicada questão entre os limites estabelecidos ao STF na sua missão de julgar e o papel reservado ao legislador, de autoria de Eid Badr, Sarah Clarimar Ribeiro de Miranda e Natalia Marques Forte Badr; 10. O princípio da responsabilidade judicativa como chave de leitura para as teorias da decisão judicial, de autoria de Aline de Almeida Silva Sousa; 11. Teoria da Integridade de Ronald Dworkin e o ativismo judicial brasileiro: uma análise do recurso especial nº 1874222 do Superior Tribunal de Justiça, de autoria de João Augusto Pires Mendes e Alberto de Moraes Papaléo Paes; 12. Judicialização da política e diálogo institucional: a legitimação do poder judiciário enquanto detentor da última palavra na garantia dos direitos fundamentais sob a ótica da teoria do diálogo institucional, de autoria de Sara Barros Pereira de Miranda, José Elias Gabriel Neto e Igor Barros Santos; 13. Judicialização e desjudicialização: compreensão da simbiose dos fenômenos na busca pela efetividade do acesso à justiça frente à insuficiência do judiciário e legislativo, de autoria de Erika Araújo de Castro, Clarindo Ferreira Araújo Filho e Danilo Rinaldi dos Santos Júnior; 14. Revisitando a jurisdição: análise da disfuncionalidade do ativismo judicial na perspectiva da unidade do direito como sistema social, de Cassius Guimaraes Chai, Tuane Santanatto Nascimento Santos e Isadora Silva Sousa. Na oportunidade da condução dos trabalhos, pode-se testemunhar a dedicação dos autores, desde a meticulosidade da preparação das pesquisas ao rigor na liturgia analítica e à criatividade das integrações cognitivas. Seguro de cumprir o papel articulador de iniciativas de fomento à pesquisa jurídica, o Conpedi nos autoriza a oferecer ao prezado leitor o compartilhamento dos ricos conteúdos versados. Desejamos uma excelente leitura!

Professor-doutor JURACI MOURÃO LOPES FILHO, do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Coordenador do Mestrado Acadêmico em Direito da Unichristus. Doutor em Direito Constitucional (UNIFOR), Mestre em Direito e Desenvolvimento (Universidade

Federal do Ceará - UFCE), pós-graduado em Direito Processual Civil (Universidade Federal do Ceará - UFCE), graduado em Direito (Universidade Federal do Ceará - UFCE), Procurador do Município de Fortaleza-CE e advogado OAB-CE.

<http://lattes.cnpq.br/0257488574733726>

Professor-doutor ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós-doutor em Direito e Ciência Política (Université de Paris X - França), Doutor em Direito Público e Evolução Social (UNESA), doutorando em Filosofia do Direito (Universität zu Kiel – Alemanha), Mestre em Direito e Economia (UNIG), posgraduação em Jurisdição Constitucional (Universidad Castilla-La Mancha – Espanha) pós-graduado em Educação (UFRJ), graduado em Direito (UERJ), advogado OAB-RJ.  
<http://lattes.cnpq.br/1275400369932551>

# **REVISITANDO A JURISDIÇÃO: ANÁLISE DA DISFUNCIONALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA PERSPECTIVA DA UNIDADE DO DIREITO COMO SISTEMA SOCIAL**

## **REVISITING JURISDICTION: ANALYSIS OF THE DYSFUNCTIONALITY OF JUDICIAL ACTIVISM FROM THE PERSPECTIVE OF THE UNITY OF LAW AS A SOCIAL SYSTEM**

**Cassius Guimaraes Chai** <sup>1</sup>

**Tuane Santanatto Nascimento Santos** <sup>2</sup>

**Isadora Silva Sousa** <sup>3</sup>

### **Resumo**

O presente estudo tem como objetivo analisar as práticas do ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, considerando a unidade do Direito como sistema social. A pesquisa visa identificar as violações aos limites legais e a insegurança jurídica gerada pelo ativismo judicial, bem como investigar a falta de coerência e a criação de normas não previstas como características disfuncionais desse fenômeno. A hipótese de trabalho sugere que a análise comparativa entre os dois países, sob a perspectiva da unidade do Direito, permitirá compreender as implicações do ativismo judicial na segurança jurídica e na legitimidade das decisões judiciais. Os objetivos incluem a análise de casos concretos e a investigação da relação entre ativismo judicial e a unidade do Direito como sistema social, e a identificação dos impactos negativos na integridade e eficácia do sistema jurídico. Espera-se que este estudo contribua para a compreensão das práticas judiciais e estimule o debate sobre a justiça, a segurança jurídica e a efetividade dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea, visando a construção de um sistema jurídico mais justo e equitativo. No percurso metodológico, foi realizada uma análise comparativa entre os casos concretos de ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, destacando as violações aos limites legais e a falta de imparcialidade, fazendo uso da revisão bibliográfica abrangente, explorando conceitos fundamentais do ativismo judicial, limites legais, insegurança jurídica e unidade do Direito como sistema social para então discorrer criticamente sobre a relação entre ativismo judicial e a unidade do Direito como sistema social.

---

<sup>1</sup> Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Professor Permanente no PPGD/Faculdade de Direito de Vitória. Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. E-mail: cassiuschai@gmail.com

<sup>2</sup> Graduada pela Universidade do Ceuma, Advogada, Especialista em Direito Processual Civil pela Damásio, Conciliadora e Mediadora Judicial pelo TJ-MA, Mestranda pela Universidade Federal do Maranhão. E-mail: tuanesanatanatto@hotmail.com.

<sup>3</sup> Mestranda pela UFMA. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Legale. Especialista em Direito Público pela Damásio. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Advogada. E-mail: adv.isadorasousa@gmail.com

**Palavras-chave:** Positivismo kelseniano, Ativismo judicial, Interpretação constitucional, Direito integrativo, Discricionabilidade

**Abstract/Resumen/Résumé**

This study analyzes the practices of judicial activism in Brazil and the United States, considering the unity of Law as a social system. The research aims to identify violations of legal limits and legal uncertainty generated by judicial activism, as well as investigate the lack of coherence and the creation of unforeseen norms as dysfunctional characteristics of this phenomenon. The hypothesis suggests that the comparative analysis between the two countries, from the perspective of the unity of Law, will make it possible to understand the implications of judicial activism on legal certainty and the legitimacy of judicial decisions. The objectives include the analysis of concrete cases and the investigation of the relationship between judicial activism and the unity of Law as a social system, and the identification of negative impacts on the integrity and effectiveness of the legal system. It is hoped that this study will contribute to the understanding of judicial practices and stimulate the debate on justice, legal certainty and the effectiveness of fundamental rights in contemporary society, aiming to build a fairer and more equitable legal system. In the methodology, a comparative analysis was carried out between concrete cases of judicial activism in Brazil and the United States, highlighting violations of legal limits and the lack of impartiality, using a bibliographical review exploring fundamental concepts of judicial activism, legal limits, insecurity legal and unity of Law as a social system.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Positivismo kelseniano, Ativismo judicial, Interpretação constitucional, Direito integrativo, Discretion

## 1 INTRODUÇÃO

O ativismo judicial, tema de intensos debates no cenário jurídico, suscita reflexões cruciais sobre os limites da atuação do Poder Judiciário, a segurança jurídica e a unidade do Direito como sistema social, por vezes caracterizado como um ativismo judicial em diferentes sistemas jurídicos. Diante deste contexto, surge a necessidade de investigar as práticas do ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, em uma aproximação comparativa, à luz da unidade do Direito como sistema social.

O problema central desta pesquisa consiste em analisar as violações aos limites legais e a insegurança jurídica gerada pelo ativismo judicial, bem como investigar a falta de coerência e a criação de normas não contempladas no sistema jurídico como características disfuncionais desse fenômeno.

Nesse recorte, partindo da premissa de que o ativismo judicial pode impactar a integridade e eficácia do sistema jurídico, hipotetiza-se que a análise comparativa entre Brasil e Estados Unidos, considerando a unidade do Direito como sistema social, permitirá identificar as implicações do ativismo judicial na segurança jurídica e na legitimidade das decisões judiciais, evidenciando a complexidade das decisões diante de questões sociais controversas.

A metodologia adotada neste estudo envolve a análise de casos judiciais relevantes, à luz do marco teórico do positivismo kelseniano, que tradicionalmente enfatiza a separação entre Direito e moral, e a crítica sobre o poder criacionista do juiz e sua margem de discricionariedade na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Além disso, serão considerados casos históricos como *Marbury v. Madison* de 1803 e a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 54* de 2012 no Brasil, para analisar a evolução do papel do Judiciário na revisão das leis e os impactos da atuação judicial em questões sociais controversas, à luz das críticas ao ativismo judicial.

Por fim, o estudo também abordará o caso *Kelo v. City of New London* ocorrido em 2005 da Suprema Corte dos Estados Unidos, para explorar os desafios relacionados ao poder do Estado e a proteção dos direitos individuais diante do ativismo judicial, considerando a perspectiva de Ronald Dworkin em "*Levando os Direitos a Sério*", que propõe uma superação da visão positivista tradicional e enfatiza a importância dos direitos individuais na interpretação e aplicação do Direito.

Espera-se que esta pesquisa auxilie na compreensão mais aprofundada das implicações do ativismo judicial na segurança jurídica e na legitimidade das decisões judiciais, evidenciando a complexidade das práticas judiciais diante de questões sociais controversas. Além disso, que dentre outras possíveis contribuições deste estudo ocorra o aprimoramento do debate sobre o



papel do Judiciário na promoção da justiça, da segurança jurídica e da efetividade dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea, bem como o estímulo à reflexão crítica e ao debate sobre as práticas judiciais e a unidade do Direito como sistema social, visando a construção de um sistema jurídico mais justo, equitativo e responsivo às demandas da sociedade, ao cumprimento do disposto como desafio no art. 926, do Código de Processo Civil brasileiro.

## **2 O POSITIVISMO KELSENIANO E A MARGEM DE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

Por volta do século XIX, surge a filosofia de Augusto Comte (1798-1857), por meio da obra *Curso de Filosofia Positiva*, o qual, desenvolveu a Teoria do Positivismo Filosófico, como uma “resposta ao idealismo que permeava a ordem burguesa na França, onde se proclamava a bandeira de liberdade, igualdade e fraternidade” (Ramiro; Herrera, 2015, p. 235). O autor, pela primeira vez, aplicou nas ciências sociais os ideais do cientificismo, defendendo o método experimental, ou seja, empirista, para fenômenos já muito explorados pelas ciências naturais, e, por isso, atribui-se esse marco teórico como a inauguração do positivismo moderno (Adeodato, 2009).

Já no início do século XX, em meio à prática judiciária, que definia o Direito pela jurisprudência, Kelsen (2006), por meio da Teoria Pura do Direito, propôs uma Teoria do conhecimento jurídico descritiva voltada ao sistema normativo, a qual impulsionou o Positivismo jurídico. Em outros termos, “proclamava-se a instauração de uma metodologia própria para a ciência do Direito e a partir dessa dimensão normativa, o Direito posto (norma) seria o objeto científico” (Ramiro; Herrera, 2015, p. 236).

Nas palavras de Kelsen (2006, p. 1):

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito (Kelsen, 2006, p. 1)”.

Ocorre que, diferentemente de Comte, Kelsen (2006) concebe a ciência do Direito a partir do próprio Direito e nesse sentido, livre de qualquer influência, tais como as ciências metafísicas e o viés idealista a fim de identificar a natureza do Direito.

Nesse sentido, na teoria kelseniana foi realizada a separação entre o conhecimento

jurídico e a moral, pois para o autor não havia um diálogo entre quão justa ou injusta era a norma, considerando aspectos valorativos e éticos, já que o valor de justiça, carecia de uma análise que perpassa pela subjetividade. Nesse raciocínio, na Teoria Pura a norma era racional, não contemplando uma perspectiva de análise moral ou jusnatural (Kelsen, 2006).

Para Kelsen (2006), o comportamento ético ou moral ensejaria uma larga possibilidade de interpretações em razão do caráter subjetivo, não proporcionando a segurança jurídica adequada exigida no âmbito jurídico.

Assim, apesar de aceitar que tanto o Direito como a Moral são ordens normativas, em que ambas são compreendidas como sistemas que regulam a conduta humana e, ao seu modo, cada uma prescreve à sociedade, apenas o Direito tinha caráter coercitivo, ou seja, poderia ordenar uma ação ou omissão, as quais quando violadas, recaem sobre o violador uma sanção. Em contrapartida, a moral é desprovida desse caráter coercitivo, que, como já informado, é típico da norma jurídica, razão pela qual, possui aspectos subjetivos, incompatíveis com o Direito, que é lógico e positivo (Kelsen, 2006).

Destaca-se que em razões semelhantes, ou seja, pela alta carga subjetiva e pela exacerbada discricionariedade direcionada aos operadores e intérpretes do Direito, fatores que impediam uma estabilização e segurança a quem buscava a jurisdição, o referido autor, refutou o jusnaturalismo (Kelsen, 2006).

Em sua Teoria, Kelsen (2006) propôs uma análise estrutural do Direito, tendo como premissa uma norma hipotética fundamental, que seria o último fundamento na hierarquia da validade. Assim, uma norma na ordem jurídica positiva é julgada válida ou inválida, de acordo com sua conformação ou não à norma fundamental (Kelsen, 2006).

Nessa perspectiva, a interpretação da norma somente é possível em relação à conformidade com uma norma fundamental, dentro do seu aspecto objetivo. Dessa forma, o papel do juiz seria aplicar a lei que vigorava, não havendo margem para discricionariedade, resgatando-se os pressupostos da escola exegetica (Kelsen, 2006).

O ato judicial, em Kelsen, é um ato de produção que deve se limitar ao caso concreto trazido à sua análise, sendo essa “uma interpretação autêntica da própria norma aplicada ou aplicável” (Chai, 2006, p. 252). Nesse contexto, a norma pode ser conceituada como o resultado da operação comunicativa pressupondo o texto legal (faticidade) e o caso concreto (validade) (Chai, 2006).

Mas é válido destacar que a teoria kelseniana não reconhecia a possibilidade da existência de lacunas interpretativas, ao contrário, defendia que o Direito seria uma ordem

jurídica sempre aplicável, havendo possibilidade de buscar dentro da moldura jurídica a norma admissível ao caso concreto (Kelsen, 2006).

Conforme o autor, se o próprio texto normativo não apresentasse um sentido único, ou seja, diante de uma contradição interna ou possível discrepância entre o texto positivado e a pretensa vontade do legislador, a indeterminação normativa não intencional, seria solucionada a partir do próprio Direito, ou, utilizando-se da terminologia elaborada pelo autor, dentro da moldura normativa, pois essa conteria uma pluralidade de interpretações possíveis, todas válidas, devendo o órgão julgador escolher apenas uma, dentre elas, no momento da análise do caso concreto (Kelsen, 2006).

Isso porque Kelsen utiliza a palavra *lacuna* não para se referir à uma decisão logicamente impossível por falta de uma norma, e sim para identificar o momento em que há uma diferença entre o Direito positivo e um sistema tido como melhor, mais justo, o mais possivelmente correto” (Carvalho Netto, 1997, p. 40). Nesse sentido, lacuna seria o reconhecimento de imperfeições do Direito positivo frente a esse sistema melhorado e a interpretação nesse caso “serve para eliminar a norma interpretada e substituí-la por uma norma que seja melhor, mais justa, o mais possivelmente correta - em suma, a norma desejada pelo órgão aplicador” (Carvalho Netto, 1997, p. 40).

Kelsen (2006) também propôs uma estratificação para situar a posição da norma no ordenamento jurídico. O autor organizou a lei seguindo uma hierarquia em forma piramidal, onde no topo estaria a norma fundamental (Kelsen, 2006).

Da hierarquia das normas se abstrai a supremacia da constituição que é o pilar estabilizador da ordem constitucional das soberanias modernas, responsável pelo filtro de legalidade que permite o pleno funcionamento do Estado Democrático. Ao constituir a supremacia da constituição, todos os componentes do Estado e da comunidade social, estão submetidos e devem respeitar ao império das Leis (Kelsen, 2006).

Portanto, quando Kelsen (2006) propôs o primeiro modelo de tribunal constitucional, o objetivo era garantir o cumprimento da Constituição como a Lei maior e solidificar a percepção de que, por meio da eficácia constitucional, é possível a estabilidade do ordenamento jurídico. Razão pela qual o autor defende a correspondência da Constituição aos anseios sociais, devendo, assim, o julgador agir apenas como “juiz boca-da-lei”, exigindo-se, portanto, uma postura de neutralidade absoluta por esse (Kelsen, 2006).

O conceito de neutralidade ideológica, formulado por Kelsen (2006), pode ser analisado sob dois aspectos: externo e interno, ambos relacionados com a conceituação supra de ideologia.

“Externamente, trata-se da validade da proposição kelseniana em face das ideologias políticas em geral; e internamente, examina-se a teoria pura em seus pressupostos ideológicos imanentes, isto é, a ideologia que a teoria pura internaliza, talvez sem a conscientização de seu criador” (Coelho, 1982).

Para Coelho (1992), o enunciado de que apenas uma estrutura normativa carrega dentro de si mesma seu princípio legitimador, independentemente de quaisquer conteúdos éticos, sendo essa a norma fundamental, possivelmente seja o aspecto que mais tenha atraído a crítica dos opositores da teoria pura, pois essa, a depender da sua aplicação, pode se transformar em instrumento legitimador de qualquer ordem jurídica, sendo ela injusta e repugnante ou não.

Em contraposição, surgiram outras teorias acerca da interpretação no contexto da ciência jurídica. A exemplo a teoria positivista de Hart (2009), a qual destacou a limitação do direito positivo, afirmando que esse pode produzir julgamentos mecânicos, quase matemáticos, a partir da aplicação de suas premissas lógicas aos casos concretos e propôs uma nova compreensão do Direito, a qual manteve a importância do positivismo, mas admitiu uma textura aberta na interpretação da norma.

A ideia de textura aberta parte da compreensão de que a literalidade da norma jurídica pode não produzir um resultado aceitável em face da imprecisão ou ainda da indeterminação da linguagem, uma vez que nenhum legislador teria condições de prever todas as possibilidades a serem alcançadas pelo texto da lei. Isso quer dizer que a linguagem apresenta dificuldades que podem estar relacionadas a questões semânticas ou mesmo a questões de contextualização. Além disso, pode haver a necessidade de as normas serem criadas intencionalmente com uma margem de indeterminação, nos casos em que as condições de sua aplicação não possam ser antecipadamente definidas, restando um espaço a ser determinado pela autoridade que irá proferir a decisão, seja do poder judiciário, seja da administração (João, 2019).

Para Hart (2009), também estaria compreendida no conceito de textura aberta do direito o próprio conceito da derrotabilidade, que o autor define como sendo a possibilidade de que certos conceitos jurídicos possam ter sua aplicação excetuada pelo julgador em relação à sua previsão literal, mas essa exceção também estaria legalmente prevista. Equivale a dizer que as condições para aplicação dos institutos jurídicos são apenas condições iniciais, provisórias, as quais são condições necessárias, mas podem não ser suficientes caso haja outra previsão legal que estabeleça o afastamento dessa aplicação em certas situações.

Para exemplificar, o autor cita o contrato, cujas premissas de validade são estabelecidas na lei; mas essas premissas podem não ser suficientes para a manutenção da validade jurídica

do contrato, caso ocorra alguma situação em que o conceito pode ser excepcionado, como por exemplo a coação, declarações falsas, a ocorrência de uma guerra, entre outros exemplos, no caso da derrotabilidade um conceito jurídico é inicialmente válido e aplicável, mas é passível de ser suplantado por uma situação legalmente prevista (Bix, 2012) (Hart, 2009).

Graeff (2015) faz uma distinção entre a textura aberta do direito e a textura aberta da linguagem, defendendo que a primeira, como exposta por Hart (2009), tem maior amplitude do que a segunda, uma vez que direito é construído pela linguagem, a qual vai ganhando conotações próprias formando um vocabulário jurídico com possibilidade de múltiplas variações entre os diversos ordenamentos jurídicos em que na textura aberta do direito há a indeterminação própria da linguagem, a incerteza linguística que proporciona uma certa variedade de decisões possíveis, mas todas elas abrangidas pela legalidade do texto jurídico (Bix, 2012).

Realizando uma análise entre essas duas teorias, ressalta-se que, em que pese a neutralidade do juiz ser substancial, é necessário compreender que o ser humano é incapaz de conviver livre de influências, externas ou internas, cabendo ao julgador, quando da análise do caso concreto se afastar de todos os ruídos<sup>1</sup> que podem influenciar em sua decisão.

Trabalhando-se uma faixa discricionária, mas dentro dos moldes da legislação, como apregoadado por Kelsen (2006) em que toda interpretação deve guardar congruência com o ordenamento vigente, mas sem desconsiderar, a abertura proposta por Hart (2009), a qual aduz que a justiça não pode ser alcançada quando se aceita aspectos que podem levar a injustiças por existir norma que desconsiderar fatores morais e éticos.

Por isso a imparcialidade, como faculdade de decisão, emerge como critério determinante não apenas quando da elaboração da norma, mas de sua aplicação e isso ocorre porque cada situação é única. De um lado, tal prática contribui para a validade posta seja universal, todavia, é no momento de sua aplicação que “surgem dúvidas sobre a imparcialidade e adequação na aplicação da norma” (Chai, 2006, p. 269).

Em um estudo realizado por Whittington (2017), acerca dos esforços de lobby para influenciar os eleitores na eleição presidencial de 2016, ele argumenta que houve uma ruptura com as tradições constitucionais americanas, sendo necessário distinguir a interpretação constitucional da construção constitucional.

---

<sup>1</sup> Kahneman, Sibony, Sunstein (2021) trazem a perspectiva de ruído no julgamento representando eles as variabilidades que repercutem na insegurança e ausência de previsibilidade das decisões. Para identificá-lo seria necessário admitir um problema que se externaliza quando múltiplos indivíduos julgam o mesmo problema de forma diferentes ou fora do esperado pela lei (Kahneman; Sibony; Sunstein, 2021).

Whittington (2017) argumenta que o excesso de discricionariedade dos juizes pode levar a uma violação dos princípios constitucionais e democráticos, logo a importância de seguir as tradições constitucionais e os limites estabelecidos pela Constituição, em vez de permitir que os juizes ajam de forma arbitrária ou fora do escopo de sua autoridade. O autor ainda enfatiza a necessidade de equilibrar a interpretação constitucional com a construção constitucional para garantir a integridade do sistema legal e o respeito às instituições democráticas (Whittington, 2017).

Nesse sentido, ratifica-se que a atividade judicial legítima deve respeitar as tradições constitucionais e os princípios democráticos, em oposição a tentativas de influenciar os eleitores presidenciais de forma contrária aos valores fundamentais da Constituição, como a exemplo do caso investigado por Whittington (2017).

### **3 A EVOLUÇÃO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO E OS DESAFIOS DO ATIVISMO JUDICIAL**

É razoável a existência de reflexões a respeito do atendimento aos princípios e normas que devem nortear as decisões judiciais, suas consequências práticas no seio da sociedade, e a necessidade de conter ou minimizar uma atuação prejudicial ao ordenamento jurídico (Streck, 2013).

Para Hesse (1991) a Constituição alcança força normativa na medida em que adquire eficácia e o seu caráter é compromissório. Tal afirmação leva a um raciocínio, concernente às possibilidades e aos limites de realização dessa pretensão de eficácia. Como mencionado, a compreensão dessas possibilidades e limites somente pode resultar da relação da Constituição jurídica com a realidade, mediante o comprometimento de cada Poder, nesse cenário, resta incompatível qualquer atividade interpretativa que não corresponda a uma norma já imanente ao ordenamento vigente.

Para Arguelles, Oliveira e Ribeiro (2012), o termo Ativismo Judicial se tornou famoso em decorrência da reportagem escrita pelo historiador Arthur Schlesinger Jr e publicada em 1947 na revista *Fortune*, nos Estados Unidos, na qual se teceu comentários a respeito da Suprema Corte Norte Americana, descrevendo-se posturas progressistas e conservadoras adotadas nos julgamentos.

“São acirrados os embates historiográficos em torno da história do *judicial review*” (Continentino, 2016). Todavia, há um consenso quanto à representatividade do caso *Marbury v. Madison* (1803) para a consolidação desse fenômeno pelo caráter específico e inovador desse

precedente americano. Essas características se dão em razão do mesmo ter estabelecido limites evidentes quanto ao papel institucional do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, tendo ditados os critérios de separação entre os campos de atuação, ou seja, diferenciando o campo do direito do cenário político (Nelson, 2000) (Wood, 1999).

Em 1800, o então presidente dos Estados Unidos, John Adams, perdeu as eleições para o candidato Thomas Jefferson. A fim de manter um certo poder, o candidato derrotado, um pouco antes do término de seu mandato, nomeou aliados do seu partido para cargos de poder no Judiciário por meio do Judiciary Act of 1801, lei, aprovada também nesse período de transição, que reduziu o número de ministros na Suprema Corte e conferiu poderes ao Presidente para nomear juízes federais, tendo John Adams nomeado como Presidente da Suprema Corte, seu Secretário de Estado, John Marshall.

Ocorre que, no curto período de tempo da transição entre governos, John Marshall não conseguiu entregar todos os diplomas aos investidos em tempo hábil. Em razão disso, James Madison, o novo Secretário de Estado, já nomeado por Thomas Jefferson, que estaria na função de entregar o restante dos diplomas de investidura, não o fez. Dessa forma, William Marbury, um dos juízes de paz que fora nomeado pelo ex-presidente, John Adams, mas não chegou a receber seu diploma, requereu perante a Suprema Corte o reconhecimento de sua nomeação e a consequente entrega do diploma de investidura, através de um Mandado de Segurança em desfavor de James Madison.

A Suprema Corte, por meio do relator do caso que foi Marshall, proferiu uma decisão entendendo pela legitimidade de posse de Marbury, mas declarou que a Corte não poderia expedir o diploma. Nesse ínterim, o caso Marbury v. Madison reafirmou a competência da Suprema Corte americana, “construindo juridicamente sua competência para o controle de constitucionalidade, mas, sobretudo, politicamente assegurando para a jovem Suprema Corte uma nova e importante esfera de poder” (Stern, 2016, p. 193).

“Uma das mais férreas críticas ao judicial review reside na compreensão da ruptura do princípio da separação dos poderes, com a limitação de função ou da revisão (correção) do exercício de função (poder) do Judiciário quer sob o Executivo quer sob o Legislativo” (Chai, 2006, p. 265). Todavia, no caso Marbury v. Madison (1803), é possível identificar que a decisão judicial respeitou os limites de sua atuação.

No Brasil, o Ativismo Judicial tomou conotação negativa e pode ser sucintamente descrito por Ramos (2015) como um exercício inadequado da prestação jurisdicional, em que os julgadores não observam os limites impostos pelo ordenamento jurídico e proferem decisões excessivamente discricionárias que impactam na segurança jurídica e na certeza quanto a estabilização dos institutos no sistema jurídico.

As abordagens mais comuns com relação ao Ativismo Judicial envolvem algum elemento de desvio por parte do Poder Judiciário quanto à aplicação do texto legal vigente, os métodos de interpretação e a argumentação jurídica utilizada. A ideia central da expressão é de que o juiz ativista está atuando fora dos limites da esfera legal, ultrapassando a moldura jurídica apropriada à função judicial, constituindo uma atuação disfuncional (Arguelhes; Oliveira; Ribeiro, 2012)

Gomes (2019), aduz um conceito clássico de ativismo judicial, no qual o juiz cria uma norma nova não contemplada na base legal, nem nos tratados internacionais, nem na própria Constituição Federal, razão pela qual essa “criação” não encontra amparo no sistema jurídico e nem aplicabilidade no sistema de justiça, uma vez que pela inexistência de compatibilidade não privilegiaria o cumprimento dos mandamentos Constitucionais.

Além disso, o ativismo judicial é pautado no desejo e filtro particular do julgador, o qual fere a devida imparcialidade necessária à prestação do dever judicial. Nesse sentido, a verdade do juiz acaba interferindo na relação processual e se há opinião do julgador, sem fundamentação na Lei, caracteriza-se uma decisão imparcial, portanto, há lesão ao direito diante e, conseqüentemente, ao Estado Democrático de Direito, pautado na integridade de seu sistema e no interesse dos cidadãos (Baptista, 2020).

Em termos práticos, ocorre que a configuração de Estado Democrático de Direito, elucidada pela Constituição, no qual há uma congruência e eficiência em concretizar o Estado social, não encontra convergência no Juiz ativista, o qual apresenta manifestações eivadas de fundamentações desarrazoadas e desconexas à conduta judicial em que para justificar seu ato de vontade camuflam a disfunção da prestação judicial com o argumento de interpretação desse ou daquele instituto legal (Baptista, 2020).

Como já enunciado, por ativismo se compreende uma atividade eivada de malefícios em que o julgador se utiliza da função para proferir decisões amparadas na sua verdade e fora do alcance da Lei, servindo a sociedade, o Direito e o Estado uma atividade imparcial e sem segurança jurídica. Assim, o ativismo judicial, nada tem a ver com ação proativa em favor de direitos sociais, nele ocorre uma distorção da atividade judicial, na qual o julgador age fora do escopo da lei, seja por não atentar aos comandos da lei ou por desejo pessoal de beneficiar ou prejudicar partes envolvidas no processo judicial.

Nesse sentido, o referido instituto, desconsidera o Estado de Direito e a segurança jurídica, pois o julgador cria norma, mas não em benefício social, ou para oxigenar o ordenamento pela evolução social, mas interpreta o texto legal empregando o sentido que desejar, incorrendo no que se intitulou criticamente de juristocracia que resumidamente



significa “governo dos juízes” (Santana, 2019).

Já Protagonismo Judicial, conforme Barroso (2020) é uma atividade em que o julgador, pautado na Lei e diante de lacunas, omissão ou grave risco de violação de Direitos fundamentais e humanos, estaria autorizado a interpretar a norma como complemento da prescrição legal, ou seja, no Protagonismo Judicial, toda e qualquer interpretação é realizada dentro do alcance jurídico Constitucional na direção do respeito aos direitos sociais.

Como exemplo, destaca-se um relevante caso do Supremo Tribunal Federal (STF), a saber o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (2012). Tratou-se de pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para ser inconstitucional a interpretação de que interromper a gestação em razão de feto anencéfalo tipificaria conduta ilícita, amparada pelos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal.

No julgamento, o Plenário do STF, por oito votos a dois, julgou procedente o pedido. De acordo com a análise referida da decisão judicial, percebeu-se que essa partiu de leitura moral do ordenamento jurídico e de uma perspectiva reconstrutiva, consagrando-se de forma normativamente sensível o ideal de integridade ao resguardar a independência ética de mulheres.

Sob essa ótica, o julgado adotou uma perspectiva eminentemente substancialista, já defendida por Dworkin, o qual “sustenta que a interpretação racionalmente construída a partir de princípios substantivos deve considerar, não apenas a Constituição como um todo, mas também a história, as tradições e as práticas constitucionais” (Bunchaft, 2012).

Nesse ínterim, não há dúvidas que a jurisdição opera com descritores linguísticos de riscos sociais, afirmando-se que a sociedade, então, vive uma jurisdição constitucional de riscos. O risco, nesse contexto, pode representar a incerteza jurídica, quando constatada a existência de leis e decisões judiciais consubstanciadas como ambíguas e incertas, assim como os fatores que causam instabilidade à democracia, os quais geram desconfiança e descontentamento dos sistemas de justiça (Chai, 2006).

Diante desse cenário, o debate que versa sobre o ativismo judicial deve questionar, antes de tudo, sobre o papel apropriado do Poder Judiciário no seu dever de julgar, o qual deve ocorrer conforme prevê a lei (Koerner, 2013).

#### **4 A PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN E A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO**

Nas últimas décadas, países de todos os continentes reformularam as suas disposições constitucionais. Só nos últimos cinco anos, a Bolívia, o Equador, o Egito, a Islândia, o Quênia,

Mianmar, o Nepal, o Sri Lanka, o Sudão, a Tailândia e a Tunísia estiveram todos envolvidos numa fase de reconstrução constitucional. No rescaldo das revoltas lideradas pelo povo no mundo árabe em 2011, a construção da Constituição deverá desempenhar um papel fundamental na criação de uma democracia sustentável na região (Wahiu, 2011).

A construção da Constituição ocorre frequentemente no âmbito de transições políticas mais amplas. Estas podem estar relacionadas com a construção da paz e a construção do Estado, bem como com a necessidade de reconciliação, inclusão e atribuição equitativa de recursos num período pós-crise. Muitas constituições já não se destinam apenas a delinear a mecânica do governo, mas também a responder a estes desafios mais vastos de uma forma que seja considerada legítima e amplamente aceita. À medida que as exigências impostas às constituições aumentaram, estas tornaram-se muitas vezes complexas e longas e, portanto, mais difíceis de conceber, bem como de implementar (Wahiu, 2011).

A tradição constitucionalista acredita na supremacia judicial em matéria de interpretação constitucional, conferindo “grande relevo às reações e às consequências que podem advir de uma decisão judicial a respeito do significado da Constituição” (Willeman, 2013).

Já o neoconstitucionalismo, considerado um constitucionalismo democrático, entende existir excessos tanto quando há uma confiança irrestrita e exacerbada na atuação judicial ou no outro extremo oposto, quando identifica a presença de desconfiança total da população nos sistemas de instituições de justiça. Nesse sentido, “o constitucionalismo democrático não rejeita, absolutamente, o judicial review, mas considera inaceitável que uma esfera de poder se autocoloque em posição de superioridade sobre outras esferas em matéria de interpretação constitucional” (Willeman, 2013, p. 116).

Dessa forma, o constitucionalismo democrático se baseia na premissa de que a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática, ou, em outros termos, ela depende, intrinsecamente, que seus destinatários a reconheçam como legítima a fim de obedecê-la. “Nesse raciocínio, eventuais resistências a interpretações judiciais podem atuar no fortalecimento da legitimidade democrática da Constituição” (Willeman, 2013, p. 116-117).

As resistências sociais à decisão judicial são estudadas pela doutrina americana, a qual denominou esse fenômeno como efeito *backlash*, o qual pode oferecer um potencial construtivo à democracia constitucional uma vez que desconstrói a ideia de que as decisões judiciais proferidas em matéria constitucional devem ser adotadas sem protesto, desafiando, nesse caso, a própria titularidade das instâncias judiciais, quando por vezes são consideradas a última palavra em se tratando de interpretação da Constituição.

A exemplo, esse fenômeno pode ser identificado em um dos julgamentos históricos da Suprema Corte dos Estados Unidos, sendo o caso *Kelo versus City of New London*, quando “mais de 40 (quarenta) estados da federação reagiram ao precedente por meio de leis estaduais” (Fonteles, 2018, p. 67).

O julgamento do caso *Kelo versus City of New London* (2005) teve por objeto o domínio eminentemente estatal em relação à forma que este poderia desapropriar um bem privado. A Corte entendeu que o Estado tinha o direito de desapropriar bem privado, sem prévia comunicação, para depois transferir a terceiro, quando justificado o ato por razão de desenvolvimento econômico. Todavia, sob a mesma argumentação, também entendeu ser possível desapropriar imóveis para a construção de shoppings, por exemplo, gerando controvérsia e uma reação sem precedentes (Fonteles, 2018).

Acerca desse julgado, foi realizado um estudo empírico, o qual concluiu que 43 (quarenta e três) leis estaduais atacaram o entendimento proferido pela Corte no *Kelo versus City of New London*, sendo todas elas destinadas à proteção do direito de propriedade, tornando até então a decisão que resultou em “mais novas leis estaduais que qualquer outra decisão na história da Suprema Corte” (Somin, 2009, p. 2102).

Ilustrou-se nesse caso o “potencial construtivo das reações inesperadas geradas por uma decisão judicial em matéria constitucional”, tendo o *backlash* atuado como fator propulsor da dialeticidade constitucional, comprovando uma necessidade cada vez mais presente de entender e democratizar o significado da Constituição (Willeman, 2013, p. 118).

Ao longo dos anos, o movimento constitucionalista já passou por diversas mudanças, influenciadas pela evolução das correntes ideológicas que são a base teórica do fenômeno. Em especial, destaca-se a evolução do positivismo jurídico que originou uma multiplicidade de escolas, tais como o positivismo normativista, representado em especial por Kelsen (2002), o positivismo jurídico empírico e o positivismo jurídico-lógico, defendidos por Kaufmann e Hassemer (2002) e outros, e o pós-positivismo, evidenciado na teoria de Dworkin (2002).

Para fins epistemológicos, esse será nesse momento dado ênfase no pós-positivismo. Trata-se essa ideologia da matriz filosófica do neoconstitucionalismo, e possui como principais características: a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) princípios e regras como subespécie da norma jurídica; c) a constitucionalização de princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica (Fernandes; Bicalho, 2011, p. 114).

O pós-positivismo foi uma corrente jusfilosófica que surgiu após a Segunda Guerra Mundial, momento em que ficou evidente para a doutrina a insuficiência do positivismo aos

anseios sociais, em especial em se tratando da garantia da justiça e direitos fundamentais (Fernandes; Bicalho, 2011).

Dworkin (2002) foi um dos primeiros teóricos a proferir questionamentos desfavoráveis ao positivismo nesse momento histórico, defendendo a Teoria do Direito de Integridade que, fundado na democracia participativa, se localiza no seio do processo legislativo e é responsável pela estruturação do devido processo judicial e localiza no seio do processo legislativo e é responsável pela estruturação do devido processo judicial. Nesse caso, e só assim, ele mantém a equiprimordialidade das relações sociais mediante um contraditório reflexivo, podendo ser admitido como validade das decisões judiciais, com fundamentos ético-jurídicos (Chai, 2006).

Segundo Dworkin (2002), a integridade é aceita como um ideal político e soberano sobre a lei e a própria comunidade, governada por uma única e coerente visão de justiça, deseja a equidade e o devido processo legal para fins de correta relação com o Direito. Nesse sentido, ela é um pressuposto da democracia e pode significar um princípio que exige coerência com a história da prática institucional, assim como pode se apresentar como um limite que impõe às novas decisões o dever de consistência com os direitos, as leis e os precedentes judiciais já existentes (Freitas, Colombo, 2017).

“Considerem, agora, uma visão diferente sobre a finalidade ou o objetivo das leis. Nela, sustenta-se que a visão positivista que acabei de descrever é por demais limitada. Ela reconhece que o Direito serve ao propósito de permitir às pessoas planejar seus negócios e que, para esse propósito, é desejável a previsibilidade. Mas acrescenta que o Direito deveria fazer mais do que isso pela comunidade, O Direito também deveria tornar essa regência, esse governo, mais coerente em seus princípios; deveria também procurar ajudar a preservar aquilo que poderíamos chamar de integridade da regência, do governo, da comunidade, de modo que a comunidade fosse regida por princípios, e não apenas por regras que pudessem ser incoerentes com os princípios. E insiste que esse último propósito é tão importante que bem deveria, nos casos particulares, ser mais importante do que a previsibilidade e a certeza” (Dworkin *apud* Carvalho Netto, 1997, p. 61).

O processo de tomada de decisão no direito então deve ser inserido dentro de uma perspectiva liberal, de valorização dos direitos individuais e democráticos, porque todos os integrantes da comunidade devem ser tratados com igual consideração e respeito. Para Freitas e Colombo (2017), a perspectiva dworkiana se torna interesse pois, ao mesmo tempo em que o defende os direitos individuais devem estar alinhados com o liberalismo, também enfatiza o papel da comunidade nesse processo, devendo a interpretação buscar também um consenso com os valores, bens e princípios, servindo as convicções morais e políticas dos juízes de parâmetro para alcançar a coerência da segurança jurídica assegurada nos precedentes.

Para Dworkin (2002) o juiz racional que leva os direitos à sério, o juiz Hércules que domina o império do direito, que não se imiscue da tarefa de encontrar uma solução para todos os casos, é aquele que melhor adapta o direito, considerando os princípios, a moral e a lei nos casos concretos sobre direitos individuais na interpretação e aplicação do Direito.

A teoria de Dworkin (2002) tenta satisfazer simultaneamente o princípio da segurança jurídica e a pretensão de legitimidade necessária ao direito. Tanto nos casos normais, quanto nos *hard cases*, em que as decisões poderão ser fundamentadas a partir do direito vigente e racionalmente construído (Monica, 2007).

Sob esse ponto de vista, conclui-se que houve uma superação da visão positivista tradicional no diz respeito à ideia de que os juízes têm a responsabilidade de dizer o direito a partir dos princípios da integridade e da moral, com a finalidade de chegar a decisões justas e coletivas para sociedade. Dessa forma, o direito como integridade não tem sua visão voltada para o convencionalismo nem para o pragmatismo, trata-se de construir uma decisão correta com base na integridade do sistema jurídico, extraíndo deste os princípios e os valores que a comunidade necessita (Freitas, Colombo, 2017).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Através dessas três seções, procedeu-se à análise do ativismo judicial, considerando diferentes perspectivas teóricas e exemplos práticos, para promover uma reflexão crítica sobre os desafios e possibilidades da atuação do Poder Judiciário na contemporaneidade.

Pois, diante da complexidade e das controvérsias envolvendo o tema do ativismo judicial, esta pesquisa buscou analisar criticamente as diferentes perspectivas teóricas e práticas que permeiam a atuação do Poder Judiciário, especialmente no que tange à margem de discricionariedade dos juízes e aos desafios do positivismo kelseniano. A partir da análise do marco teórico do positivismo kelseniano, foi possível compreender a importância da separação entre Direito e moral, bem como os limites e as possibilidades da neutralidade do juiz na interpretação das normas jurídicas.

Ao explorar a evolução do papel do Judiciário e os desafios do ativismo judicial, por meio de casos emblemáticos como *Marbury v. Madison* e a ADPF 54, foi evidenciada a complexidade das decisões judiciais diante de questões sociais controversas. Os exemplos apresentados ilustram os dilemas enfrentados pelos juízes, as tensões entre interpretação criativa e respeito à legalidade, e os impactos do ativismo judicial na segurança jurídica e na legitimidade das decisões judiciais.

A perspectiva de Ronald Dworkin, apresentada na obra "Levando os Direitos a Sério", trouxe contribuições significativas para a compreensão do Direito como um sistema coerente e substancial, que valoriza os direitos individuais e a integridade do sistema jurídico. E, a crítica ao formalismo legalista e a ênfase nos princípios jurídicos como guias para a interpretação e aplicação do Direito ressaltam a importância de uma justiça mais fundamentada e consistente.

Diante desse panorama, é fundamental reconhecer a necessidade de um equilíbrio entre a criatividade interpretativa dos juízes e o respeito à legalidade, a fim de garantir a segurança jurídica e a legitimidade das decisões judiciais. A reflexão crítica sobre o ativismo judicial e as diferentes abordagens teóricas apresentadas nesta pesquisa contribuem para um debate mais amplo e aprofundado sobre o papel do Judiciário na sociedade contemporânea.

Em última análise, a pesquisa evidenciou a complexidade e a relevância do tema do ativismo judicial, destacando a importância de uma abordagem interdisciplinar e crítica para compreender os desafios e as possibilidades da atuação do Poder Judiciário. A busca por uma justiça mais substancial, coerente e fundamentada nos direitos individuais representa um desafio constante, que requer um diálogo contínuo entre teoria e prática, entre normatividade e realidade social com fins à densificação dos desafios postos no art. 926, do Código de Processo Civil, pela coerência e estabilidade da jurisdição constitucional democrática.

A análise comparativa entre as práticas do ativismo judicial no Brasil e nos Estados Unidos, à luz da unidade do Direito como sistema social, tem o potencial de confirmar a hipótese de que as violações aos limites legais e a insegurança jurídica gerada pelo ativismo judicial são questões relevantes e complexas. Ao investigar a falta de coerência e a criação de normas desproporcionais não postas como características disfuncionais desse fenômeno, espera-se que os resultados obtidos possam contribuir significativamente para uma compreensão mais aprofundada das implicações do ativismo judicial na segurança jurídica e na legitimidade das decisões judiciais.

Logo, a realização deste estudo se mostra fundamental para o avanço do debate sobre as práticas judiciais e a construção de um sistema jurídico mais justo e equitativo, estimulando a reflexão e o debate sobre o papel do Judiciário na promoção da justiça, da segurança jurídica e da efetividade dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea. A intersecção entre teoria e prática, entre norma e realidade, constitui um campo fértil para a construção de um sistema jurídico mais justo, equitativo e responsivo às demandas da sociedade.

## **REFERÊNCIAS**

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ativismo Judicial e seus usos na mídia Brasileira. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n.40, p. 34- 64, jan/jun 2012. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/164/148>. Acesso: 10 fev. 2024.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. “A Minha Verdade é a Minha Justiça”: atualizando os significados atribuídos ao princípio da imparcialidade judicial. **Revista Interdisciplinar de Direito**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/A%C3%A9cio/Downloads/Revista+UniFAA+-+B%C3%A1rbara+Gomes+Lupetti.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2024.

BARREIRO, Alejandrino Fernández; SERRANO, Javier Paricio. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BIX, Brian. Defeasibility and open texture. In. BELTRÁN, Jordi Ferrer; BATTISTA, Giovanni (eds.). **The logic of legal requirements: essays on defeasibility**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 193-201.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O Julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Seqüência**, Florianópolis, n. 65, p. 155-188, dezembro, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Direito, filosofia e interpretação: Hans Kelsen e Ronald Dworkin. Tradução: Raíssa R. Mendes. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, v. 3, n. 5, p. 27-71, jan./jun. 1997.

CHAI, Cássius Guimarães. Análise das doutrinas do "mootness" e do "ripeness" no direito norte-americano e as nocividades para uma democracia entre livres e iguais decorrentes da distinção ontológica entre um controle concreto e abstrato de constitucionalidade: uma contribuição para o processo discursivo da jurisdição constitucional brasileira: tempo e risco como elementos concretos do controle normativo. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera/ Procuradoria Geral de Justiça**, São Luís, n. 13, p. 235-283, jan./dez. 2006. Disponível em: [https://www.mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/publicacoes\\_institucionais/2520\\_2006.pdf](https://www.mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/publicacoes_institucionais/2520_2006.pdf). Acesso em: 09 abril 2024.

COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. **Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos**, p. 116-132, 1992.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar, 2016. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril\\_v53\\_n209\\_p115](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p115). Acesso em: 14 abril 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, jan./mar., p. 105- 131, 2011.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília). Brasília, 172 p, 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. A DIMENSÃO INTERPRETATIVA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE A PARTIR DE RONALD DWORKIN. **Revista Direito e Liberdade**, 2017. Disponível em : [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-e-Liberd\\_v.19\\_n.01.11.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.19_n.01.11.pdf). Acesso em: 14 abr. 2024.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedente? **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 2019. Disponível em:

<https://Conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/18540/o-stf-esta-assumindo-um-quot-ativismo-judicial-quot-sem-precedentes>. Acesso em: 18 mar. 2024.

GRAEFF, Patrícia. **Derrotabilidade, vagueza e textura aberta**: um estudo acerca dos limites do Direito segundo Herbert Hart. Repositório Digital, UFRGS. Porto Alegre: 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/132347>. Acesso em: 07 fev. 2024.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Editor: Sergio Antônio Fabris. Porto Alegre, 1991.

JOÃO, Catharine Black Lipp. A textura aberta do direito para Hart enquanto indeterminação decorrente de um duplo aspecto da linguagem e da derrotabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**. Porto Alegre: v. 13, n. 2, p. 217-229, 2019. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/96>. Acesso em: 10 fev. 2024.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass, R. **Ruído, uma falha no julgamento humano**. Rio de Janeiro: Editora Schwarcz, 2021.

KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. (Org.) **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos CEBRAP**, n. 96, p. 69-85, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/f3KMkr8CHVjSCCGvqZdYfmk/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

MONICA, Eder Fernandes. A teoria de Dworkin para a superação da tensão entre segurança jurídica e decisão justa, 2007. **REVISTA DE DIREITO PÚBLICO**. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11365/10174>. Acesso em: 13 abr. 2024.

NELSON, William Edward. **Marbury v. Madison**: the origins and legacy of judicial review. Lawrence: University Press of Kansas, 2000.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; HERRERA, Luiz Henrique Martim. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, n. 205, jan./mar, 2015.

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

SANTANA, José Claudio Pavão. A Constituição Reinventada. In: SANTANA, José Cláudio Pavão *et al* (Org.). **Escritos do direito**. São Luís: EDUFMA, 2019.

SOMIN, Ilya. The Limits of Backlash: Assessing the Political Response to Kelo. **George Mason University School of Law Minnesota Law Review**, v. 93, n. 6, p. 2100-2178, junho, 2009.

STERN, Ana Luiza Saramago. **O Caso Marbury V. Madison**: o nascimento do judicial review como artifício político. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 18, n. 3, p. 193-212, set./dez. 2016.

STRECK, Lenio Luís. **O que é isso**: decido conforme minha consciência? Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.

WAHIU, Winluck. Introduction. In: BÖCKENFÖRDE, Markus; HEDLING, Nora; WAHIU, Winluck. **A Practical Guide to Constitution Building**. Strömsborg: International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), 2011.

WHITTINGTON, Keith E. Originalism, Constitutional Construction, and The Problem of Faithless Electors. **Arizona Law Review**, v. 59, n. 4, p. 903-945, 2017.

WILLEMANN, Marianna Montebello. Constitucionalismo democrático, backlash e resposta legislativa em matéria constitucional no Brasil. **Revista Direito Público**, Belo Horizonte, ano 11, n. 40, p. 109-138, jan./mar. 2013.



WOOD, Gordon. The origins of judicial review revisited, or how the Marshall court made more out of less. **Washington and Lee Law Review**, v. 56, n. 3, p. 787-809, jan. 1999.