

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA – MESTRADO E DOUTORADO**

MARCELO FONSECA GURNISKI

(I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

CURITIBA

2022

MARCELO FONSECA GURNISKI

(I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

CURITIBA

2022

Gurniski, Marcelo Fonseca
(I) Legitimidade democrática na discricionariedade
judicial. / Marcelo Fonseca Gurniski. - Curitiba,
2022.
122 f.

Orientador: William Soares Pugliese
Dissertação (Mestrado) - UniBrasil, 2022.

1. Direito Constitucional. 2. Direitos
fundamentais. 3. Filosofia do direito. I. Pugliese,
William Soares, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO FONSECA GURNISKI

(I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu – Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Avaliadora externa: Prof.^a Dr.^a Estefânia Maria de Queiroz Barbosa
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Avaliador interno: Prof.^a Dr.^a Rita de Cassia Correa de Vasconcelos
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil

Curitiba, 24 de março de 2022.

Este trabalho é dedicado às pessoas que sempre me influenciaram: minha mãe, Rosane, meu pai, Gilberto, minha esposa, Cristina, minha irmã, Tamy e meu irmão, Beto, pessoas que me ampararam, intelectual e emocionalmente, nesta trajetória, com amor, amizade e conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Uma pesquisa científica não se traduz em um trabalho exclusivamente solitário. Existem diversas pessoas que a influenciaram, seja em razão das discussões e do aprofundamento doutrinário, seja pelos incentivos recebidos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para o resultado apresentado.

Assim, agradeço à minha mãe, Rosane Maria Fonseca Gurniski, que me auxiliou em toda minha trajetória acadêmica, especialmente nas discussões e na elaboração desta dissertação; ao meu pai, Gilberto Gurniski, que sempre acreditou em mim. Agradeço a minha esposa, Cristina Bichler Boesche, que com muita dedicação e amor me acompanha em minha trajetória de vida. Agradeço à minha irmã, Tamy Fonseca Gurniski Lima e ao meu cunhado, Wilmar Pereira Lima Junior, que foram fundamentais como fonte de inspiração e na concretização deste sonho. E, agradeço ao meu irmão, Gilberto Gurniski Filho, pela torcida.

Ainda, agradeço ao meu sócio, Rogério Nicolau e ao Mauro Ribeiro Borges que muito me incentivaram. Agradeço aos meus professores Paulo Ricardo Schier, Bruno Meneses Lorenzetto, Rita de Cassia Correa de Vasconcelos, Bárbara Dayana Brasil e, em especial, ao meu orientador, William Soares Pugliese, pelo exemplo e apoio.

Por fim, agradeço aos que, mesmo não nomeados, participaram, de alguma forma, destes estudos e, especialmente, aos que dedicam sua vida na busca do sentido das palavras...

*Penetra surdamente no reino das palavras
Lá estão os poemas que esperam ser escritos.
Estão paralisados, mas não há desespero,
Há calma e frescura na superfície intata.
Ei-los sós e mudos, em estado de dicionário.
Convive com teus poemas, antes de escrevê-los.
Tem paciência, se obscuros. Calma, se te provocam.
Espera que cada um se realize e se consuma
Com seu poder de palavra
E seu poder de silêncio.
Não forces o poema a desprender-se do limbo.
Não colhas no chão o poema que se perdeu.
Não adules o poema. Aceita-o
Como ele aceitará sua forma definitiva e
concentrada no espaço.
Chega mais perto e contempla as palavras.
Cada uma tem mil faces secretas sob a face neutra
E te pergunta, sem interesse pela resposta,
Pobre ou terrível, que lhe deres:
– Trouxeste a chave?*

Carlos Drummond de Andrade – fragmento.

RESUMO

O objetivo desta dissertação é examinar o problema da discricionariedade das decisões judiciais, em especial, no contexto contemporâneo brasileiro. A controvérsia, da aplicação da norma ao caso concreto, é tratada a partir das teorias do normativismo kelsiano, do argumentativismo de Alexy, da integridade de Dworkin e dos estudos de Wittgenstein, Heidegger e Gadamer. A hipótese analisada e corroborada neste estudo é a da ilegitimidade das decisões judiciais voluntariosas (discricionariedade judicial) no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Voluntarismo judicial. Ativismo judicial. Legitimidade democrática. Poder Judiciário. Interpretação jurídica.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to examine the problem of discretion in judicial decisions, especially in the contemporary Brazilian context. The controversy, from the application of the norm to the concrete case, is treated from the theories of Kelsian normativism, Alexy's argumentivism, Dworkin's integrity and the studies of Wittgenstein, Heidegger and Gadamer. The hypothesis analyzed and corroborated in this study is the illegitimacy of willful judicial decisions (judicial discretion) in the Democratic State of Law.

Keywords: Judicial voluntarism. Judicial activism. Democratic legitimacy. Judicial power. Legal interpretation.

RESUMEN

El objetivo de esta disertación es examinar el problema de la discrecionalidad en las decisiones judiciales, especialmente en el contexto brasileño contemporáneo. La controversia, desde la aplicación de la norma al caso concreto, es tratada desde las teorías del normativismo kelsiano, el argumentivismo de Alexy, la integridad de Dworkin y los estudios de Wittgenstein, Heidegger y Gadamer. La hipótesis analizada y corroborada en este estudio es la ilegitimidad de las decisiones judiciales dolosas (discreción judicial) en el Estado Democrático de Derecho.

Palabras clave: Voluntarismo judicial. Activismo judicial. Legitimidad democrática. Poder Judicial. Interpretación jurídica.

SUMÁRIO

RESUMO	7
ABSTRACT	8
RESUMEN	9
INTRODUÇÃO	11
1 VOLUNTARISMO JUDICIAL	15
1.1 VOLUNTARISMO JUDICIAL NO POSITIVISMO JURÍDICO KELSENIANO.....	21
1.2 VOLUNTARISMO JUDICIAL EM ALEXY	30
1.3 VOLUNTARISMO JUDICIAL BRASILEIRO.....	41
2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO	47
2.1 PODER JUDICIÁRIO E A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE HABERMAS E ELY	48
2.2 PODER JUDICIÁRIO E A TEORIA SUBSTANCIALISTA DE DWORKIN	57
2.3 PODER JUDICIÁRIO E CONSTITUIÇÃO	66
3 TENSÃO ENTRE VOLUNTARISMO E LEGITIMIDADE JUDICIAL	76
3.1 VOLUNTARISMO: UM PROBLEMA PARA A JURISDIÇÃO? "ONDE A DISCRICIONARIEDADE COMEÇA, O DIREITO TERMINA" ...	82
3.2 A DIFERENÇA ENTRE INTERPRETAR O DIREITO E DECIDIR COM BASE NO VOLUNTARISMO.....	88
3.3 DISCRICIONARIEDADE E LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é examinar o problema da discricionariedade das decisões judiciais. Para tanto, parte-se do pressuposto de que a moral precede ao Direito e define, no tempo e no espaço, o que, desde Einstein e sua teoria, faz atinar, à relatividade dos valores que, transportados para a via legislativa, poderão ser positivados nos Códigos.

Fatores antes tidos como absolutos, o tempo, por exemplo, é a partir de Einstein, apreendido em sua relatividade. Não é, portanto, o mesmo em todas as situações, dependendo das condições de espaço, gravidade e velocidade.

O reconhecimento de tais grandezas, subjetivas, que modificam a perspectiva do conhecimento contemporâneo, inclusive o das ciências humanas, cognescem uma realidade que é, na verdade, a perspectiva de quem a vê, mercê das influências do ser, do ambiente e do relacionamento interpessoal.

As Constituições são feitas de escolhas relativas, sendo que o constituinte elege aquelas tidas como as mais adequadas para regular a vida em sociedade, o que gera determinadas consequências: temporalidade, subjetividade e relatividade.

Diante da possibilidade de escolhas, por ocasião da aplicação do direito ao caso concreto, assomam as dificuldades advindas da moral solipsista¹ do aplicador da norma.

Os inúmeros problemas que incidem na feitura das leis (*lato sensu*) e os seus instrumentos de controle não são o foco do presente estudo, cujo recorte delimita a questão da discricionariedade das sentenças proferidas pelos magistrados nas instâncias judiciais.

¹ O termo solipsista é o mesmo adotado por Streck, ao estabelecer que "Esse sujeito é o *Selbstsüchtiger* ('solipsista', que quer dizer egoísta, que se basta, encapsulado). [...]. E a verdade será a que ele, o 'sujeito', *estabelecerá a partir de sua consciência*. Isso exsurge, por exemplo da produção da prova *ex officio* e da prevalência de princípios (sic) como o do 'livre convencimento do juiz' e o da 'livre apreciação da prova'". (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 65).

A aparente singeleza do tema sob estudo esconde a grande complexidade da aplicação da norma ao caso concreto, que se verificam nas inúmeras teorias que tratam do assunto: normativismo kelsiano, argumentativismo de Alexy, integridade de Dworkin e nos estudos de Wittgenstein, Heidegger e Gadamer.

A hipótese analisada neste estudo é a da ilegitimidade das decisões judiciais voluntaristas (discricionariedade judicial) no Estado Democrático de Direito, ou seja, o que se procura entender é se, dentro da legitimidade democrática do Poder Judiciário, encontra-se inserida a possibilidade de o magistrado decidir os casos que lhes são trazidos pela Jurisdição com fundamento em convicções pessoais (voluntarismo jurídico).

O primeiro ponto abordado na dissertação trata de explicar como a dogmática jurídica permitiu a incursão da moral, não apenas na feitura das leis – Poder Legislativo –, mas na interpretação e na aplicação do direito – Poder Judiciário. Neste sentido, analisam-se os conceitos de judicialização da política – oriundos da positivação de direitos fundamentais nas constituições e da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, que possibilitam uma súpera cobrança dos direitos fundamentais, ocasionando uma maior intervenção do Poder Judiciário nos demais Poderes – e de ativismo judicial – sintetizado como uma atuação judicial fora dos ditames legais (constituição, lei, precedente) –, identificando-se, no ativismo judicial, um atual estado de coisas que impregna a forma pela qual os tribunais estão a decidir suas demandas.

Adentrando ao tema, disserta-se sobre o voluntarismo jurídico no positivismo, especialmente, a doutrina normativista de Kelsen, que reconhece ao julgador a possibilidade de decidir os casos de acordo com sua consciência, fomentando o ativismo judicial. Kelsen reconhece que a interpretação do Direito é contaminada de subjetivismos provenientes de uma prática solipsista, sendo que cabe ao juiz escolher uma dentre as várias respostas possíveis para o caso concreto, dito de outra forma, Kelsen deixa a pragmática para a discricionariedade do intérprete.

Seguindo, busca-se compreender a vinculação de Direito e Moral, presentes, desde sempre, e, extremes, na atualidade, considerando as críticas decorrentes do positivismo, vigentes na proposta de correção do Direito de Alexy, que reconhece que em determinados casos (hard cases) as razões de direito não são capazes de albergar uma decisão judicial, razão pela qual o autor insere razões morais no intuito de corrigir o direito, acabando por reprimatizar a tese positivista da discricionariedade.

Expõe-se, ao final do primeiro capítulo, o contexto brasileiro, o qual, em razão da ampla gama de direitos positivados na Constituição e da ineficiência dos demais Poderes em conformar os dissensos sociais, fazem com que a judicialização da política se torne contingencial. Ressalta-se, ainda neste capítulo, que o ativismo judicial brasileiro, a pretexto da judicialização da política, permite ao Poder Judiciário assumir um protagonismo exacerbado, por utilizar-se às mancheias da discricionariedade para fundamentar suas decisões.

Em um segundo momento, procura-se demonstrar como o Poder Judiciário é legitimado contemporaneamente. Para tanto, aprofunda-se nas teorias procedimentalistas de Habermas e Ely, que estabelecem que a jurisdição se legitima por meio da observância de procedimentos democráticos previamente estabelecidos nas Constituições.

Apresenta-se a tese da democracia deliberativa, de Jürgen Habermas na qual o direito se legitima pela concepção discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos livres e iguais, no procedimento realizado via comunicação racional, distinguindo política e direito à luz da teoria do discurso e não confundindo questões políticas com questões éticas.

Da mesma forma, neste capítulo, descreve-se a teoria substancialista de Dworkin, que, sem deixar de lado os procedimentos democráticos, os complementa com a observância de conteúdos normativos substanciais presentes nas Constituições. Para Dworkin a integridade do direito é condição essencial à Democracia, devendo os julgadores construir seus argumentos respeitando o conjunto do Direito: Constituição, leis e precedentes.

Finalizando este capítulo, observa-se que o substancialismo implica aceitação do procedimentalismo, necessários ao pacto democrático, ou seja, a jurisdição constitucional deve, sem negligenciar as características valorativas da Constituição, defender a atuação democrática e libertadora das partes.

O terceiro ponto que se busca analisar refere-se à tensão existente entre o voluntarismo (discricionariedade judicial) e a legitimidade judicial. Neste tópico, apresenta-se o voluntarismo judicial como um dos problemas da jurisdição, uma vez que prejudica, para não dizer, obsta, o controle democrático das decisões judiciais, indispensável à manutenção do Estado de Direito.

A prática voluntarista, mesmo visando à concretização dos direitos fundamentais, transforma o poder decisório do magistrado no autoritarismo, desestruturando o sistema jurídico em sua despreocupação com a integridade e responsabilidade política do julgador, dificultando o controle das decisões e, conseqüentemente, afetando a legitimidade do Poder Judiciário.

Na seqüência, estuda-se a questão da interpretação das normas e princípios, que não devem se confundir com atitudes voluntaristas; ressalte-se que, suprimir o livre convencimento não equivale à proibição de interpretar, já que resta evidente a diferença entre interpretar o direito e decidir com base no voluntarismo.

A decisão judicial não deve ser entendida como um ato de escolha, que é sempre discricionária e, portanto, não albergada pelas decisões judiciais, as quais devem ser determinadas a partir do comprometimento com algo que se antecipa (compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito). A rigor, a decisão judicial se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação conforme o sentido do direito projetado pela comunidade jurídica.²

Infere-se, por fim, à nota de considerações finais, que o voluntarismo não possui legitimidade perante a jurisdição, isto porque ela está adstrita aos procedimentos democráticos, substanciais e hermenêuticos constantes da Constituição e o voluntarismo permite a discricionariade judicial – decisão fora do direito projetado pela comunidade jurídica e da integridade do direito. De outra forma, o controle do Direito é realizado pelo próprio Direito, pela existência de procedimentos e direitos fundamentais que delimitam a visão do aplicador do Direito. Quaisquer atitudes voltadas para a aplicação de convicções pessoais não estão albergadas pelo ordenamento jurídico, uma vez que elas não têm possibilidade de controle pelo Direito, o que torna o voluntarismo ilegítimo, impossível de ser aplicado no Estado Democrático de Direito.

² MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade. *Justitia*, São Paulo, v. 193, p. 81-96, jan./mar. 2001. p. 93. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/links/edicao.php?ID=193>. Acesso em: 10 ago. 2021.

1 VOLUNTARISMO JUDICIAL

A discussão do tema leva a constatação de que a interpretação do Direito contemporâneo reflete, muito mais, a vontade do intérprete do que a do legislador ou da lei, o que acaba por transmutar o Estado de Direito.

Para Bonavides, há a conversão do Estado de Direito clássico em um "Estado de justiça, único, onde é fácil a união do jurídico com o social, precisamente por ocorrer o holocausto do primeiro ao segundo, com o Direito Constitucional se transformando numa Sociologia ou Jurisprudência da Constituição".³ O resultado, segundo o aludido constitucionalista brasileiro, foi o desenvolvimento de uma jurisprudência casuística, "empobrecendo assim a consistência da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração".⁴ Assim, considerados os inaptos métodos clássicos de interpretação, ou a "nova" hermenêutica, o certo é que, segundo Bonavides, ambas têm gerado "incerteza ou insegurança manifesta com respeito ao Direito Constitucional, às suas formas, institutos, técnicas e conceitos".⁵ E arremata o professor: "Presume-se, com a apreensão de todos, que o juiz, investido de poderes decisórios extremamente dilatados, usurpe a função constituinte do povo ou da representação democrática legítima".⁶

Isso posto, a questão do voluntarismo judicial ganha força no debate sobre o ativismo judicial, consideradas as premissas da autonomia dos agentes judiciais no processo de tomada de decisão, da extensão aberta entre a norma jurídica e os fatos sob análise e da arquitetura do caso submetido à decisão judicial. Portanto, o debate sobre o ativismo judicial incorpora a extensão não suprimível dos modelos positivistas e analíticos e submete à análise o "papel do Poder Judiciário, o modelo de decisão e o comportamento ou atitude do juiz apropriados a uma ordem constitucional e democrática".⁷

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 435.

⁴ *Ibidem*, p. 442.

⁵ *Ibidem*, p. 443.

⁶ *Idem*.

⁷ KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, 96 ed., v. 32, n. 2, p. 69-85, jul. 2013. p. 71. Disponível em: <http://novosestudos.com.br/produto/edicao-96/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Ante a vagueza e a imprecisão conceitual do que seja ativismo judicial, faz-se importante delimitar tal concepção. Assim, traz-se à discussão a diferença doutrinária entre ativismo judicial e judicialização da política.

Para Tassinari a judicialização da política apresenta-se como uma "questão social", que não depende da vontade do órgão judicante e que deriva de fatores originalmente alheios à jurisdição: "possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento de litigiosidade".⁸

Segundo Clève e Lorenzetto, a judicialização da política na realidade brasileira deve ser entendida como fenômeno histórico, decorrente do desenho institucional idealizado pelo Constituinte que, por sua vez, "possibilitou a canalização de demandas reprimidas na sociedade, durante a ditadura, para o texto constitucional. Como resultado disso, encontra-se uma grande profusão de regras no texto constitucional brasileiro".⁹

Neste diapasão, Vianna consigna que

É da cena contemporânea de cultura democrática a projeção do papel do juiz em quase todos os aspectos da vida social. Mas essa projeção não tem derivado, como em certas avaliações apressadas, de pretensões de ativismo judiciário. O fato de que, especialmente a partir dos anos de 1970, os juízes – inclusive os do sistema da civil law, contrariando uma pesada tradição – cada vez mais ocupem lugares tradicionalmente reservados às instituições especializadas da política e às de auto-regulação societária, longe de significar ambições de poder por parte do poder judiciário, aponta para processos mais complexos e permanentes.¹⁰

De acordo com Valle, o evento da judicialização do sistema político decorre da constitucionalização do direito pós Segunda Guerra Mundial, da legitimação

⁸ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Pós-graduação em Direito, São Leopoldo, 2012. p. 22. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3522>. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. **Revista jurídica luso-brasileira**, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 409-471, 2015. p. 440. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridicalusobrasileira-ano-1-2015-n-2/157>. Acesso em: 10 dez. 2021.

¹⁰ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, p. 39-85, 2007. p. 39.

dos direitos humanos e da influência dos sistemas europeu e norte-americano¹¹, pois tais fenômenos causaram uma maior participação/interferência do Estado na Sociedade e, diante da falta de ação dos demais Poderes constitutivos do Estado, tornaram evidente o papel preponderante do judiciário na definição de padrões a serem respeitados.¹²

Acrescenta Koerner que a globalização, o neoliberalismo e as particularidades do país (o intervencionismo estatal, a democratização, o predomínio do Poder Executivo, a Constituição analítica) contribuíram para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político. "Essas mudanças impor-se-iam como necessidades objetivas, provocando alterações na ordem constitucional e no Judiciário"¹³, causando espécie de "mal-estar", dada a sua "não conformidade com o parâmetro e a constatação de que os eventos desviantes não seriam mais exceções".¹⁴ Esse "mal-estar" derivaria da "judicialização da política, a juridicização ou juridificação das relações sociais, a procedimentalização do direito etc."¹⁵

Discorrendo sobre o tema, Peres afirma que

A judicialização da política é uma consequência da evolução do Estado Democrático de Direito, ela é inexorável, em outras palavras, faz parte da inter independência entre os "três poderes", normalmente exercida pelo judiciário através do controle externo. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito postula a eficácia dos direitos fundamentais, mormente os de segunda e terceira dimensão, através do constitucionalismo dirigente, contudo, os países de modernidade tardia, v.g., o Brasil, são notabilizados pela ineficácia dos direitos sociais, sobretudo por ainda reinar no imaginário do senso comum o paradigma Iluminista liberal-burguês, o que inevitavelmente abre espaço para a judicialização da política, logo, a decisão judicial que determina que o Poder Público providencie a entrega de medicamentos a um jurisdicionado, por exemplo, nem sempre será ativista.¹⁶

O ativismo judicial, na concepção sintetizada por Tassinari, configura-se como a supremacia do Poder Judiciário, assumindo competências que não lhe são

¹¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 32.

¹² TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial...**, *Op. cit.*, p. 21.

¹³ KOERNER, Andrei. **Ativismo judicial?...** *Op. cit.*, p. 72.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Ibidem*, p. 71-72.

¹⁶ PERES, Fernando Reis de Carvalho. **Ativismo judicial: quem poderá nos defender da bondade dos bons? *jurisprudencia***, Juina, v. 2, n. 4, p. 25-36, jun./dez. 2013. p. 30-31.

reconhecidas constitucionalmente. Assim, a aludida autora consigna que (a) há um elo existente entre Direito e Política, porém, (b) essa relação não autoriza a existência de ativismo judicial, havendo, portanto, uma (c) diferença entre judicialização da política e ativismo judicial, pois (d) aquele surge de determinado contexto social (contingencialmente), independente da postura do Poder Judiciário e este – ativismo judicial – refere-se à postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.¹⁷

De acordo com Tassinari o ativismo judicial, na doutrina brasileira, encontra-se na "ampliação do papel político-institucional do STF"¹⁸, que agregado à judicialização da política, promove uma vinculação entre Direito e Política. Tal circunstância reflete-se na atuação dos juízes e tribunais, alastrando um ativismo judicial.¹⁹

Conforme Koerner, a discussão sobre ativismo enfatiza a autonomia dos agentes judiciais no "processo de tomada de decisão, no espaço aberto entre os dados jurídicos e fáticos de uma situação sob julgamento e a construção do caso para decisão".²⁰ E mais, o ativismo judicial se depara com fronteiras fluidas da política e do direito e, ao ultrapassar tais fronteiras e adentrar em um domínio que não lhe é próprio, o magistrado "produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos".²¹

Delgado anota que o judicialismo ético-jurídico baseado na discricionariedade é uma peculiaridade do ativismo judicial, que não implica judicialização da política, esta, própria de Estados que dispõem de constituições analíticas, de reduzido grau de efetividade dos direitos sociais e de vasto acesso à justiça.²² Conclui o aludido autor que

¹⁷ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial...**, *Op. cit.*, p. 25-26.

¹⁸ VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

¹⁹ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial...**, *Op. cit.*, p. 25-26.

²⁰ KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?... *Op. cit.*, p. 71.

²¹ *Ibidem*, p. 72.

²² DELGADO, Ana Paula Teixeira. Perspectivas para a justiça constitucional em tempos de pós-positivismo: legitimidade, discricionariedade e papel dos princípios. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Valença, v. 9, n. 1, p. 239-254, maio 2018. p. 243. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/516> Acesso em: 12 out. 2021.

No ativismo opera-se a ampliação de competências do Poder Judiciário, que atua como ator político e intérprete da moral da sociedade. Verifica-se que este exclusivismo moral do Poder Judiciário baseado em juízos solipsistas é instrumentalizado por princípios, concebidos equivocadamente como suporte de valores da sociedade. A atuação discricionária e ativista do Judiciário conduz inexoravelmente à criação de uma "cidadania clientelista" e ao enfraquecimento dos poderes eleitos.²³

Em síntese, no dizer de Tassinari, a judicialização da política deve ser entendida como um fenômeno inexorável e eventual e o ativismo judicial como uma conduta do judiciário de extrapolação de seus poderes.²⁴

Anote-se que, segundo Clève e Lorenzetto, o Judiciário brasileiro não encontra representação similar em nenhum outro sistema jurídico, pois a Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário um papel relevante para o alcance dos objetivos constitucionais, tais autores apontam que o crescimento da atividade judicial pode ser problemática em um ambiente marcado pelo compromisso democrático, gerando tensões no equilíbrio entre os Poderes.²⁵

Com estas anotações, somadas a uma ideia de participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência na esfera de atuação dos outros Poderes, Clève e Lorenzetto afirmam que

O ativismo, presente em decisões expansivas que cruzam os limites traçados previamente para a atuação do Judiciário, se manifesta, muitas vezes, em situações de déficit de atuação dos demais Poderes, especialmente para a proteção de grupos minoritários ou vulneráveis.²⁶

Neste sentido, Clève e Lorenzetto, valem-se das concepções de Barroso para delimitar a sua compreensão do ativismo judicial e o raio de sua atuação, elencando as diferentes condutas que promovem tal fenômeno e que incluem:

[...] a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos

²³ DELGADO, Ana Paula Teixeira. Perspectivas para a justiça..., *Op. cit.*, p. 243.

²⁴ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**..., *Op. cit.*, p. 42.

²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo..., *Op. cit.*, p. 441.

²⁶ *Ibidem*, p. 443.

que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²⁷

Registram, ainda, Clève e Lorenzetto que da pouca intervenção do Judiciário, passou-se a uma necessária interação com os demais Poderes, "no sentido de cooperação, em certas ocasiões, como freio, ou mesmo como protagonista de uma tensão produtiva".²⁸

Segundo Barboza e Kozicki, as críticas e a controvérsia a respeito do ativismo judicial se dão por duas razões: (i) o caráter contramajoritário dos magistrados a quem não competiria elaborar "novo direito", pois não foram eleitos pelo povo; (ii) em se aceitando que os magistrados pudessem desenvolver a lei, quais seriam os critérios para a tomada de decisão.²⁹

Para as referidas autoras, numa perspectiva histórica, ocorreu, no mundo e no Brasil, a transferência de parte do poder político para os tribunais, alimentada pela preocupação mundial em torno dos direitos humanos. Tais direitos vão influenciar o direito interno dos países e passam a funcionar como parâmetros para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos pelos tribunais.³⁰

Nesse contexto, de ampliação de direitos e escassez legiferante sobre temas socialmente relevantes e atuais, apresenta-se a atuação predominante do Poder Judiciário na busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, consagrados nas constituições modernas, especialmente em países onde a desigualdade se faz notória, como no Brasil (má distribuição de renda, baixos investimentos governamentais em políticas públicas, dificuldades no acesso à educação, corrupção etc.), que é o voluntarismo judicial.

²⁷ BARROZO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009. p. 77.

²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo..., *Op. cit.*, p. 444.

²⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 59-85, 2012. p. 65. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/abstract/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 20 nov. 2021.

³⁰ *Ibidem*, p. 59-60.

Este novo marco da Jurisdição, alavancado pelo ativismo judicial, vem causando celeuma dentre os doutrinadores e filósofos do direito, especulando-se a legitimidade do Poder Judiciário em proferir decisões com fundamento no voluntarismo.

Se por um lado, a interpretação permeia todo o direito³¹, do outro, é importante analisar se qualquer interpretação dada à constituição e às leis, mormente aquelas com fulcro no voluntarismo judicial, possui legitimidade.

Portanto, a grande problemática a ser analisada por este estudo é a de verificar se o voluntarismo judicial se encaixa na concepção de atividade legítima do Poder Judiciário frente às atribuições democráticas estabelecidas nas constituições modernas. Dito de outra forma, o que se procura entender é se, dentro da legitimidade democrática do Poder Judiciário, está inserida a possibilidade de o magistrado decidir os casos que lhe são trazidos pela Jurisdição, com fundamento em convicções pessoais (voluntarismo jurídico).

Para tanto, este capítulo situa o voluntarismo judicial como um dos modelos da discricionariedade judicial e apresenta as percepções doutrinárias sobre o voluntarismo, em especial as do contexto brasileiro.

1.1 VOLUNTARISMO JUDICIAL NO POSITIVISMO JURÍDICO KELSENIANO

Para se compreender como o direito abriu espaço ao protagonismo judicial discricionário, ou seja, ao voluntarismo, faz-se importante adentrar às teorias positivistas. Conforme Luiz, a discricionariedade judicial na prática jurídica contemporânea aparece no pensamento de Kelsen, no capítulo VIII de sua destacada obra, *Teoria Pura*, na afirmação, segundo a qual "a decisão é um ato de vontade do julgador".³²

³¹ O sentido aqui apresentado é aquele utilizado por Grau quando sugere que há dois tipos de arte: (i) alográficas; e (ii) autográficas. A obra alográfica se completa com o concurso de dois personagens: autor e intérprete. Como exemplo o autor apresenta a música e o teatro. Já a obra autográfica, somente o autor contribui para a realização da obra, sendo exemplo a pintura e o romance. Neste sentido, o direito é alográfico, pois "o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A 'completude' do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete." (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 30).

³² LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Livro eletrônico.

O positivismo exegético impacta profundamente o imaginário do operador do direito, gerando compreensões e decisões que perduram até os dias atuais. Caracterizado pela figura do "juiz boca da lei", a argumentação jurídica encontra-se no produto do parlamento: nas leis, mormente nos códigos.³³

Segundo Warat, essa fase, "compreende a época da conceitualização dos textos legais [e baseia-se] no pressuposto de que não há mais direito que o ordenamento jurídico estabelecido pelas leis validamente ditadas e vigentes".³⁴

Uma das características fundamentais do positivismo jurídico trazidas, de há muito, por Bobbio, que, ao se referir sobre o problema da interpretação, afirma que "o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito".³⁵

Importante ressaltar que esse legalismo detém contornos distintos nas diversas tradições jurídicas: no positivismo inglês seu viés é utilitarista; no positivismo francês a predominância é de um exegetismo da legislação; no positivismo alemão se verifica o "formalismo conceitual" ligado à "Jurisprudência dos Conceitos".³⁶

Percebe-se que a argumentação jurídica é mérito dos Códigos, já que a concentração do fenômeno jurídico é consolidada a partir da codificação, "isto porque eles são o dado positivo com o qual deverá lidar a Ciência do Direito".³⁷ Porém, aos Códigos não é dado o poder de apresentar de forma taxativa e exauriente toda a conduta humana motivada pelas relações sociais em todas as suas nuances e tampouco realizar valores que apontam para o existir da sociedade, ou seja, eles não contemplam a totalidade dos casos concretos em sua complexidade e diversidade, demonstrando-se, assim, a necessidade de se controlar o exercício da interpretação do Direito.³⁸

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teoria discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 35.

³⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 17.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 133.

³⁶ Sobre este tema, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *Op. cit.*, p. 35-36.

³⁷ *Ibidem*, p. 36.

³⁸ *Idem*.

Para tanto, o positivismo exegético determinou uma rigorosa conexão lógica dos signos que arranjam o código e esse arranjo seria satisfatório para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, a característica principal do positivismo exegético seria a realização de uma análise sintática. E mais, a analogia e os princípios gerais do direito necessitariam observar essa perspectiva de "construção de um quadro conceitual rigoroso que representariam as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas".³⁹

Em um segundo momento, o positivismo normativo identificou a ruína dos modelos sintáticos de interpretação das codificações e propôs um aperfeiçoamento do rigor lógico do trabalho científico apresentado pelo positivismo até então predominante. Assim, "o problema de indeterminação do sentido do Direito aparece, então, em primeiro plano".⁴⁰

Desse modo, para superar algumas limitações da escola do positivismo exegético, o positivismo normativista se preocupou especialmente com "o problema da indeterminação do sentido do direito e com o esgotamento do método sintático-semântico de interpretação dos códigos".⁴¹

Segundo Streck, nesse contexto aparece Kelsen, reforçando o método analítico proposto pelos conceitualistas, buscando o rigor jurídico que estava sendo confrontado pela utilização de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito, o que o levou a constatar que "o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático".⁴²

Lima afirma que, para o positivismo de Kelsen,

[...] a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito deveria ser completamente diferente da interpretação realizada pela ciência do direito, pois, no primeiro caso, a interpretação ocorreria como ato de vontade, permitindo ao órgão aplicador do direito uma escolha entre diversas possibilidades existentes; já no segundo caso, a interpretação efetuada pela epistemologia do direito deveria ser um ato de conhecimento, preocupado apenas com o

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *Op. cit.*, p. 37.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 127-148, jul./dez. 2014. p. 134. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/163>. Acesso em: 02 nov. 2021.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *Op. cit.*, p. 37.

estabelecimento das possíveis significações de uma norma jurídica e, portanto, devendo afastar qualquer tentativa de univocidade do significado da norma, já que Kelsen considerava ficção política, a tentativa de formar uma resposta correta.⁴³

Ao privilegiar as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos, Kelsen deixa a pragmática para a discricionariedade do intérprete. Assim, o positivismo normativista pretende escantear o problema da interpretação jurídica, pois arbitrariamente decreta a impossibilidade de um "fechamento semântico".⁴⁴ Dessa maneira, "a realização concreta do direito é deixada em segundo plano, sendo ela o espaço da discricionariedade do intérprete".⁴⁵

Para Kelsen, a solução correta para um problema do Direito não é uma questão de conhecimento do Direito ou da teoria do Direito, mas sim um problema de política do Direito. Continua o autor consignando que se obter, com fulcro na lei, uma única sentença correta é uma tarefa idêntica a se chegar, nos quadros da Constituição, a criação de únicas leis justas. Neste sentido, esclarece Kelsen que como não se pode, através da interpretação, extrair as únicas leis corretas da Constituição, não há como, a partir da lei, alçar as únicas sentenças corretas.⁴⁶

Portanto, para Kelsen, o direito é de responsabilidade da ciência jurídica, ao passo que a moral é objeto do estudo da ética. "Assim, as questões advindas dos problemas da razão prática são relegadas a segundo nível por não poderem ser cientificamente analisadas".⁴⁷

Kelsen identifica que a interpretação do direito é contaminada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista.⁴⁸ Para Kelsen, a Teoria do Direito é o único modo de se corrigir essa inevitável indeterminação.

⁴³ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial..., *Op. cit.*, p. 134.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**..., *Op. cit.*, p. 135.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**... *Op. cit.*, p. 90.

⁴⁵ KREMER, Bianca; PARAGUASSU, Mônica. Hermenêutica, jurisdição e discricionariedade judicial: desafios trazidos pela crise dos métodos de interpretação jurídica no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 131-160, jan./abr. 2017. p. 145.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 393.

⁴⁷ DELGADO, Ana Paula Teixeira. Perspectivas para a justiça..., *Op. cit.*, p. 241.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**..., *Op. cit.*, p. 38.

Essas indeterminações do Direito podem ocorrer por forma: (i) intencional, derivada da própria intenção do legislador, ou (ii) não intencional, decorrente da própria indeterminação semântica das palavras. Qualquer dos casos possibilitam a multiplicidade de respostas possíveis, sendo que ao intérprete – juiz – é possibilitada a escolha de qualquer uma delas, uma vez que se encontram "dentro da moldura" do Direito.⁴⁹

Marrafon disserta que, para Kelsen, o legislador criou a teoria da lacuna permitindo aos tribunais criarem uma norma individual para casos em que não exista uma regra jurídica específica.⁵⁰ Segundo Kelsen "quando a aplicação da ordem jurídica vigente é, segundo a concepção ético-política do tribunal, insatisfatória no caso sub judice, o tribunal pode decidir o caso segundo a sua livre apreciação".⁵¹

Com fundamento nessa compreensão, Kelsen entende que a sentença não representa "a resposta" ao caso concreto, mas "uma das respostas" possíveis.⁵²

Bustamante esclarece que Kelsen, ao se referir sobre a interpretação do direito – processo de determinação de sentido dos textos normativos transmitidos pelas normas jurídicas –, sustenta que "a questão de qual, entre as possíveis alternativas interpretativas, é a 'correta' não é uma pergunta da Teoria do Direito, mas uma indagação que concerne à 'política do direito'"⁵³, concluindo que não há uma diferença qualitativa entre as atividades de legislação e de jurisdição.

Portanto, para o autor austríaco,

De certo existe uma diferença entre estes dois casos, mas é uma diferença somente quantitativa, não qualitativa, e consiste apenas em que a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de

⁴⁹ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁵⁰ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial (entre) o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitats, 2008. p. 66-67.

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura...**, *Op. cit.*, p. 275.

⁵² LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁵³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na Teoria Pura do Direito. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2011. p. 427.

Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre. Justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.⁵⁴

Kelsen entende que, na aplicação da lei, afora a necessária fixação da moldura dentro da qual o ato tem que se conter, há espaço à atividade cognoscitiva do aplicador do Direito, não se tratando de um conhecimento do Direito positivo – no sentido de não consultar o Direito positivo –, mas de outras normas que, no processo da criação jurídica, podem incidir, a saber, normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor social de bem comum, interesse do Estado, progresso etc. Assim, no que concerne ao Direito positivo, não há uma análise de validade e verificabilidade.⁵⁵

Rodriguez consigna que para Kelsen a denominada "cláusula alternativa implícita" a toda regra de competência, isto é, a escolha entre as várias soluções possíveis ou a escolha entre uma alternativa, fora da moldura, é sempre subjetiva ou política, pois influenciada por normas não jurídicas, tais como, morais, políticas, religiosas, sendo que, nesta seara, estar-se-ia fora do campo da ciência do direito.⁵⁶ Isto porque, o magistrado quando escolhe uma interpretação está atuando politicamente, já que sua escolha é subjetiva e, "segundo Kelsen, não pode ser reduzida a uma operação lógico-formal de aplicação da norma abstrata ao caso concreto".⁵⁷

Kremer e Paraguassu assentam que existem muitas possibilidades jurídicas, dentro da teoria kelseniana, oferecidas ao intérprete na atividade de atribuir sentidos à lei. No entanto, para as referidas autoras, Kelsen identifica que "o direito positivo não é capaz de ponderar qual seria a melhor escolha, refutando a ideia de uma única interpretação correta para cada caso concreto".⁵⁸

Importante observação é realizada por Luiz que afirma que a criação da moldura não afasta por completo a discricionariedade do intérprete, porquanto é o mesmo intérprete que cria o quadro, com sua própria subjetividade, distinguindo as

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura...**, *Op. cit.*, p. 393

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 158.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 204.

⁵⁸ KREMER, Bianca; PARAGUASSU, Mônica. *Hermenêutica, jurisdição...*, *Op. cit.*, p. 142.

interpretações que estarão dentro e fora dessa moldura, "demonstrando, claramente, como o método, dentro do conhecimento apresenta-se como momento máximo da subjetividade do intérprete".⁵⁹

Segundo Luiz, o intérprete, na concepção de Kelsen, não é escravo da lei, porquanto ele decide qual, entre as interpretações possíveis, deve ser aplicada ao caso concreto, sendo que essa escolha é um ato de vontade, haja vista não existir um critério para distinguir tal escolha. Assim, "a sentença [...] é um puro ato voluntarista do juiz, que, de forma subjetiva, escolhe, entre várias possibilidades, aquela que lhe aprouver".⁶⁰

Conclui Kelsen que, sobre este aspecto, a formação do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, vale dizer, realiza-se segundo o livre exame do julgador que decide. "Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo".⁶¹

Neste sentido, existe, na visão de Kelsen, a criação normativa quando da sua aplicação por meio da decisão judicial, uma vez que, "além do seu aspecto dinâmico, as normas jurídicas necessitam de interpretação para sua concretização".⁶² Dentro dessa aplicação das normas, a norma geral apenas determina uma moldura na qual são admitidas as várias interpretações do seu sentido.

Conclui, Luiz, que, no processo interpretativo apresentado por Kelsen, o intérprete possui a competência para determinar sua própria competência, caracterizando sua competência como autorreferencial, sujeitando o processo de tomada de decisão ao mero arbítrio do intérprete.⁶³

Com efeito, a interpretação, no modelo apresentado por Kelsen, é fruto de uma cisão: "interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento".⁶⁴

⁵⁹ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura...**, *Op. cit.*, p. 393-394.

⁶² SOUZA, Ruben Assis da Silveira. **A decisão judicial e a filosofia relativista de Hans Kelsen: uma abordagem hermenêutica.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015. p. 38. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/132983>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁶³ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *Op. cit.*, p. 38.

Como ato de vontade, a interpretação exprime normas, sendo que a descrição delas – normas – produz proposições.⁶⁵ Segundo Streck,

Devido à característica relativista da moral kelseniana, as normas – que exsurgem de um ato de vontade – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico – por meio do qual a norma superior se manifesta – aos objetos do mundo concreto – que serão afetados pela criação de uma nova norma.⁶⁶

Ademais, como ato de conhecimento, a interpretação revela proposições "que se inter-relacionam de maneira estritamente lógico-formal"⁶⁷, descritas no âmbito de uma metalinguagem as normas produzidas pelas autoridades judiciais. Dito de outra forma, "a relação entre as proposições é, assim, meramente sintática".⁶⁸

Verifica-se, dessa forma, que Kelsen "escolhe fazer ciência apenas na ordem das proposições jurídicas, deixando de lado o espaço da 'realização concreta do direito'".⁶⁹ Portanto, Kelsen relegou a um segundo plano a pragmática – da discricionariedade do intérprete – privilegiando as dimensões semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos. Assim, Kelsen, mesmo superando o positivismo exegético, deixou de lado "o principal problema do direito: a interpretação concreta, no nível da 'aplicação'".⁷⁰

Este é o contexto do modelo de regras, do positivismo, que deu azo à discricionariedade no Direito. Isto quer dizer que, quando não há uma regra a ser aplicada no caso, ao juiz é autorizado utilizar sua discricionariedade para solucionar o litígio. Importante considerar que o positivismo normativista kelseniano, ao afastar o magistrado da interpretação literal da lei, atribuiu-lhe a competência de criar o direito, atrelado à moldura conjecturada da lei. Entretanto, dentro de tal moldura o intérprete está livre para "decidir conforme sua consciência [...] e a partir daí problemas

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *Op. cit.*, p. 38.

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁷⁰ *Idem.*

na interpretação judicial da lei começam a adquirir novos contornos projetados especialmente na discricionariedade judicial".⁷¹

Segundo Marin e Fedrigo, a discricionariedade, para as diversas vertentes do positivismo, necessariamente, não é algo ruim, porquanto "constitui um signo inseparável do direito".⁷² Mas também

[...] a discricionariedade positivista é fruto da visão do modelo de regras, no qual os princípios não são levados a sério no processo interpretativo. Ainda que se invoque os princípios no exercício da atividade jurisdicional, haja vista sua positivação no ordenamento jurídico, são empregados e interpretados conforme as próprias luzes do julgador, numa invocação "conforme sua consciência" ou "conforme o bom senso", revelando uma atitude arbitrária e decisionista sobre o que é o direito.⁷³

Conforme Streck, "é preciso compreender que a delegação em favor do juiz do 'preenchimento' da 'zona de incerteza' é uma institucionalização do positivismo que funciona como poder arbitrário no interior de uma pretensa discricionariedade".⁷⁴ Alerta o autor que a aludida "zona de incerteza" pode ser apresentada como uma construção ideológica, majorando o espaço de incerteza.⁷⁵

Assim, há um quadro em que a tese positivista, ao abrir ao magistrado a possibilidade de decidir determinados casos conforme sua consciência, seja pela lacuna ou zona de incerteza, seja pela interpretação discricionária de princípios, cria

⁷¹ GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. Discricionariedade e arbitrariedade judicial na perspectiva positivista de Kelsen e Hart. **BARBARÓI**, Santa Cruz do Sul, n. 44, p. 69-86, abr. 2016. p. 84. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/7423>. Acesso em: 10 dez. 2021.

⁷² MARIN, Jeferson Dytz; FEDRIGO, Camila Paese. Decisão e argumentação em Alexy (limites aplicativos da teoria). Um freio à discricionariedade? **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 70-79, jan./abr. 2015. p. 71. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.07/4549>. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁷³ FERREIRA, Josialdo Aparecido Batista. **O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: uma crítica à discricionariedade judicial a partir da teoria do Direito como integridade. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Pós-Graduação em Direito, Rio Branco, 2017. p. 66. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31105/1/2017_JosialdoAparecidoBatistaFerreira.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 80.

⁷⁵ *Idem*.

decisões arbitrárias, com fundamentos desconectados da integridade do direito, que sequer são passíveis de controle.

Nesse sentido, a discricionariedade judicial traduz-se na abertura criada pelo próprio sistema jurídico, para legitimar, de forma obscura, uma arbitrariedade cometida pelo Poder Judiciário.⁷⁶ No entanto, deve-se esclarecer que, dizer que o intérprete sempre atribui sentido ao texto, segundo Streck, "nem de longe pode significar a possibilidade de ele estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária/arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem 'existência' autônoma)".⁷⁷

Portanto, no positivismo jurídico verifica-se que as lacunas ou zonas de incerteza e as interpretações de princípios possibilitam a prolatação de decisões discricionárias que têm fundamento na arbitrariedade do julgador. Tal proceder cria um problema consistente na impossibilidade de controle da decisão judicial e na invasão do Direito por condutas ligadas ao convencionalismo – direito é a lei – e ao pragmatismo – negação do direito até a decisão judicial, uma vez que "o Direito" é o que o "juiz disser que é o Direito".⁷⁸

1.2 VOLUNTARISMO JUDICIAL EM ALEXY

Não somente o normativismo kelseniano admite que haverá um espaço no Direito a ser preenchido pela vontade discricionária do intérprete; para autores argumentativistas, como Alexy, "no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço 'não tomado' pela 'razão'; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz".⁷⁹ A proposta de correção propugnada por Robert Alexy, que define o discurso jurídico como um "caso especial" do discurso prático geral, se coaduna com esta tese.

⁷⁶ GURNISKI, Marcelo Fonseca. Integridade do direito como meio de controle da discricionariedade judicial. In: JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 7., 2020, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza, 2020. v. 1. p. 9. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Marcelo+Fonseca+Gurniski.pdf/ec5ee997-3613-4221-6607-f98bb3f1fa45>. Acesso em: 05 dez. 2020.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios..., *Op. cit.*, p. 81.

⁷⁸ GURNISKI, Marcelo Fonseca. Integridade do direito..., *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *Op. cit.*, p. 70.

Saavedra esclarece que Alexy, para elaborar sua tese de "caso especial", exhibe as limitações da teoria do discurso e consigna que o seu valor prático advém de uma teoria do Estado e do Direito.⁸⁰ Assim, Alexy inicia seus estudos da teoria da argumentação prática geral, para então projetá-la para o Direito.⁸¹

Segundo Alexy, é patente o vínculo entre o discurso jurídico com o discurso prático geral, apresentados em quatro aspectos:

[...] (1) A necessidade do discurso jurídico do ponto de vista da natureza do discurso prático geral, (2) a correspondência parcial na exigência da correção, (3) a correspondência estrutural entre regras e formas do discurso jurídico e aquelas do discurso prático geral e (4) a necessidade de argumentação prática geral no contexto da argumentação jurídica.⁸²

Alexy expôs que as regras e formas do discurso prático geral possuem três fraquezas, que tornam necessárias o discurso jurídico. São elas: (i) as regras do discurso não consideram que premissas normativas sejam o ponto de partida para qualquer discurso; (ii) alguns passos da argumentação não estão fixados; e (iii) sempre é possível não se chegar a acordo, pois algumas regras do discurso só podem ser satisfeitas parcialmente.⁸³

Para Alexy, tanto a argumentação prática geral como a argumentação jurídica possuem a exigência de correção. Porém, na argumentação jurídica, ao contrário do discurso prático geral, "essa exigência não se relaciona com o fato de a afirmação normativa em questão ser ou não absolutamente racional, mas antes se pode ser racionalmente justificada no contexto da ordem jurídica em vigor".⁸⁴

Segundo Kremer e Paraguassu, Alexy, ao revisitar o tensionamento entre o direito e a moral, reconhece que em determinadas ocasiões (hard cases) "as razões consideradas exclusivamente a partir do direito não são capazes de lhes trazer

⁸⁰ SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 108.

⁸¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 185-186.

⁸² ALEXY, Alexy. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 267.

⁸³ *Ibidem*, p. 267-268.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 269.

solução em uma decisão judicial".⁸⁵ Continuam as autoras afirmando que Alexy contemplou a ideia de que o julgador deve se basear em diferentes considerações, as quais estão contidas no conjunto de razões morais, em razão da natureza do direito ser insuficiente.⁸⁶

Ainda, Alexy afirma que ambos os discursos, jurídico e prático geral, se correspondem estruturalmente entre as regras e formas, uma vez que (a) a(s) regra(s) e forma(s) de justificação interna dos discursos possuem o mesmo princípio da universalidade, que corresponde ao princípio de justiça formal para tratar casos semelhantes; (b) a argumentação empírica é importante e decisiva no discurso prático geral e no discurso jurídico; (c) a ciência jurídica dogmática também é compreendida como a institucionalização do discurso prático condicionada a existência de uma ordem jurídica; e (d) princípios como o da universalizabilidade e da inércia, que formam a base da doutrina dos precedentes, se fundamentam nos princípios práticos gerais.⁸⁷

Ademais, para Alexy "a argumentação jurídica é totalmente dependente da argumentação prática geral e que, portanto, faz sentido dizer que as formas de argumentação práticas gerais são a base da argumentação jurídica".⁸⁸ Porém, isto não significa dizer, no entendimento de Alexy, que pelo fato de a argumentação jurídica depender da argumentação prática geral, ela seja idêntica ou fique reduzida a ela, porquanto a "argumentação prática geral requerida para o discurso jurídico ocorre em formas especiais, segundo regras especiais e em condições especiais".⁸⁹

"O resultado a que ele chega, a tese central da sua concepção, consiste em considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica, como um caso especial do discurso prático geral, isto é, do discurso moral".⁹⁰ Em outras palavras, o discurso

⁸⁵ KREMER, Bianca; PARAGUASSU, Mônica. *Hermenêutica, jurisdição...*, *Op. cit.*, p. 139.

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ ALEXY, Alexy. **Teoria da argumentação...**, *Op. cit.*, p. 269-270.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 271.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito...**, *Op. cit.*, p. 186.

jurídico é a própria especificação do discurso prático geral já que sua pretensão é a de alcançar um juízo de correção.⁹¹

Concorda Pires que, o discurso jurídico é um caso especial da argumentação prática geral por limitar-se às diversas pré-compreensões do Direito, em especial a lei, os precedentes e a dogmática, sendo, portanto, sua principal característica a sua necessária vinculação ao direito vigente.⁹² No dizer de Pires, para Alexy

[...] (1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência de correção. É questão de 'caso especial' porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito.⁹³

Dito de outra forma, o discurso jurídico não está a pretender que uma proposição seja mais racional que outra, mas que ela deva "ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente".⁹⁴ Neste sentido, de um lado, o procedimento do discurso jurídico se determina pelas regras e formas do discurso prático geral e, de outro lado, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que, em suma, revelam sujeição à lei, aos precedentes judiciais e à dogmática.⁹⁵

Importante ressaltar que para Alexy não se pode prescindir das regras da razão prática, vale dizer, do discurso moral, na fundamentação do discurso jurídico. Assim, Pires afirma que Alexy demonstra a sua tese do "caso especial" da seguinte forma:

i) constata que as regras gerais da razão prática, embora necessárias, não definem quais as melhores premissas das quais deve partir o raciocínio jurídico, o que, em princípio, se mostra insatisfatório, no tocante ao juízo de correção das decisões; ii) a racionalidade do discurso jurídico está limitada pela racionalidade do sistema legislativo; iii) a justificação do discurso jurídico submete-se ao princípio geral da universalização (igualdade formal);

⁹¹ PIRES, Teresinha Inês Teles. Decisão jurídica e integridade do direito na hermenêutica política de Ronald Dworkin. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 102-127, maio/ago. 2019. p. 105. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1228>. Acesso em: 15 jul. 2020.

⁹² *Idem*.

⁹³ ALEXY, Alexy. **Teoria da argumentação...**, *Op. cit.*, p. 212.

⁹⁴ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito...**, *Op. cit.*, p. 204.

⁹⁵ *Idem*.

iiii) as regras especiais do discurso jurídico dependem das regras do discurso geral, consolidando-as em seu processo de diferenciação; iiiii) o caráter racional da argumentação jurídica impõe que se estabeleçam regras internas para o seu desenvolvimento.⁹⁶

Mesmo que Alexy esteja focado na distinção da especificidade do direito, ele apresenta uma vinculação entre o discurso da moral e do direito, lançando olhos para sua dimensão institucional, sendo que a partir daí é que foi possível delinear-se padrões de raciocínio jurídico.⁹⁷

Resumindo, segundo Zanon Junior, essa teoria procedimentalista apresenta quatro fundamentos: (a) o discurso jurídico trata-se de um caso especial do discurso prático, uma vez que devem ser respeitadas regras específicas, além daquelas do discurso geral, para viabilizar a construção de normas jurídicas racionais e científicas, conforme a tabela de regras constantes do livro de teoria da argumentação jurídica; (b) há possibilidade de se atingir um resultado formalmente correto, porquanto ocorre uma relatividade das soluções produzidas por meio do discurso; (c) o enfoque da racionalidade discursiva na coerência decisória, que se liga estreitamente com a fundamentação jurídica com ênfase na esmerada articulação das diversas proposições normativas integrantes de um sistema, aperfeiçoando a racionalidade discursiva; e (d) a pretensão de correção como elementar à racionalidade do discurso e ponto de ligação entre moral e direito, sendo a atitude do intérprete considerar que os argumentos utilizados são válidos e, portanto, aplicáveis, sob pena de incorrer em falha performática e contaminar o processo.⁹⁸

É importante notar que Alexy pretende racionalizar os argumentos do discurso prático em razão da "textura aberta" da linguagem jurídica, oferecendo critérios racionais para justificar argumentos morais no direito. Assim, utilizando essa

⁹⁶ PIRES, Teresinha Inês Teles. *Decisão jurídica...*, *Op. cit.*, p.105.

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Hermenêutica e teorias argumentativas: contraposição ou complementação. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 21, n. 3, p. 909-939, set./dez. 2016. p. 925-928. Disponível em: https://www.academia.edu/download/50536990/36._Hermeneutica_e_Teorias_Argumentativas_NEJ.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

tessitura como forma de abertura do discurso jurídico ao discurso prático, Alexy insere a conexão necessária entre argumentos jurídicos e morais.⁹⁹

Com essa constatação, Alexy identifica, entre outras, duas questões que dizem respeito à natureza do Direito: (i) dimensão real, representada por elementos factuais que representam o Direito (legalidade e a eficácia social, elementos coercitivos e empíricos); e (ii) dimensão ideal, caráter normativo do Direito operado por meio da pretensão de correção, ou seja, "a pretensão de que tanto as decisões como os sistemas judiciais necessitam de uma justificação moral para exercerem sua legitimidade"¹⁰⁰, ocorrendo, portanto, nesta dimensão a relação entre o discurso jurídico e prático.

Saavedra esclarece que Alexy "defende uma relação conceitualmente necessária entre o direito e a moral, uma vez que, principalmente nos casos difíceis, não é possível encontrar uma solução baseando-se unicamente em normas formalmente fixadas".¹⁰¹

Segundo Blanco,

Para Alexy existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral (que vedaria assim a injustiça extrema advinda de um regime injusto) e existem razões normativas para a inclusão de elementos morais no conceito de direito. Além de conexões conceitualmente necessárias, existem conexões normativamente necessárias entre direito e moral (a visualização normativa dos princípios e os próprios direitos fundamentais carregados de vinculação valorativa-ética).¹⁰²

Portanto, para Alexy, normas extremamente iníquas, consoante "paradigmas morais já axiologicamente objetivados por nosso patamar civilizatório histórico"¹⁰³, não detêm caráter de normas jurídicas; por outro lado, as normas que não sejam extremamente injustas, que "não sejam as mais corretas, não serão vistas como

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. In: **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 47.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia...**, *Op. cit.*, p. 109.

¹⁰² BLANCO, Carolina Souza Torres. **Racionalidade e correção da decisão jurídica em Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014. p. 139. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6651/1/Carolina%20Souza%20Torres%20Blanco.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 140.

destituídas de caráter jurídico, mas serão tidas como defeituosas, sem satisfação da pretensão de correção".¹⁰⁴

Alexy expôs que o "argumento decorrente da ideia de correção informa que normas jurídicas individuais e decisões jurídicas individuais, assim como os sistemas jurídicos, como um todo, necessariamente, reclamam por correção".¹⁰⁵ Atienza complementa que, segundo Alexy, as normas e decisões jurídicas, proferidas individualmente, e o próprio sistema jurídico em conjunto, têm uma pretensão de correção, "que constitui um elemento necessário, respectivamente, do conceito de norma jurídica, de decisão jurídica e de Direito".¹⁰⁶

Segundo Alexy, os casos difíceis – que ocorrem quando o direito positivo admite mais de uma resposta – ilustram que a interpretação positivista deu origem a problemas sérios. Blanco destaca que Alexy apresenta, aqui, a impugnação da posição do positivismo clássico de discricionariedade do julgador, porquanto em um caso difícil gerado pela abertura do direito, o magistrado não pode decidir fora do empreendimento jurídico, ou seja, discricionariamente; pelo contrário, deve, diante da exigência da pretensão de correção, incorporando os argumentos práticos e jurídicos das justificativas das proposições normativas, emitir a decisão correta.¹⁰⁷

Portanto,

[...] a textura aberta do direito, juntamente com a natureza das questões jurídicas [distribuição e compensação], implica que a pretensão de correção gerada no processo de tomada de decisão jurídica, necessariamente, se refere, não apenas a razões autorizadoras ou razões de fundo originário, mas também a razões morais. Isto implica que a pretensão de correção necessariamente oriunda do direito conduza a uma necessária interpenetração da moral e do direito.¹⁰⁸

Neste sentido, Alexy apresentou a pretensão de correção substancial que se distingue em dois estágios ou níveis: (a) a correção de primeira ordem, que diz respeito

¹⁰⁴ BLANCO, Carolina Souza Torres. **Racionalidade e correção...**, *Op. cit.*, p. 140.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery. **Dignidade humana, direito sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 308.

¹⁰⁶ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito...**, *Op. cit.*, p. 238.

¹⁰⁷ BLANCO, Carolina Souza Torres. **Racionalidade e correção...**, *Op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery. **Dignidade humana...**, *Op. cit.*, p. 310.

à justiça como tal; e (b) a correção de segunda ordem que, segundo o autor, é mais abrangente, uma vez que promove a integração das dimensões real e ideal do direito. Os dois estágios referem-se à justiça – pois representam a dimensão ideal ou crítica do direito – e à positividade – que é o lado real, de fato ou institucional.¹⁰⁹

Apalategui afirma que a tese de Alexy sobre a dupla natureza do direito tem uma dimensão ideal, expressa na reivindicação de correção, e uma dimensão real, "que se manifiesta em la eficacia (coerción / uso de la fuerza), pero también en el valor de la seguridad jurídica".¹¹⁰ Continua, Apalategui, afirmando que a tese da natureza dual não é formulada explicitamente, embora esteja implícita nas regras de uso dos argumentos interpretativos no discurso jurídico e se estabelecem, em um primeiro olhar, entre os diferentes argumentos institucionais – linguística, genética e sistemática –, além de gerar uma abertura do discurso jurídico aos argumentos práticos gerais ou substanciais – morais, ético-políticos.¹¹¹

Segundo Apalategui, Alexy consigna que argumentos normativos e princípios nos quais a aplicação do direito é baseada têm que ser apoiados a fim de satisfazer a reivindicação de correção. A incorporação desta última cláusula de elementos empíricos (baseada) e normativos (apoiados) expressa o jogo das dimensões reais e ideais da aplicação do direito.¹¹²

Para Apalategui, Alexy qualifica a pretensão de validade dos discursos jurídicos como uma pretensão de correção de segundo nível; e é nesta qualificação que se faz possível uma leitura realista da correção jurídica. Afirma, ainda, Apalategui, que a dimensão ideal do direito corresponde à correção substancial das normas e decisões jurídicas; enquanto a dimensão real se refere ao fator institucional ou positivo do direito.¹¹³

¹⁰⁹ ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery. **Dignidade humana...**, *Op. cit.*, p. 312-313.

¹¹⁰ APALATEGUI, José Manuel Cabra. Corrección y racionalidade em el discurso jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 133-159, set./dez. 2020. p. 154. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2119/671.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2020.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 154-155.

¹¹² *Ibidem*, p. 155.

¹¹³ *Idem*.

Continua Apalategui afirmando que a reconciliação de ambas as dimensões passa pela distinção de dois níveis de correção: (a) no primeiro nível (correção de primeira ordem), a correção tem um significado ideal, que se identifica com a justiça; (b) no segundo nível (correção de segunda ordem), a correção tem um sentido abrangente e se refere tanto à dimensão ideal, como a dimensão real, isto é, tanto à justiça quanto à eficácia e segurança legal.¹¹⁴

Apalategui conclui que a correção jurídica significa proporcionalidade entre a dimensão ideal e a dimensão real do direito, ou, simplesmente, proporcionalidade entre os princípios de justiça e de segurança jurídica. Assim, ao definir a correção jurídica como uma relação de equilíbrio ou proporcionalidade entre a dimensão ideal e real ou entre dois princípios morais (segurança e justiça), entram em jogo os interesses gerais.¹¹⁵

Conforme já asseverado, Alexy advoga no sentido de uma ligação conceitualmente necessária entre o direito e a moral, tendo em vista que em determinados casos – casos difíceis – não se faz possível uma solução adequada fundamentando-se exclusivamente em normas formalmente constituídas. Isto se deve a abertura do direito e a pretensão de correção, consubstanciada nos argumentos práticos (moral) e argumentos jurídicos (lei, princípios e precedentes).

Gabardo, Viana e Wasilewski consignam que "o desafio desse discurso é se fazer racional, qualidade necessária para que seja considerado correto".¹¹⁶ Dito de outra forma, existe uma identidade no discurso entre a racionalidade e a correção, sendo que a racionalidade é alcançada pela construção argumentativa, "procedimento que confere veracidade aos juízos de valor e de dever, objetivando-os".¹¹⁷ Assim, estes autores entendem que Alexy "contesta a afirmação de que a necessidade de

¹¹⁴ APALATEGUI, José Manuel Cabra. Corrección y racionalidade... *Op. cit.*, p. 155/156.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 156.

¹¹⁶ GABARDO, Emerson; VIANA, Ana Cristina Aguilar; WASILEWSKI, Dione J. Teoria da argumentação jurídica em confronto com o populismo judicial. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 12, n. 3, p. 516/537, set./dez. 2020. p. 524. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2020.123.12/60748313>. Acesso em: 20 jan. 2021.

¹¹⁷ *Idem*.

valorizações implicaria uma abertura indiscriminada para a incidência de convicções morais subjetivas".¹¹⁸

Como já estabelecido, o discurso jurídico se diferencia do discurso prático geral pela sua "pretensão de correção e por sua vinculação a um determinado ordenamento jurídico"¹¹⁹ caracterizando-o como um discurso institucionalizado. Portanto, para Gabardo, Viana e Wasilewski, a "racionalidade e a universalidade são critérios que tornam legítimas e passíveis de controle a legislação e as decisões judiciais".¹²⁰

Alexy afirma que é pacífica entre os positivistas e os não positivistas a tese de que todo o direito positivo tem uma textura aberta, pois há vagueza na linguagem do direito, há possibilidade de contradições normativas, há a possibilidade de se decidir em casos especiais contra a lei. Do ponto de vista positivista o campo de abertura do juiz está autorizado a criar Direito novo, de acordo com a sua avaliação, com fundamento em critérios extrajurídicos. Continua Alexy, dizendo que a pretensão de correção conduz, por esta razão, à uma interpretação não positivista. "Esta pretensão é, por causa de sua vinculação necessária com a sentença judicial, uma pretensão jurídica e não apenas moral".¹²¹

Não é possível, assenta Alexy, nos casos difíceis, fundamentar a solução correta de modo diferente do que com argumentos morais ou de justiça. Com isto, a pretensão de correção institui uma relação metodologicamente ou teórico-argumentativamente necessária entre Direito e Moral.¹²²

Diz Alexy que, no todo, a pretensão de correção, conduz a um conceito não positivista do direito, que vincula Direito e Moral. Isto tem consequências profundas que vão da estrutura do sistema jurídico, passam pela teoria da argumentação jurídica e alcançam a auto interpretação da ciência do direito e da práxis jurídica.¹²³

Expõe Streck que, "para Alexy a dimensão de abertura era a porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais ou questões de justiça

¹¹⁸ GABARDO, Emerson; VIANA, Ana Cristina Aguiar; WASILEWSKI, Dione J. Teoria da argumentação..., *Op. cit.*, p. 524.

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ BULYGIN, Eugenio; ALEXY, Robert. **Direito, moralidade e positivismo**: o debate entre Robert Alexy e Eugenio Bulyugin. Curitiba: Juruá, 2017. p. 82.

¹²² *Ibidem*, p. 82-84.

¹²³ *Idem.*

presente naquilo que ele denomina discurso prático geral".¹²⁴ Tais conclusões são possíveis, uma vez que a teoria de Alexy apresenta problemas referentes à natureza do direito, entre eles, a dimensão real e a dimensão ideal do direito.

De acordo com Streck

A primeira dimensão é representada pelos elementos da publicação/aplicação competente e eficácia social, dimensão em que estariam as relações entre direito e coerção, direito e procedimentos de institucionalização da criação e aplicação das normas e direito e aceitação. Esta última [dimensão ideal] relacionada intrinsecamente à segunda dimensão, na qual Alexy questiona justamente a relação entre direito e moral, afirmando que o Direito necessariamente levanta uma pretensão de correção, e essa pretensão compreende uma pretensão de correção moral.¹²⁵

Assim, segundo Streck, Alexy afirma que as razões exclusivamente de direito não serão utilizadas para decidir os casos difíceis, haja vista que o intérprete deve se utilizar da pretensão de correção, em ambos os níveis, pautando-se nas considerações de justiça que, por sua vez, pertencem ao conjunto de razões morais, "a moral prevaleceria para a tomada de tal decisão; o que faria emergir, segundo o autor [Alexy], uma concepção não positivista do direito".¹²⁶

Delgado esclarece que, a moral tem lugar no direito, mormente quando os conteúdos morais são discutidos pelo parlamento na confecção da lei. Todavia, na compreensão do aludido autor, a "moral não deve ser utilizada de maneira corretiva ao direito [...] reprimando-se o positivismo jurídico".¹²⁷

Diante da insuficiência legal Alexy retoma uma pretensão de correção que encontrava fundamento e justificação nos elementos externos presentes no discurso prático geral – justiça – havendo uma "possibilidade de se controlar as decisões pelo fundamento de justiça que elas veiculam".¹²⁸ A chamada fórmula Radbruch: a extrema injustiça não é direito. Utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, não

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013. p. 349-350. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944518017>. Acesso em: 20 jun. 2020.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 350.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ DELGADO, Ana Paula Teixeira. Perspectivas para a justiça..., *Op. cit.*, p. 243.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade..., *Op. cit.*, p. 351.

teve maior repercussão, segundo Streck, em virtude do antagonismo com o ideal de segurança jurídica. Alexy procurou utilizar a fórmula, dando-lhe novos contornos, aparentando resolver o problema da segurança jurídica que decorreria de sua utilização, estabelecendo um limite para a sua aplicação: ela se aplicaria aos casos em que ocorresse uma extrema injustiça, definidos "substancialmente do núcleo dos direitos humanos fundamentais".¹²⁹

Vê-se que, não há como se admitir que a superação do positivismo exegético, teorizada por Alexy, que estaria na correção moral do direito, pudesse fazer frente à insuficiência do direito para responder ao litígio sob julgamento. Aquele que aplica o direito não fica liberado a buscar respostas em argumentos de conveniência, costumes e justiça, que são, no fundo, questões morais pertencentes ao discurso prático geral.¹³⁰

1.3 VOLUNTARISMO JUDICIAL BRASILEIRO

A expansão do Poder Judiciário, ocorrida após a Segunda Guerra Mundial e o fenômeno da judicialização da política, inaugura uma virada no constitucionalismo contemporâneo, em especial na América Latina, consubstanciando o fenômeno do protagonismo judicial, termo empregado "para designar o juiz como a personagem que ocupa posição central no cenário do Estado Constitucional de Direito".¹³¹

Surgido no sistema jurídico americano, o ativismo judicial decorreu de seu sistema de fonte do direito, já que a própria atividade jurisdicional dos Estados Unidos se assenta na criação do direito por meio de precedentes. Em sua formulação o ativismo judicial presume uma anomalia no exercício da atividade jurisdicional, que leva a concluir que o ativismo judicial expressa a negativa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição.¹³²

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade..., *Op. cit.*, p. 352.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 351.

¹³¹ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109.

¹³² *Ibidem*, p. 111.

Um dos reflexos mais significativos do segundo pós-guerra é a positivação de uma série de princípios e o alargamento dos espaços de jurisdição, impelidos pela atividade exercida pelo tribunal constitucional alemão que elevou o protagonismo judiciário, cujo objetivo era romper com o modelo jurídico vigente à época do nazismo e, paralelamente, legitimar as decisões tomadas com base na constituição. Trata-se do posicionamento conhecido como jurisprudência dos valores (Bundesverfassungsgericht).¹³³

Uma das primeiras contestações jurídicas à crise do pós-guerra, impulsionada pela jurisprudência de valores, foi a do protagonismo judicial. Todavia, a sua consolidação e conseqüente exportação para o resto do mundo, em especial para a América Latina, vêm ampliando a discricionariedade judicial, sob o álibi teórico de uma maior racionalidade do discurso jurídico.¹³⁴

Na compreensão de Barboza, é verdade que nas últimas décadas o Brasil vem experimentando a transferência de parte do poder político para os tribunais, podendo-se dizer, em certa medida, que "este poder tem saído da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário".¹³⁵ A ideia de supremacia constitucional escolhida pela Constituição Americana de 1787, adotada em nosso texto constitucional, emerge dentro de um contexto sensibilizado pela preocupação mundial em torno dos direitos humanos, após a Segunda Guerra Mundial.¹³⁶

Como é certo que o Constitucionalismo foi adotado por regimes democráticos, estabelecidos após longo tempo de governos ditatoriais, há que se compreender que a opção por este modelo suplantou visão anterior em que a Constituição era considerada como mero documento político, não dotado de força normativa. Diz Barboza que a ideia de constitucionalismo que se coloca "não é de adoção de uma

¹³³ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo..., *Op. cit.*, p. 112-113.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 113-114.

¹³⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de comum law e civil law na sociedade contemporânea. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2011. p. 74. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf. Acesso em: 02 nov. 2021.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 74-75.

Constituição apenas do ponto de vista formal, mas uma Constituição com catálogo de direitos fundamentais [...]".¹³⁷

Verifica-se, no Brasil, que as experiências – norte-americana e alemã – acabaram fomentando efeitos diretos, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, sucedendo na geração de um ativismo judicial *sui generis* – sob as vestes do garantismo –, que vem sendo adotado tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelas demais instâncias do Poder Judiciário.¹³⁸

Observa-se, segundo Trindade, nas décadas de 80 e 90, três estágios bastante distintos na evolução da jurisprudência constitucional brasileira: (1) fase da ressaca que se inicia em 1988, com a vigência de uma crise de modelo de direito, sobretudo no âmbito da dogmática jurídica, em face da necessidade de se operar uma filtragem constitucional de todas as normas do ordenamento jurídico; (2) fase da constitucionalização que se inicia no final da década de 1990, marcada pelo descobrimento da Constituição e de seus princípios, permitindo o efetivo processo de constitucionalização de direitos, haja vista que os tribunais deixam de exercer a função de mero aplicadores de leis para, assumirem paulatinamente o papel de intérpretes da constituição; e (3) fase ativista iniciada a partir de 2004, que se individualizou por um crescente estímulo voltado à adoção de posturas pró-ativistas, alcançando todas as instâncias judiciais.¹³⁹

Koerner visualiza que

O que tem sido chamado ativismo no Brasil resulta de uma aliança entre a presidência da república e elites jurídicas a partir de 2002, voltada a promover as políticas do novo governo e a configurar um novo regime governamental. Com a aliança modificaram-se as formas de atuação do Tribunal, foram reforçadas suas bases de apoio, mas também provocaram reações e resistências, e aumentou o investimento pela oposição política e elites jurídicas divergentes em questão críticas para o governo. A dinâmica mais recente tem acentuado as tensões entre os regimes governamental e jurisprudencial, os conflitos entre juízes e governo. Mas o papel assumido pelo STF também entra em divergência com a oposição e suas bases conservadoras, que tenderão a resistir a esse novo padrão de atuação. As fontes democráticas do poder político serão capazes de impulsionar movimentos que superem essas tensões e bloqueios.¹⁴⁰

¹³⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...**, *Op. cit.*, p. 74-75.

¹³⁸ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo..., *Op. cit.*, p. 114.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 115.

¹⁴⁰ KOERNER, Andrei. Ativismo judicial?... *Op. cit.*, p. 85.

Ressalta Trindade que, se está nesta terceira fase, a do ativismo judicial à brasileira e que, em seu entender, tal militância torna-se um fenômeno muito mais complexo e perigoso, especialmente nocivo às jovens democracias constitucionais, quando entendido como a recusa dos tribunais de se manterem dentro da moldura constitucional estabelecida pela Constituição.¹⁴¹

Assim, o Supremo Tribunal Federal passou a protagonizar decisões importantes para a sociedade, que tradicionalmente deveriam ser tomadas pelo poder Legislativo (eleitos pelo povo com a finalidade precípua de legislar). Contudo, o que se observa é que, muitas vezes são os próprios poderes políticos que preferem transferir a discussão, de temas socialmente relevantes, para o Judiciário, especialmente em casos sobre os quais não se têm maioria na arena política, ou porque não queiram enfrentar temas desgastantes do ponto de vista eleitoral.¹⁴²

Dessa forma o Supremo Tribunal Federal vem sendo provocado para decidir questões, como as citadas por Barboza, sobre a pesquisa sobre células-tronco¹⁴³, por envolver o direito à vida consagrado constitucionalmente; nepotismo¹⁴⁴, relacionado ao princípio da moralidade administrativa insculpido na Constituição; fidelidade partidária¹⁴⁵, por envolver o princípio democrático também protegido pela Carta Constitucional.

¹⁴¹ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo..., *Op. cit.*, p. 115-116.

¹⁴² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...**, *Op. cit.*, p. 14.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 3510**. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5.º da lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 28 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2021.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 – Distrito Federal**. Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da resolução n.º 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça. Ato normativo que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências". Procedência do pedido. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2021.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26603 – Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Mello, 04 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2021.

Esclarece Barboza que, pelos direitos fundamentais serem dotados de conteúdos morais, abertos, não são passíveis de serem definidos a priori, exigindo que o Judiciário os densifique e lhes dê significado.¹⁴⁶

Assim, explicita Barboza que, o Brasil adotou o modelo constitucional democrático e este modelo de per si já limita o Parlamento, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais que ficam de fora dos debates deliberativos.¹⁴⁷

Por se tratar de uma recepção absolutamente descontextualizada das experiências norte-americana e alemã, o ativismo judicial brasileiro, impulsionado pela judicialização da política, sob os influxos do neoconstitucionalismo e das teorias da argumentação, não compreende as especificidades e o contexto da realidade jurídica brasileira.¹⁴⁸

Aduz Trindade que, a institucionalização do ativismo judicial concede discricionariedade aos juízes para, nos casos sob exame, "buscarem em sua consciência uma solução que atenda aos fins de justiça social"¹⁴⁹, admitindo tanto a "criação do direito quanto o gerenciamento processual, o que implica uma intervenção indevida tanto na esfera administrativa quanto legislativa".¹⁵⁰

Considera Barboza que, em que pese o propósito honroso de abrigo e hegemonia dos "direitos humanos ou fundamentais, por conta do caráter aberto e abstrato e do conteúdo moral desses direitos, há uma margem muito grande para decisão pelo Poder Judiciário"¹⁵¹, podendo desaguar, em razão de sua imprevisibilidade, na possibilidade de insegurança jurídica.

Para Gervasoni e Bolesina, a versão brasileira de ativismo judicial é equivocada, pois refere-se a "decisões que se preocupam meramente com as

¹⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...**, *Op. cit.*, p. 14-15.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 15.

¹⁴⁸ TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo..., *Op. cit.*, p. 116.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 117.

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis...**, *Op. cit.*, p. 15.

consciências de seus prolores, ainda ancoradas, portanto, na subjetividade do sujeito solipsista que, isolado, faz suas escolhas".¹⁵²

Consideradas as análises efetivadas nesse primevo capítulo encaminha-se o tema para considerações a respeito da legitimidade democrática do Poder Judiciário, o que se faz no capítulo 2.

¹⁵² GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. Constitucionalismo contemporâneo e hermenêutico: novas perspectivas, velhas dúvidas e o positivismo (solipsista) que anima o ativismo judicial. In: BEÇAK, Rubens; BORGES, Alexandre Walmott; LOPES, Ana Maria D'Ávila (Coord.). **Hermenêutica**: XXIII encontro nacional do CONPEDI, Florianópolis, CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=93>. Acesso em: 12 mar. 2021.

2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Alguns marcos da história recente, como a democratização social, a democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que extinguiram os regimes autoritários, criaram novos substratos para as Constituições, que culminaram na positivação dos direitos fundamentais e sociais, consolidando as práticas pretendidas pelos paradigmas dos Estados Liberal e de Bem-Estar Social.

Neste contexto, as leis foram perdendo força, prestígio e legitimidade, ao passo que as Constituições passaram a desempenhar um papel inspirador, ordenador e diretor de todo o ordenamento jurídico, "sede maior da nova legitimidade".¹⁵³ Este novo espaço alcançado pela Constituição também se deve ao fato de que este documento é o ambiente da "morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania".¹⁵⁴

Para Bonavides,

Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.¹⁵⁵

Ressalte-se que, a jurisdição constitucional referida por Bonavides e os constitucionalistas é a mesma jurisdição a que os processualistas se referem, posto que o poder jurisdicional é uno e indivisível, existindo somente "uma divisão de competências, mas a atividade exercida pelo juiz singular e por um Ministro do Supremo é, essencialmente, a mesma".¹⁵⁶

Explica Pugliese que, os "juízes têm declarado leis inconstitucionais, têm aplicado a Constituição diretamente aos casos concretos e têm se relacionado de

¹⁵³ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004. p. 127.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ PUGLIESE, William Soares. A jurisdição entre constitucionalismo e democracia. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Org.). **Processo e jurisdição**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 317.

forma bastante distinta com as leis ordinárias"¹⁵⁷, o que corrobora com a tese de que a jurisdição constitucional deve ser vista como a jurisdição do próprio Poder Judiciário e assim será analisada no presente estudo.

2.1 PODER JUDICIÁRIO E A TEORIA PROCEDIMENTALISTA DE HABERMAS E ELY

Ao pensar a democracia, Habermas, repensou o projeto político da modernidade, baseando-o na ideia da racionalidade. Para tanto, segundo Kozicki, "ele apresenta uma justificação filosófica da democracia, apta de gerar uma teoria que liga aspectos filosóficos e práticos"¹⁵⁸, buscando expor quais são as condições para o "procedimento democrático".¹⁵⁹

Kozicki anota que Habermas partindo da constatação que as pessoas, nas modernas e complexas sociedades, apresentam divergências em relação às concepções de bem comum, funda sua teoria abrangente da modernidade e da racionalidade, assinalando que até o advento da modernidade poderia existir uma única concepção de bem, universal, tendo em vista o caráter natural ou, em certos casos, sagrado, que constituía a noção de sociedade e poder político.¹⁶⁰

Segundo a autora, "o critério racional de apreensão da realidade fez com que gradualmente desaparecessem estas crenças, substituindo-as por um ideal de cooperação humana na base da organização social e de um conhecimento sujeito a críticas".¹⁶¹ Neste novo contexto, as divergências na forma de conduta de cada indivíduo se tornam cada vez mais frequentes.¹⁶²

¹⁵⁷ PUGLIESE, William Soares. A jurisdição entre..., *Op. cit.*, p. 323.

¹⁵⁸ KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2000. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/78784>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 91.

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 90.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 90-91.

¹⁶² *Ibidem*, p. 91.

Do exposto, Kozicki ressalta que

Na base da concepção habermasiana de democracia está uma tentativa de repensar o projeto político da modernidade, fundado na ideia de racionalidade. [...] Neste intuito, tenta apresentar quais são as condições para o procedimento democrático. As questões políticas, para Habermas, não devem ser confundidas com questões éticas, as quais buscam uma visão ampla do homem.¹⁶³

Habermas, assim, advoga a tese da democracia deliberativa onde o direito deve se legitimar pela concepção discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos livres e iguais, sendo que tal procedimento é realizado através da comunicação racional.¹⁶⁴

Streck, analisando a tese procedimentalista de Habermas, reconhece-lhe o atributo de ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, aplicando a interpretação da distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso.¹⁶⁵

Continua Streck afirmando que Habermas reconhece que "os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas nos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito"¹⁶⁶ e as divergências existentes em relação às concepções de bem comum nas sociedades modernas e complexas, motivam seu entendimento de que o processo de deliberação é fundamental e mais importante do que a concordância almejada ou a postura final quanto às divergências provocadas no campo político.¹⁶⁷

Dito de outra forma, independentemente do resultado da deliberação, a participação dos cidadãos e o exercício desse poder é que devem ser resguardados.

¹⁶³ KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização...**, *Op. cit.*, p. 91.

¹⁶⁴ PEREIRA, Micheli. Atuação do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, jul./dez. 2009. p. 6. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/55>. Acesso em: 20 fev. 2021.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 155.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ PEREIRA, Micheli. Atuação do poder..., *Op. cit.*, p. 7.

Segundo Habermas,

[...] de um lado, surge a imagem de uma sociedade cada vez mais complexa, composta de esferas de ação funcionais, as quais forçam os atores individuais a assumir a posição marginal de "clientes", entregando-os às contingências de operações sistêmicas independentes; de outro lado, existe a expectativa de que essas contingências venham a ser controladas normativamente através das operações reguladoras de um Estado Social que intervém de modo preventivo ou reativo.¹⁶⁸

Assim, a teoria discursiva habermasiana caracterizada pela discussão da autonomia dos cidadãos traz consigo a questão da própria legitimidade do Direito questionada como sistema normativo.¹⁶⁹

Streck consigna que a tese procedimentalista de Habermas "critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito".¹⁷⁰ Para Habermas, a invasão política pelo Direito atordoa a aptidão democrática da sociedade e enjaula as "possibilidades de independência dentro da racionalidade burocrática do Judiciário", culminando no aumento do desprestígio da política e das demais alternativas democráticas na produção do Direito.¹⁷¹

Portanto, para Habermas,

[...] o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que fundação dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. Título original: Faktizität und geltung. p. 139.

¹⁶⁹ PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo no Brasil: as visões procedimentalista e substancialista. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n. 3, p. 1155-1190, set./dez. 2018. p. 1165. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13770>. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 155.

¹⁷¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário e estado democrático de direito: a necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo". **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 1, n.1, p. 11-38, dez. 2006. p. 16. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/41/31>. Acesso em: 10 jun. 2020.

que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático.¹⁷²

Importante observar que as regras do discurso municiam os critérios fundamentais para "testar e corrigir a legitimidade de ordens normativas empíricas, e os requisitos procedimentais para a formação discursiva da vontade devem estar de algum modo presentes para que a legitimidade possa ser produzida a partir da legalidade".¹⁷³

Portanto, para Habermas a existência de tribunais constitucionais não é auto evidente, pois existem "controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões".¹⁷⁴ Habermas consigna que, a referida controvérsia trata de um indício da necessidade de clarificação, resultante da reunião institucional de funções, que são claramente distintas numa teoria da constituição. Essa crítica de Habermas à jurisdição constitucional é direcionada, em regra, em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça, sendo, pois, uma disputa pelo princípio da divisão de poderes, que se explicita, segundo o filósofo alemão, sob três diferentes aspectos e de modos distintos.¹⁷⁵

Em um primeiro aspecto, a crítica à prática de decisão do tribunal constitucional, mormente na Alemanha, fulcra-se em uma interpretação liberal da estrutura clássica de separação dos poderes, apoiando-se no "desenvolvimento do Estado liberal de direito que se transforma no Estado intervencionista e do bem-estar social".¹⁷⁶ Neste contexto, Habermas analisa à juridificação engendrada pelo Estado Social, denominando-o de "colonização do mundo da vida", uma vez que o Estado

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 2, *Op. cit.*, p. 326.

¹⁷³ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e jurisdição**: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2006. p. 251-252. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/89102>. Acesso em: 20 jan. 2021.

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 1. Título original: Faktizität und geltung. p. 298.

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ *Idem.*

Social, embora tenha o condão de garantir a liberdade, também desempenha um papel de privação da liberdade quando invade destrutivamente o mundo da vida.¹⁷⁷

Segundo Streck

É neste aspecto que, para Habermas, a juridificação põe-se como um problema para o agir comunicativo: o direito-meio, expressão do agir instrumental-estratégico, a serviço da economia e do poder, invadiria a esfera do agir comunicativo, fundada no entendimento e, dessa maneira, prejudicaria a construção de uma razão intersubjetiva.¹⁷⁸

A crítica de Habermas se consubstancia, em um segundo aspecto, contra uma "autocompreensão metodológica que se forma no tribunal, que equipara a orientação por princípios com a comparação entre bens".¹⁷⁹ Isto porque, conforme aponta Habermas, o tribunal constitucional dirige-se pela noção da concretização de valores materiais, com bases preliminares no direito constitucional e, no caso de colisão, todas as razões podem "assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito".¹⁸⁰ Neste sentido, se um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e toma como fundamento sua prática de decisão, aumenta o risco dos juízos irracionais, porquanto "os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos".¹⁸¹

Consigna Streck que, a ocupação do ambiente de competência dos tribunais, através das concretizações materiais de valores, desincentiva o agir orientado para fins cívicos, convertendo o magistrado e a lei em últimas referências de esperança para indivíduos isolados.¹⁸² Portanto, a crítica a Habermas na interpretação constitucional baseada por valores que escolhe pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, desprezando o sentido vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece fundamentalmente a lógica do poder

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 158.

¹⁷⁸ *Idem.*

¹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, *Op. cit.*, p. 298.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 321.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 321-322.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 158.

econômico e do poder administrativo, vale dizer, "parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas".¹⁸³

Leal assenta que é este o ponto fulcral do diálogo que Habermas propõe no tocante ao pensamento de Dworkin, uma vez que não há valores universais e imutáveis, mormente em sociedades que não detêm tradições e valores historicamente compartilhados. Neste sentido, Habermas preconiza a substituição da moralidade e dos valores preexistentes por um processo comunicativo; "em outras palavras, o pensador alemão pretende substituir a noção de uma nação de cultura por uma nação de cidadãos".¹⁸⁴

Assim sendo, Habermas apresenta um modelo de democracia constitucional que não se condiciona previamente em valores compartilhados ou em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que determinam a formação democrática da opinião e da vontade e que reclamam uma identidade política aportada em uma nação de cidadãos e não em uma nação de cultura.¹⁸⁵ Para Habermas, portanto, ser guardião de uma suposta ordem supra positiva de valores substanciais não deve ser o objetivo dos tribunais constitucionais, uma vez que eles devem velar pela garantia de que a cidadania disponha de "meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução".¹⁸⁶

Neste sentido, Lustosa afirma que

[...] a atuação do Judiciário deve ser ativa no objetivo de resguardar o procedimento democrático e a forma deliberativa da formação política, mas não poderá ser excessiva a ponto de colocá-lo no plano das decisões políticas. Ainda que concorde que as decisões jurídicas possuam elevada carga de racionalidade, o autor [Habermas] defende que isso não é suficiente para justificar a possibilidade para que ele passe a tomar decisões baseadas em valores.¹⁸⁷

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 159.

¹⁸⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 4, n.17, p. 1-225, jul./set. 2004. p. 50. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/606>. Acesso em: 10 jun. 2020.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 158-159.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 160.

¹⁸⁷ LUSTOSA, Helton Kramer. **Jurisdição constitucional e democracia: o controle judicial das escolhas orçamentárias como instrumento de garantia dos direitos prestacionais sociais**. Dissertação (Mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil, Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2010. p. 136. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_Helton-Kramer.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

No terceiro aspecto, a finalidade do tribunal constitucional seria, mormente nos Estados Unidos, "proteger o procedimento democrático da legislação; trata-se da renovação de uma compreensão republicana, portanto não-instrumental, do processo político em seu todo".¹⁸⁸ Assim, para Habermas, a jurisdição constitucional não deve ter o condão de revisar as normas elaboradas democraticamente pelos cidadãos, pois somente "as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito".¹⁸⁹ Isto quer dizer que o sentido do tribunal constitucional é a proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. Com efeito, o tribunal constitucional necessita examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente quando estão em jogo os pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrática.

Corroborando com este terceiro aspecto, Habermas, comentando Ely, entende que "a noção de que os juízes podem inferir amplos direitos e valores morais a partir da Constituição é radicalmente antidemocrática"¹⁹⁰, pois cabe aos magistrados deduzir direitos de natureza processual e não substantiva.¹⁹¹ Para Ely, "o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático".¹⁹²

Habermas afirma que Ely parte da noção de que a constituição americana, em um primeiro plano, regula problemas de organização e de procedimento, não tendo a característica para distinguir e implementar valores fundamentais. Segundo Ely,

[...] nossa Constituição sempre teve o grande objetivo substancial de preservar a liberdade. Não fosse assim, não valeria a pena lutar por ela. Mas a questão que interessa à nossa investigação é como buscarão alcançar tal meta. As principais respostas a essa pergunta, como vimos, são dadas por um conjunto bastante amplo de proteção procedimentais e por um esquema ainda mais elaborado que visa assegurar que, ao se fazerem

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**..., v. 1, *Op. cit.*, p. 299.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 326.

¹⁹⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista. **Sequência**, Florianópolis, n. 65, p. 189-207, dez. 2012. p. 197. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552012000200009&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 10 jul. 2020.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 156.

escolhas substantivas, o processo de decisão estará aberto a todos, em condições de relativa igualdade, e os responsáveis pelas decisões cumprirão o dever de levarem em consideração os interesses de todos os que serão afetados por suas deliberações.¹⁹³

Dito de outra forma, "a substância da constituição não reside em regulamentos materiais e sim formais (tais como, equal protection ou due process)".¹⁹⁴ Neste sentido, num primeiro momento a jurisdição constitucional deve concentrar-se nos procedimentos e normas organizadoras das quais depende o êxito do processo democrático, já que tal precaução tornam intactos os canais de inclusão e formação da opinião e da vontade do cidadão. Desta forma, a visão de Ely privilegia os direitos de comunhão e de participação, uma vez que estes direitos são necessários à formação democrática da vontade.¹⁹⁵

Segundo Habermas, Ely compreende que as classificações desiguais de grupos que devem ter tratamento igual é o resultado de um processo político deformado nas circunstâncias procedimentais democráticas.¹⁹⁶ Portanto, a jurisdição constitucional tem o dever, em uma primeira análise, de atentar-se às condições da gênese democrática das leis,

[...] iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas.¹⁹⁷

Continua, Habermas, afirmando que para Ely a imparcialidade somente é alcançada pelo tribunal constitucional caso este resista ao ímpeto de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais.¹⁹⁸

¹⁹³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança...**, *Op. cit.*, p. 133.

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, *Op. cit.*, p. 327.

¹⁹⁵ *Idem.*

¹⁹⁶ *Idem.*

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 327-328.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 328.

Para Ely, um órgão que não foi eleito, que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política não poderia dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam – sendo esse o problema central do controle de constitucionalidade.¹⁹⁹

A legitimidade do direito, portanto, é sacada da garantia concomitante das autonomias privada e pública, assim como das manifestações das "formas comunicativas", sendo a conexão destes dois pressupostos a "chave da visão procedimental do direito".²⁰⁰ Logo, o modelo de Habermas e Ely pressupõem que a função do juiz é preservar os procedimentos democráticos, não possuindo legitimidade no sentido de alterar as escolhas realizadas, não cabendo "ao juiz definir se esta lei seria justa ou razoável, mas apenas limita-se ao aspecto de produção democrática, jamais avaliando as escolhas".²⁰¹

Consoante Habermas sustenta,

Em um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma compreensão constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático, que ele deve proteger não é descrito como um estado de exceção.²⁰²

Continua Habermas, afirmando que

Quando se entende a Constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexos interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (offensiv) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente.²⁰³

Entretanto, destaca Habermas que, é forçoso desvencilhar o conceito de política deliberativa de sentidos excessivos que colocariam o tribunal constitucional

¹⁹⁹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança...**, *Op. cit.*, p. 8

²⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 2, *Op. cit.*, p. 145.

²⁰¹ LUSTOSA, Helton Kramer. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 136.

²⁰² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia...**, v. 1, *Op. cit.*, p. 345-346.

²⁰³ *Ibidem*, p. 346-347.

sob pressão permanente. Essa idealização advém de um estreitamento ético de discursos políticos, não se conectando, necessariamente, ao conceito de política deliberativa, já que não é convincente sob o enfoque da lógica da argumentação e da defesa de um princípio intersubjetivista.²⁰⁴

2.2 PODER JUDICIÁRIO E A TEORIA SUBSTANCIALISTA DE DWORKIN

Ao lado das teses procedimentalistas, outra corrente doutrinária se formou para valorizar a Constituição como "instrumento vinculante e programático, diretriz e argumento de conservação do Estado Democrático de Direito"²⁰⁵, admitindo que a ligação constitucional com princípios acarreta condições substanciais para o desenvolvimento do Direito, em especial para a legitimação da jurisdição como um todo.

A concepção substancialista enxerga a Constituição sob o ponto de vista de que ela prescreve as condições do agir político-estatal, apresentando normas de caráter diretivo. Trata-se do ingresso do constitucionalismo-dirigente nos ordenamentos dos países após a Segunda Guerra Mundial, onde, com a positivação dos direitos sociais fundamentais, o Poder Judiciário "passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que diz respeito à jurisdição constitucional".²⁰⁶

Um autor que desenvolveu o tema foi Dworkin, que apresentou uma teoria do direito e da interpretação assentada na questão moral. Em sua visão, não é possível separar direito e moral na medida em que valores morais integram o próprio direito, desta maneira os princípios não precisam ser positivados, "não se sujeitando ao reconhecimento da autoridade competente, pois eles não nascem com a legislação".²⁰⁷ Dworkin considera que "a teoria constitucional também é aquela em que os homens têm direito morais contra o Estado".²⁰⁸ Para Dworkin, o tribunal

²⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**..., v. 1, *Op. cit.*, p. 347.

²⁰⁵ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Constituição, poder judiciário*..., *Op. cit.*, p. 19.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**..., p. 124-125.

²⁰⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hening. *Dworkin x Habermas*..., *Op. cit.*, p. 41-42.

²⁰⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. *Constitucionalismo e democracia*..., *Op. cit.*, p. 196.

constitucional possui a obrigação de encarar questões de moralidade política e de isolar esses direitos morais, sem, entretanto, impor sua própria moral ou convicção.²⁰⁹

Neste sentido, as perspectivas morais e valorativas, têm que se fazer presentes por ocasião da interpretação, pois vinculantes para o magistrado na aplicação do direito. Com efeito, Dworkin cria pressupostos interpretativos²¹⁰ com a finalidade de justificar que a interpretação no ramo jurídico é uma atividade criativa, sendo a resposta correta aquela que atribui o melhor sentido à prática social em questão.²¹¹ E, para apresentar a noção de interpretação criativa, Dworkin assemelha o direito à literatura e explica a ideia do direito como integridade lançando mão da metáfora do romance em cadeia:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor forma possível o romance em elaboração [...].²¹²

Note-se que um autor escreve um capítulo de um único livro já iniciado, tornando-se o livro um empreendimento coletivo. Desta forma, cada romancista deve preocupar-se com o que foi escrito anteriormente ao seu capítulo, assim como possibilitar que seu capítulo esteja aberto ao escritor seguinte no intuito de dar prosseguimento ao livro e, neste sentido, deve comprometer-se com o enredo à luz

²⁰⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia..., *Op. cit.*, p. 196.

²¹⁰ Leal consigna que Dworkin identifica três etapas distintas na interpretação "[...] uma primeira, tida como pré-interpretativa, que consiste na *identificação das regras sociais* (embora também aqui se exija uma atitude interpretativa, pois as regras sociais não possuem etiquetas de identificação); a segunda consiste na *justificação da prática* (debate sobre por que esta prática social é válida); e, por fim, a etapa pós-interpretativa, em que o intérprete ajusta o conteúdo da prática social para que ela possa servir à melhor justificação, identificada na etapa anterior." (LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas..., *Op. cit.*, p. 43).

²¹¹ *Idem.*

²¹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: Law's empire. p. 276.

da integridade da obra.²¹³ "O juiz, afinal, atua como crítico, mas também como o autor que dá seguimento à história".²¹⁴

Pugliese acrescenta que Dworkin busca a melhor luz das regras jurídicas, sendo este o cerne de sua metodologia. "Substancialmente, essa exigência normativa decorre dos ideais de justiça (formal e material), da igualdade e da própria integridade".²¹⁵

Leal afirma que a moralidade de que trata Dworkin é uma moralidade racional em que o princípio essencial é o da igualdade, assim, distinguido da moralidade sociológica, significando, pois, o julgamento ser substantivo.²¹⁶ Continua Leal,

Trata-se, portanto, do reconhecimento, por parte de Dworkin, de que as decisões devem ser justificadas desde um ponto de vista moral, o que traz à tona, em parte, a discussão acerca da subjetividade de tais decisões e, conseqüentemente, da (i)legitimidade da atuação dos juízes neste sentido, eis que isto violaria as competências típicas do Legislativo. Uma vez que estas questões são transportadas também para o âmbito da Constituição, tais argumentos passam a ser ainda mais questionados.²¹⁷

O impasse observado é enfrentado por Dworkin quando este estabelece pressupostos aos quais o magistrado está vinculado. Referidos pressupostos tratam de princípios preexistentes, que têm o condão de afastar a atividade discricionária, eis que o juiz desenvolve uma atividade vinculada.²¹⁸ Assim, a forma pela qual os juízes estão proibidos de aplicarem suas próprias convicções morais é o dever que eles possuem de "respeitar a história e a integridade, de produzir decisões que se harmonizem à estrutura da Constituição e às decisões constitucionais passadas, utilizando a metáfora do 'romance em cadeia'".²¹⁹

Neste sentido, Dworkin apresenta sua teoria da integridade (inteireza, completude) que está relacionada a um duplo princípio: um princípio legislativo e um

²¹³ PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporâneo**: uma análise de teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 86.

²¹⁴ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 108.

²¹⁵ *Idem*.

²¹⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas..., *Op. cit.*, p. 44.

²¹⁷ *Idem*.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 45.

²¹⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia..., *Op. cit.*, p. 196.

princípio jurisdicional. No princípio jurisdicional, está clara a aceção de que os argumentos de uma decisão judicial devem ser elaborados com fulcro no conjunto do direito, e essa premissa resulta da necessidade de se negar certas manifestações do direito, "constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas".²²⁰

"A decisão judicial será limitada estruturalmente pelo sistema de princípios, mas estes não podem ser vistos de maneira estática"²²¹, o que inviabiliza a decisão judicial discricionária, posto que há no próprio sistema de Direito razões para se decidir. Neste sentido, uma decisão judicial nunca deve se fundamentar num argumento de política para "não ultrapassar a sua competência e ferir os ideais democráticos", mas sim num argumento de princípio.²²² Assim, "o Direito como integridade nada mais é que uma concepção interpretativa do Direito que se diferencia das concepções do convencionalismo e do pragmatismo por basear-se no princípio da integridade".²²³ Para Dworkin: "Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade".²²⁴

Entende-se o direito como integridade como um enfoque que permite ao cidadão uma atitude ativa frente ao direito. O direito deve ser tomado como um dado interpretativo que colabore na construção da tarefa coletiva de justificação e crítica

²²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, abr. 2016. p. 2. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 10 fev. 2020.

²²¹ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 16, n. 23, p. 367-391, 2012. p. 388. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/572>. Acesso em: 10 jun. 2020.

²²² *Ibidem*, p. 389.

²²³ LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de. **O direito como integridade em Dworkin**: uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2006. p. 44. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/7485>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, *Op. cit.*, p. 272.

das decisões públicas.²²⁵ Tal conduta, entretanto, não representa a quebra do sistema democrático, "mas sim a vinculação do atendimento de alguns direitos fundamentais como pré-condição essencial da democracia, com o fim de balizar as decisões estatais"²²⁶, o que significa que, dada a incompletude do regime democrático cabe ao juiz aperfeiçoá-lo, de modo que as decisões judiciais substanciais o completem.²²⁷

Neste sentido, a integridade no direito está radicalmente conectada à democracia, obrigando os magistrados a construírem seus argumentos visando à integração com o conjunto do direito.²²⁸ Assim, o direito como integridade é um produto de interpretação da prática e da fonte de inspiração.²²⁹ Deste modo, o direito como integridade tem seu início na concepção interpretativa e abrange como prática jurídica a narrativa jurídica conectada pela integridade, sendo pressuposto da interpretação o olhar para o passado e para o futuro.²³⁰

A teoria da integridade "exige que os juízes, na medida do possível, considerem ser o Direito estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal" devendo aplicá-los aos novos casos.²³¹

Conforme Dworkin

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível [com] essa estrutura e esse repositório complexos.²³²

Para Leal, é neste aspecto que reside uma das maiores contribuições de Dworkin, porquanto a discussão sobre o papel e os limites da jurisdição constitucional

²²⁵ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridade em Dworkin. **Doxa cuadernos de filosofia del Derecho**, Alicante, v. 12. p. 155-176, 1992. p. 168. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiv5luUqJPraAhVmKLkGHVKA28QFjACegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.cervantesvirtual.com%2FdescargaPdf%2Fel-concepto-de-integridad-en-dworkin-0%2F&usq=AOvVaw0Gkn8WXFdDEtsSGoAF_Jz4. Acesso em: 15 jul. 2020.

²²⁶ LUSTOSA, Helton Kramer. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 1472.

²²⁷ *Ibidem*, p. 142.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios..., *Op. cit.*, p. 83.

²²⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, *Op. cit.*, p. 273.

²³⁰ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**, *Op. cit.*, p. 107.

²³¹ LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de. **O direito como...**, *Op. cit.*, p. 45.

²³² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, *Op. cit.*, p. 305.

não pode se desvencilhar de uma teoria da democracia, "isto é, de uma construção daquilo que se entende como sendo seus pressupostos e atributos essenciais".²³³

Continua, Leal asseverando que

Segundo Dworkin, nem sempre a premissa da maioria deve governar, uma vez que os participantes destas deliberações podem vir a agir movidos por interesses privados e egoístas, negando as premissas maiores da igualdade e da integridade [...]. É nestas circunstâncias, por sua vez, que a função do controle de constitucionalidade se torna essencial, ao assegurar a garantia dos direitos fundamentais contra maiorias eventuais.²³⁴

Pulido afirma que, para Dworkin, não parece plausível considerar que as deliberações parlamentares constituam a matriz da interpretação constitucionalmente correta dos direitos fundamentais, uma vez que os participantes desta arena deliberativa são movidos por interesses particulares. Continua, Pulido, consignando que os direitos fundamentais são limites dos procedimentos democráticos e regra básica à preservação da estrutura social.²³⁵ Portanto, "debe considerarse que ninguna decisión mayoritaria puede invalidar la esfera de las libertades proclamadas por la Constitución y que si alguna incurre en esta transgresión, debe ser invalidada por el Juez Constitucional".²³⁶

Uma sociedade, ainda que a maioria tenha prevalecido na tomada da decisão, não é verdadeiramente democrática sem observar os interesses da minoria e, a partir dessa consideração, Dworkin conclui a defesa da democracia constitucional e da necessária e legítima função contramajoritária da jurisdição constitucional. É somente a partir dessa constatação que "torna-se possível dar uma adequada justificação moral, e política, para o Estado Democrático: a igual consideração e respeito de todos".²³⁷

Para Dworkin, o juiz constitucional é uma espécie de defensor dos direitos fundamentais e das minorias contra a vontade geral, expressada nas posições dos

²³³ LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas..., *Op. cit.*, p. 47.

²³⁴ *Idem.*

²³⁵ PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. Livro eletrônico.

²³⁶ *Idem.*

²³⁷ RADKE, Rafael Wagner. **Jurisdição constitucional**: entre substancialismo e processualismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 92-93.

parlamentares. Assim, Dworkin considera que a lógica regida no parlamento e na jurisdição constitucional é diferente.²³⁸

Segundo Pulido,

Las decisiones de uno y outro poder del Estado se rigen por lógicas distintas. Mientras el contenido de las leyes es el produto de la aplicación de la regla de la mayoría, el resultado de las sentencias del Juez Constitucional está determinado por la lógica de los derechos fundamentales.²³⁹

Aqui, novamente, não se pode afirmar que Dworkin quebra com a regra democrática, na medida em que o controle jurisdicional representa uma condição de possibilidade para alcançar uma verdadeira democracia, "no concebida em um sentido estadístico como el gobierno de la mitad más uno, sino em um sentido comunitário".²⁴⁰

Streck afirma que o posicionamento substancialista preconiza que o Judiciário deve assumir o papel de um intérprete que considera, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita do direito positivo, mormente nos textos constitucionais e nos princípios selecionados como de valor permanente da comunidade de origem, ou seja, não se trata somente de equilibrar e harmonizar os demais Poderes, "coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política".²⁴¹

Para Kozicki e Barbosa, a tese substancialista admite valores contidos na Constituição que devem ser respeitados não somente pelos cidadãos, mas também pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que este último deve fiscalizar os demais Poderes "em razão de sua conformidade aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais previstos na Constituição".²⁴²

Dworkin apresenta outro argumento a favor da legitimidade dos tribunais ao afirmar que no regime democrático não há uma igualdade genuína de poder

²³⁸ PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **El principio de...**, *Op. cit.*, livro eletrônico.

²³⁹ *Idem.*

²⁴⁰ *Idem.*

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 162-163.

²⁴² KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, n. 56, p. 151-176, jun. 2008. p. 163. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/47426893_Jurisdição_Constitucional_brasileira_entre_Constitucionalismo_e_Democracia/link/0ff11fa0cf2b20ef07598a5/download. Acesso em: 10 jun. 2020.

político, razão pela qual existem indivíduos destituídos de privilégios (ausência de representatividade), enquanto outros recebem poder político.²⁴³

Segundo Dworkin,

Essas imperfeições no caráter igualitário da democracia são bem conhecidas e, talvez, parcialmente irreversíveis. Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais do que outros apenas porque têm mais a perder. Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional.²⁴⁴

É importante ressaltar que o acesso ao legislativo é mais restrito do que o acesso ao Poder Judiciário, de forma que essa distribuição do poder político, vale dizer, do exercício da participação política, poderia ser mais valioso aos pobres.²⁴⁵ Assim sendo, não há por que pensar que a transferência de decisões sobre o direito, do Legislativo ao Judiciário, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político.²⁴⁶

Continua Leal,

O processo e a jurisdição constituir-se-iam, por conseguinte, em um novo espaço de cidadania. Para tanto, porém, o processo precisaria ser visto sob uma nova perspectiva, isto é, enquanto uma nova instância reservada ao indivíduo no exercício de suas prerrogativas de cidadania.²⁴⁷

Em razão dessa insuficiência substantiva do critério majoritário manifestar o ideal democrático, Dworkin estabelece condições democráticas que possibilitarão a participação moral dos cidadãos numa comunidade política. Essa participação moral deverá ser fundada nas premissas dos princípios do autogoverno e da igual consideração e respeito, cuja inobservância não torna possível pensar em democracia. Analisa, assim, Dworkin a concepção majoritária "no contexto de um sistema de

²⁴³ LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas..., *Op. cit.*, p. 48.

²⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *A matter of principle*. p. 31.

²⁴⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas..., *Op. cit.*, p. 48.

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, *Op. cit.*, p. 32.

²⁴⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas..., *Op. cit.*, p. 49.

governo representativo, fundadas nos ideais de igualdade política de influência e de impacto de todos os cidadãos".²⁴⁸ Nas palavras de Dworkin,

[...] podemos considerar que a igualdade política significa algo muito diferente: que nenhum cidadão adulto tenha um impacto político menor que o de qualquer outro cidadão por razões que comprometam sua dignidade – razões que tratem sua vida como se ela merecesse menos consideração ou tratem suas opiniões como se fossem menos dignas de respeito.²⁴⁹

Essa constatação revela que a igualdade política é uma questão de atitude e não de simples matemática. E mais, a comunidade é exigida a distribuir o poder político de forma a que as pessoas sejam tratadas como iguais e não necessariamente de modo igual.²⁵⁰

Portanto, essa concepção de Dworkin sobre democracia, tendo como pano de fundo os princípios que a estruturam, intimamente interligadas por concepções substantivas de legitimidade e igualdade, superam entendimentos meramente formais e apresentam a ideia de legitimidade da revisão judicial, "principalmente por resguardar a independência ética e a responsabilidade moral das minorias, garantindo sua autoridade moral e seu autogoverno, enquanto liberdade positiva".²⁵¹

Assim, "existem direitos fundamentais que representam valores mínimos escolhidos pelo povo no momento constituinte que devem ser protegidos inclusive contra maiorias eventuais".²⁵² Neste sentido, a decisão judicial das cortes constitucionais apresenta-se legítima em função de seu conteúdo, segundo Medeiros,

²⁴⁸ MEDEIROS, Marcus Vinícius de. **A decisão judicial e o problema da discricionariedade: contribuições crítico-teóricas a partir de Ronald Dworkin e em Jürgen Habermas para a articulação de uma resposta substancialista.** Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Pós-Graduação em Direito, Natal, 2019. p. 162-163. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/28149>. Acesso em: 10 jul. 2020.

²⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Título original: Justice for hedgehogs. p. 593.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 593-594.

²⁵¹ MEDEIROS, Marcus Vinícius de. **A decisão judicial...**, *Op. cit.*, p. 164.

²⁵² KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 163.

[...] à medida que garante direitos, assegura o usufruto de liberdades, encontra a resposta mais adequada para a resolução desses conflitos, coincidindo com a melhor expressão dos argumentos da moralidade política, afirma-se seu conteúdo democrático, e, por isso, fica demonstrada sua legitimidade.²⁵³

Em arremate, Ribeiro e Czelusniak observam que o modelo substancialista apresenta o Poder Judiciário inserido em uma nova relação dos poderes do Estado, transcendendo as funções de checks and balances, para garantir uma função intervencionista "agindo em várias frentes na garantia dos direitos fundamentais".²⁵⁴

2.3 PODER JUDICIÁRIO E CONSTITUIÇÃO

Os ensaios e os embates realizados entre as teorias procedimentalistas e substancialistas de modelo de jurisdição constitucional acabaram por estabelecer um argumento judicial ao controle de constitucionalidade.²⁵⁵ Referidas correntes doutrinárias buscaram compreender e instituir um equilíbrio entre a democracia, no sentido de estabelecer uma forma de incluir os sujeitos de direito nas discussões políticas e o constitucionalismo, "como um regulamentador que instituiu os procedimentos que devem ser observados nesta inclusão".²⁵⁶

Mesmo que esse modelo de jurisdição, em especial de jurisdição constitucional, seja aceito pelas correntes procedimentalistas e substancialistas, a forma de atuação não possui o mesmo consenso, havendo discussão quanto a legitimidade da atuação do Poder Judiciário. Dito de outra forma, a questão da jurisdição constitucional revolve as imbricações entre o direito e a democracia, tendo em vista que o debate da jurisdição "teve seu foco deslocado, não para o quem, mas sim, para o como essa discussão seria travada".²⁵⁷

Para Radke, a teoria da separação dos poderes de Montesquieu está superada, uma vez que o Estado Democrático de Direito ressignificou a separação

²⁵³ MEDEIROS, Marcus Vinícius de. **A decisão judicial...**, *Op. cit.*, p. 167.

²⁵⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. **Constitucionalismo e democracia...**, *Op. cit.*, p. 200.

²⁵⁵ RADKE, Rafael Wagner. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 72.

²⁵⁶ PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. **O casamento homoafetivo...**, *Op. cit.*, p. 1159-1160.

²⁵⁷ RADKE, Rafael Wagner. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 72.

dos poderes para uma divisão dos poderes, "na qual a palavra poder significa distribuição".²⁵⁸ Assim, o paradigma adequado da discussão voltou-se para o Estado Democrático de Direito e a divisão dos poderes.²⁵⁹

Clève e Lorenzetto observam que, embora a teoria de Montesquieu da separação de poderes tenha se constituído em um avanço, ela vem sendo refinada e testada perante uma realidade "na qual as instituições de governo passaram a adquirir funções híbridas e múltiplas, como forma de responder ao aumento da complexidade do mundo social".²⁶⁰

Discorrem, Clève e Lorenzetto, manifestando-se sobre o tema, que a separação de poderes teve contornos distintos nos diversos países em que a referida teoria foi recepcionada: na França predominou a perspectiva mecanicista e a recusa da fiscalização constitucional; nos Estados Unidos, dito princípio alcançou um sentido "coordenador", de pesos e contrapesos, admitindo o controle de constitucionalidade.²⁶¹

Concluem, os acima referidos autores, que:

Pensa-se, por isso, na contemporânea questão dos desenhos institucionais e não mais na simples replicação da fórmula da tripartição de poderes. A criação de novas instâncias de poder não pode ser feita de maneira inadvertida sobre sua estrutura e suas diretrizes normativas, ou seja, seus poderes dentro do governo e suas finalidades. Ademais, tratar de um poder é também versar sobre seus limites, com a lembrança de que, em termos gerais, se a um poder é conferida determinada competência, aquilo que se espera é que ele venha a exercê-la para justificar sua existência e sua continuidade, mas, além disso, devem-se considerar as possíveis consequências do mau funcionamento de determinada instituição.²⁶²

Neste sentido, Chueri e Godoy consignam que, como a democracia pretende que o povo decida as matérias politicamente relevantes da sua comunidade, essa pretensão inclui os conteúdos da constituição de um país, vale dizer, as regras que

²⁵⁸ RADKE, Rafael Wagner. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 73.

²⁵⁹ *Idem.*

²⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Menezes. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.3, p. 183-206, set./dez. 2015. p. 188. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKÉwjW2NK95qbyAhWqrJUCHXp7DAAQFnoECAQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.scielo.br%2Fpdf%2Fvinc%2Fv2n3%2F2359-5639-rinc-02-03-0183.pdf&usg=AOvVaw0tnqzIEDDT9qjThvD0FQR>. Acesso em: 10 ago. 2021.

²⁶¹ *Idem.*

²⁶² *Idem.*

organizam as instituições do governo e criam limites aos respectivos poderes governamentais. Todavia, constitucionalismo também significa limites à soberania popular; assim, alguns conteúdos da Constituição, da mesma forma, devem ser resguardados do alcance da decisão majoritária ou das deliberações democráticas no sentido da maioria.²⁶³

O crescente fenômeno da judicialização da política no Brasil refletindo tendência do século XX, no dizer de Garapon, constitui-se em um dos mais importantes fatores políticos da contemporaneidade. Diz Garapon que "nada escapa ao controle do Poder judiciário"²⁶⁴, sendo que o "juiz é, doravante, considerado como árbitro dos bons costumes e até mesmo da moralidade política".²⁶⁵

Neste sentido, e contribuindo com posições adredemente contempladas, tem-se que o alargamento das funções do judiciário frente a complexidade social reaviva o debate acerca da jurisdição constitucional entre as correntes procedimentalista e substancialista.

Segundo Pinheiro, Pepino e Coura, os substancialistas observam a necessidade de uma teoria da constituição adequada em países de modernidade tardia de acordo com suas especificidades, assim como uma atuação intervencionista da jurisdição constitucional, com o emprego dos direitos fundamentais. Para os substancialistas, a proposta procedimentalista não seria suficiente, pois relegaria ao Judiciário a tarefa de assegurar, por meio da cidadania, "a prática democrática de formação da vontade e da opinião".²⁶⁶ Assim, os pressupostos da constituição dirigente são importantes, mormente quando as promessas da modernidade (igualdade, justiça social e direitos fundamentais) necessitam de concretização²⁶⁷, o que torna o próprio Judiciário fundamental para o resgate de tais promessas, "onde o acesso à justiça assume um

²⁶³ CHUERI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n.1, p. 159-174, jan./jun. 2010. p. 160. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100009&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso em: 10 jun. 2020.

²⁶⁴ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 20.

²⁶⁵ *Idem*.

²⁶⁶ PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo..., *Op. cit.*, p. 1179.

²⁶⁷ *Idem*.

papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais".²⁶⁸

Segundo Baez e Mozetic, a posição adotada por Streck é compreendida na medida em que o direito tem assumido maior relevância como instrumento de transformação da sociedade, no contexto do Estado Democrático de Direito, em que a Constituição condiciona as relações sociais da comunidade. Esse fenômeno, no ponto de vista de Streck, necessita da aplicação da teoria substancialista da Constituição, em razão de que ela reforça "a Lei Fundamental como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais como valores a serem concretizados".²⁶⁹

Continuam, Baez e Mozetic, afirmando que essa posição coloca em destaque a legitimidade do Poder Judiciário para concretizar a tarefa garantidora da efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que, num país como o Brasil, com evidente insuficiência da efetivação dos direitos fundamentais, não se pode admitir que se relegue ao Poder Judiciário somente o papel de se preocupar com os procedimentos democráticos formadores da vontade política.²⁷⁰

Todavia, alertam, Pinheiro, Pepino e Coura, que os substancialistas não têm a capacidade de reduzir ou mesmo substituir os preceitos da corrente procedimentalista, meramente consideram que, antes da submissão aos procedimentos, deve acontecer o processo hermenêutico. Assim, "antes da primazia pelo pacto democrático e, por conseguinte, da observância dos procedimentos que ela implica – e aqui sem qualquer reducionismo dessa teoria –, deve ocorrer o processo hermenêutico".²⁷¹ Dito de outra forma, não se está a falar na substituição da teoria procedimentalista, porquanto ela é fundamental, inclusive para a concepção da teoria substancialista. O que está a se

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 151.

²⁶⁹ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. Teorias da justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 16, n. 16, p. 48-69, jul./dez. 2014. p. 59. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/20>. Acesso em: 02 fev. 2020.

²⁷⁰ *Idem*.

²⁷¹ PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo..., *Op. cit.*, p. 1180.

dizer é que antes da observância dos procedimentos que implicam na teoria procedimentalista é necessário o procedimento hermenêutico da teoria substancialista.

Neste sentido, os procedimentos democráticos do procedimentalismo possuem grande importância para o substancialismo. Porém, é importante consignar que a realização dos referidos procedimentos consiste somente em uma parcela do regime democrático, "para o qual se faz imprescindível que a própria gênese seja efetivamente democrática, o que ultrapassa a esfera dos procedimentos".²⁷² Portanto, é importante consignar que é comum às teorias procedimentalistas e substancialistas a defesa da democracia, dos direitos fundamentais, assim como o núcleo político da Constituição, de maneira a "não admitirem a sua respectiva utilização para justificar a negação dos direitos fundamentais, nem o incentivo à proliferação de decisionismos e de arbitrariedades".²⁷³

Aqui, portanto, apresenta-se o ponto de convergência entre as teorias procedimentalista e substancialista: a defesa da democracia, dos direitos fundamentais e do núcleo político da Constituição, o que resulta na perspectiva de que não se pode admitir, para ambas as teorias, a negação aos direitos fundamentais e o incentivo ao decisionismo e à arbitrariedade.

Segundo Kozicki e Barbosa, em que pese a tensão entre jurisdição constitucional e democracia, é possível afirmar que ambas as teorias, procedimentalista e substancialista, aceitam "a proteção dos direitos fundamentais como garantia do próprio processo democrático"²⁷⁴, eis que, sem sua garantia não seria possível a satisfação dos direitos individuais e de igualdade de participação política, "necessários à existência de um processo democrático de discussão e deliberação".²⁷⁵

Lustosa afirma que, embora Dworkin seja contrário a tese de Habermas, isso não significa dizer que Dworkin rejeita os procedimentos democráticos preestabelecidos por Habermas, uma vez que aquele argumenta que os debates jurídicos não devem se voltar primordialmente sobre a forma, mas a respeito da justiça da decisão sob a

²⁷² PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo..., *Op. cit.*, p. 1180.

²⁷³ *Ibidem*, p. 1181.

²⁷⁴ KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional..., *Op. cit.*, p. 173.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 174.

ótica dos valores substanciais. Neste sentido, o Judiciário tem o encargo de funcionar como guardião dos direitos fundamentais, "sendo que a expansão da Jurisdição Constitucional é vista como a evolução natural da própria democracia e como uma exigência da construção do Estado Democrático de Direito".²⁷⁶

Leal defende a ideia de que ambas as teorias, procedimentalista e substancialista, são fundamentais e imprescindíveis, devendo ser percebidas como vinculadas e interdependentes entre si na medida em que a jurisdição constitucional precisa resgatar "as possibilidades de atuação democrática e emancipadora das partes, bem como o enfrentamento de posicionamentos divergentes (discursos, comunicação)"²⁷⁷ sem se descuidar das características valorativas que "marcam o modelo do Estado Democrático de Direito, registrados nos princípios que integram a Constituição".²⁷⁸ Assim, segundo Leal, o processo deve se constituir como um "novo locus" de exercício da cidadania, orientado pela ação ativa e efetiva dos indivíduos, conectado com os valores que norteiam a sociedade, pois "não há democracia sem conteúdo, assim como também não há conteúdo que possa prescindir do procedimento".²⁷⁹

Para Ribeiro e Czelusniak, os substancialistas reconhecem a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, especialmente, quando se efetivam os direitos fundamentais. No entanto, a arena legislativa é de suma importância como via principal de discussão das questões que interessam à sociedade, consolidando a democracia no debate dos princípios e valores da comunidade, uma vez que não se pode "delegar tudo ao Poder Judiciário, como forma de órgão de discussão único, responsável pela última palavra sempre".²⁸⁰ Contudo, como ficou evidenciado, o caminho escolhido para alcançar a coexistência do princípio democrático e do constitucionalismo são distintos para as teorias procedimentalista e substancialista,

²⁷⁶ LUSTOSA, Helton Kramer. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 145.

²⁷⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas..., *Op. cit.*, p. 55.

²⁷⁸ *Idem.*

²⁷⁹ *Idem.*

²⁸⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia..., *Op. cit.*, p. 206.

na medida em que uma tende a justificar essencialmente a participação democrática nas decisões e a outra sustenta a atuação interventiva do Judiciário.²⁸¹

Importante constatação é realizada por Sarmento quando afirma que a legitimidade das decisões judiciais não advém da sua aprovação popular, "mas da sua efetiva correspondência à ordem jurídica".²⁸² Sustenta Sarmento que uma teoria da jurisdição constitucional deve se fundamentar em premissas empíricas razoáveis e não em abstrações contra fácticas. Neste sentido, Sarmento rechaça a ideia do Juiz Hércules de Dworkin, pois, em seu entendimento, no julgamento de casos difíceis, ao juiz não é permitido orientar-se em aprofundadas discussões morais e filosóficas. Compreende Sarmento, ao considerar a grande crise da democracia representativa brasileira, que a lei, fora dos moldes do preconizado por Rousseau, não encarna a "vontade geral" do povo. Assim, "uma boa teoria não deve mistificar nem o Judiciário, nem a lei".²⁸³

Para Sarmento, embora haja variações entre os procedimentalistas, essa teoria tem em comum a visão de que o papel da jurisdição constitucional é resguardar os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, vale dizer, não se trata de tutelar valores substantivos, já que essa tutela caberia exclusivamente às instâncias que representam o povo. No entanto, o aludido autor afirma que, a teoria procedimentalista não se enquadra na Constituição brasileira que é profundamente substantiva no sentido de que consagra abundantemente valores materiais. Assim, para Sarmento, a teoria procedimentalista lastreia-se em fundamentos teóricos incompatíveis com a Constituição de 1988.²⁸⁴

Sustenta Sarmento que

[...] é preciso estabelecer balizas firmes para o Judiciário, ligadas sobretudo: (a) ao emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente, não só para aperfeiçoar as decisões, como também para evitar que elas sejam vistas pela sociedade como o fruto exclusivo dos caprichos e das predileções dos seus prolores; (b) à democratização do próprio exercício da jurisdição constitucional, com a abertura do seu

²⁸¹ PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo..., *Op. cit.*, p. 1180.

²⁸² SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 191.

²⁸³ *Ibidem*, p. 193.

²⁸⁴ *Idem*.

procedimento à participação efetiva de novos atores sociais, através de medidas como fortalecimento do papel dos amici curiae e a realização mais frequente de audiências públicas; e (c) à adoção, pelos juízes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões pelos demais poderes, em razão do seu lastro democrático-eleitoral.²⁸⁵

No mesmo sentido se posicionam Kozicki e Barbosa que sustentam que a Constituição brasileira é uma constituição de valores, selecionados pela sociedade no momento constituinte e destacados à categoria de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.²⁸⁶ E, levando-se em consideração que o Brasil é um país de modernidade tardia, a proposta procedimental de "relegar ao Judiciário a tarefa de assegurar a prática democrática de formação da vontade e da opinião pública, por meio da cidadania, não é suficiente".²⁸⁷

Conforme preceitua Clève,

Não podemos compreender uma Constituição de maneira ideal, com uma espécie de ordenação da liberdade, nem como corpo normativo dessubstancializado ou apenas como regra matriz do ordenamento jurídico. Afinal, cremos que uma Constituição não pode comportar qualquer conteúdo. Uma Constituição só é Constituição quando estabelece regras do jogo, impõe limites e transporta certa mensagem de natureza libertária.²⁸⁸

Portanto, os pressupostos da constituição dirigente são importantes, mormente quando as promessas da modernidade – de igualdade, justiça social e garantia dos direitos fundamentais, positivadas na Constituição de 1988 – ainda necessitem de concretização, o que exige a adoção da teoria substancialista para justificar a jurisdição constitucional e os direitos fundamentais.²⁸⁹

Se no Estado Liberal a atividade judicial reduz-se à subsunção do fato à norma, fundamentando-se na concepção literal de interpretação, ante a eleição da lei como

²⁸⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional..., *Op. cit.*, p. 194.

²⁸⁶ KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional..., *Op. cit.*, p. 173.

²⁸⁷ PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo..., *Op. cit.*, p. 1179.

²⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. In: **A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário**, n. 20, 1999. p. 209.

²⁸⁹ PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo..., *Op. cit.*, p. 1180.

ordem geral e abstrata e caracterizando-se pela mínima intervenção na esfera do indivíduo; no Estado Social, ao se positivarem princípios de direitos fundamentais, acrescenta-se à atividade judicial um conteúdo social/político. E, neste contexto, apresenta-se o Estado Democrático de Direito que assimilou as premissas dos Estados Liberal e Social, mas tentou estabelecer uma ruptura com a ordem estabelecida, onde se concebe a lei como instrumento de transformação social, com a aplicação e a interpretação dos direitos fundamentais positivados nas Constituições nacionais.

Assim, no Estado Democrático de Direito surge uma inevitável tensão do paradigma da modernidade entre democracia e jurisdição constitucional ou constitucionalismo, como apontam Pinheiro, Pepino e Coura, no sentido de ausência de identificação entre os preceitos constitucionais e a vontade do povo.²⁹⁰

Em resumo, na perspectiva de conceder legitimidade à jurisdição constitucional se apresentaram as teorias procedimentalistas, com marco teórico em Jürgen Habermas e John Hart Ely, que sustentam que o papel do Poder Judiciário é o da proteção dos pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia.²⁹¹ A ideia central é a de que os tribunais constitucionais não são guardiões de uma ordem supra positiva de valores substanciais, mas são protetores do procedimento democrático da legislação, vale dizer, a legitimidade do Poder Judiciário está vinculada com as condições processuais da formação democrática das leis. Assim, a "chave da visão procedimental do direito" está na conexão da garantia entre autonomias privadas e públicas, como manifestação das formas comunicativas, para Habermas; e, para Ely, está na compreensão de que as classificações desiguais de grupos que devem ter tratamento igual é o resultado de um processo político alijado nas circunstâncias procedimentais democráticas, privilegiando os direitos de comunhão e de participação que são necessários à formação democrática da vontade.

De outro lado, a teoria substancialista, esposada por Ronald Dworkin, concede legitimidade na jurisdição constitucional em nome da garantia e promoção de valores substantivos presentes na Constituição.²⁹² Na visão substancialista, o

²⁹⁰ PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo..., *Op. cit.*, p. 1179.

²⁹¹ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional..., *Op. cit.*, p. 193-194.

²⁹² *Ibidem*, p. 194-195.

procedimentalismo seria insuficiente, já que relega ao Judiciário a tarefa de garantir a prática democrática de formação de opinião e vontade. Assim sendo, a discussão sobre o papel e os limites da jurisdição constitucional está intrinsecamente ligada a teoria da democracia, no sentido de se realizar uma construção do que se entende como sendo seus pressupostos e atributos essenciais (perspectiva moral e valorativa).

O substancialismo não rejeita e nem reduz o procedimentalismo, porquanto o que o substancialismo pretende é que antes de se observarem os procedimentos que implicam no pacto democrático, ocorra o processo hermenêutico. E mais, a jurisdição constitucional tem o precípua papel de resgate da atuação democrática e emancipadora das partes, sem descuidar das características valorativas da Constituição.

A questão que exsurge no contexto brasileiro é de um déficit de igualdade, de justiça social e de garantia de direitos fundamentais o que torna evidente a necessidade de concretização desses valores. Neste sentido, a proposta procedimentalista é realmente insuficiente, pois a concretização dessas promessas somente será verificada com a construção dos pilares do Estado Social no contexto brasileiro por meio dos valores da Constituição.

A tensão verificada entre o voluntarismo e a legitimidade judicial, fenômeno recorrente no sistema jurídico mundial, inclusive no Brasil, leva o presente estudo a enveredar pelo caminho exposto na sequência, no capítulo 3.

3 TENSÃO ENTRE VOLUNTARISMO E LEGITIMIDADE JUDICIAL

A história do Supremo Tribunal Federal, de certo modo, acompanha o trilhar do desenvolvimento histórico do Brasil, haja vista sua criação, logo após a independência, sob a denominação de Supremo Tribunal de Justiça. A partir da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, inaugurou-se o chamado constitucionalismo democrático brasileiro, recorte utilizado nas reflexões desta dissertação.²⁹³

A Constituição de 1988, com seu novo texto e fundamento de validade, com todas as implicações materiais e formais, provocou uma ruptura paradigmática no direito brasileiro – seja pela oposição ao regime autoritário, seja pelos compromissos estabelecidos pelos constituintes, seja, ainda, em face da nova relação que se estabeleceu entre Sociedade e Estado.²⁹⁴

Verdadeiro marco de abertura à redemocratização, a Constituição brasileira inaugurou um novo modelo de Estado, voltado à modernidade, para cuja concretização fez-se necessária uma mudança do perfil dos juristas, que precisaram enfrentar anos de (re)construção do horizonte axiológico, que determinava toda a legislação infraconstitucional, além da (de)formação dos juristas, por vezes refratários às prescrições constitucionais.²⁹⁵

A centralidade do Supremo Tribunal Federal, e por que não dizer, do Poder Judiciário como um todo, na tomada de decisões sobre grandes questões nacionais, vêm sendo alvo de críticas e, no dizer de Barroso, estão a demonstrar a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, o que no caso brasileiro torna-se especial pela extensão e volume.²⁹⁶

Sob o título de "A Judicialização da Vida", Barroso descreve que questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgão do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais – o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Por consequência, a judicialização envolve uma transferência de

²⁹³ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 53, p. 151, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 12 dez. 2021.

²⁹⁴ *Idem*.

²⁹⁵ BARROZO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo..., *Op. cit.*, p. 24-25.

²⁹⁶ *Idem*.

poder para os juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Observa Barroso que esse fenômeno expressa uma tendência mundial que, em nosso caso, encontra-se favorecido pelo modelo institucional: (i) de redemocratização do país, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade; (ii) de constitucionalização abrangente, pois trouxe para o texto constitucional inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária – "constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito"²⁹⁷; e (iii) o controle de constitucionalidade, que permite que qualquer questão, política ou moralmente relevante, possa ser levada ao Supremo Tribunal Federal.²⁹⁸

Constata Barroso que a judicialização existente não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica do Supremo Tribunal Constitucional brasileiro, mas como uma decorrência do desenho institucional adotado.²⁹⁹

Assim, reitera-se que, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (juriscentrismo).³⁰⁰

Já o ativismo judicial é uma atitude, uma maneira específica e proativa de interpretar a Constituição, ampliando o seu sentido e alcance. Geralmente o ativismo judicial "se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo

²⁹⁷ BARROZO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo..., *Op. cit.*, p. 24.

²⁹⁸ *Idem*. Esclarece-se, Barroso, citando Mendes, que "o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo". Continua, Barroso, consignando que "Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao STF. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF". (*Ibidem*, p. 25).

²⁹⁹ *Idem*.

³⁰⁰ *Idem*.

descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva".³⁰¹

Constata Barroso que o Judiciário, no Brasil, em determinadas situações, tem adotado postura claramente ativista. Colacionam-se casos, na visão de Barroso, de patente e ostensiva violação da Constituição: o da fidelidade partidária.³⁰² O Supremo Tribunal Federal, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Gera-se, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das explicitamente previstas no texto constitucional. Postura idêntica aparece no julgamento do feito que tratou da extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a publicação de súmula vinculante após o julgamento de um único caso, em que a decisão do Supremo Tribunal Federal assumiu uma "conotação quase-normativa". O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional.³⁰³

Outro exemplo, citado por Barroso, de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Congresso, o "caso da verticalização". O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência – incomum na maior parte das democracias – de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o status de cláusula pétrea.³⁰⁴

Por fim, na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, apresentam-se as questões de distribuição de medicamentos e determinação de tratamentos mediante decisão judicial das justiças estadual e federal em todo país; multiplicam-se decisões que condenam a União, Estados e Municípios a custear

³⁰¹ BARROZO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo..., *Op. cit.*, p. 24-25.

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26603 – Distrito Federal**. Relator: Min. Celso de Mello, 04 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2021.

³⁰³ BARROZO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo..., *Op. cit.*, p. 26.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 26-27.

medicamentos e procedimentos que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e Municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.

Para Teixeira, o ativismo judicial possui uma dimensão dupla:

Um juiz ativista, em sentido positivo, atua na busca da proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, na proteção ao menor, assistência aos desamparados etc. A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes.³⁰⁵

Entretanto, ao contrário da visão concebida no Brasil, fundada na ideia de que o ativismo judicial é uma tendência mundial, que se coloca pela dificuldade de se estabelecer limites entre política e direito, há que se perceber a gravidade do problema que tal comportamento – de ultrapassar os limites estabelecidos para o exercício do poder distribuído pela Constituição – gera às jovens democracias constitucionais.³⁰⁶

Trindade e Oliveira acrescentam que o ativismo brasileiro é assinalado pela "absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade do ordenamento jurídico".³⁰⁷

A realização de justiça pretendida pelo voluntarismo, visando à concretização dos direitos fundamentais, pode transformar o poder decisório no autoritarismo judicial³⁰⁸, inviabilizando o controle das decisões e, de consequência, afetando a legitimidade das decisões judiciais.

³⁰⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012. p. 48-49.

³⁰⁶ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016. p. 764. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 02 jan. 2022.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 765.

³⁰⁸ Pensamento em conformidade com o expressado por Maliska e Humenhuk, no artigo Autoritarismo Judicial. (MALISKA, Marcos Augusto; HUMENHUK, Howerstton. Autoritarismo Judicial. In: LARA, Caio Augusto Souza; MARIN, Eriberto Francisco Bevilaqua; LEME, Fernando Lobo Lemes (Org.). **Constituição e democracia I**. Florianópolis, CONPEDI, 2019. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/4i7b4v4v>. Acesso em: 12 mar. 2021).

Streck nos adverte: "controlar as decisões judiciais é uma questão de democracia, o que não implica 'proibição de interpretar'..."³⁰⁹ Assim, se o direito é composto por regras e princípios, guiados por uma constituição, afirmar que os textos jurídicos suscitam dúvidas por suas vagezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais 'abertos' em termos de possibilidades de significado, não é prática nova, uma vez que até mesmo os setores mais atrasados da dogmática jurídica já se aperceberam desse fenômeno.³¹⁰

A discricionariedade criticada por Streck é a que converte os juízes em legisladores, e, para além disso, esse "poder discricionário" propicia a "criação" do próprio objeto de "conhecimento", típica manifestação do positivismo. As coisas ficam reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à dependência de um protagonista (intérprete lato sensu).³¹¹

Se não é possível definir se as interpretações são boas ou más, imprescindível é se determinar qual a instituição mais competente para tomar decisões. A questão, há tempos, não mais se limita a definir "como devem decidir os juízes", impende-se também a definição de como a decisão pode ser reconhecida como legítima, diante da comunidade política.³¹²

Consoante Cademartori e Strapazzon,

A legitimidade da democracia constitucional brasileira atual decorre não só dos procedimentos eleitorais competitivos e inclusivos e das suas regras eletivas. Advém, sobretudo, da responsabilidade às expectativas normativas e representativas emanadas de um ordenamento constitucional complexo e compromissório. [...] A atuação judicial que concretiza expectativas normativas fundamentais (garantias primárias), quando provocada por institutos jurídicos garantidores (garantias secundárias) criados pelo sistema constitucional positivo, e desde que não institua soluções retrocessivas em matérias de

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*, p. 102.

³¹⁰ *Idem.*

³¹¹ *Ibidem*, p. 102-103.

³¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691>. Acesso em: 10 ago. 2021. p. 161-162.

direitos humanos, não afronta a legitimidade do Estado Constitucional Democrático, nem a representatividade do Poder Legislativo; bem ao contrário, decorre dela e a fortalece na medida em que assegura responsividade a todo o sistema republicano.³¹³

A preocupação com a legitimação se coloca em harmonia com o novo modelo estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, no qual o direito assume a tarefa de transformação e não apenas de estabilização das relações sociais. A constituição passa a ser fonte legitimadora das relações intersubjetivas e impulsiona o processo de "re-fundação" da sociedade. "A constituição é, finalmente, o resultado de sua interpretação, uma vez que uma coisa só é (algo, uma coisa) na medida em que é interpretada (porque compreendida 'como' algo)".³¹⁴

Importante consideração é feita por Delgado ao afirmar que a interpretação "como ato de vontade do intérprete reflete a postura solipsista, que é capaz de rechaçar até mesmo a Constituição, mostrando-se própria do sujeito que se considera proprietário dos sentidos"³¹⁵ revalidando a separação entre razão teórica e razão prática.

Sentenças válidas (construídas sob o fundamento da moralidade) quedam-se ante a possibilidade de se exprimir o mundo pela linguagem e que só através dela, percebida como condição de possibilidade, é que é possível se ter acesso ao mundo.³¹⁶

Para Streck, o modo de ser humano é interpretativo: "o horizonte de sentido é-nos dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão".³¹⁷

³¹³ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 225.

³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional...**, *Op. cit.*, p. 171.

³¹⁵ DELGADO, Ana Paula Teixeira. Perspectivas para a justiça..., *Op. cit.*, p. 242.

³¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 164.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 182.

3.1 VOLUNTARISMO: UM PROBLEMA PARA A JURISDIÇÃO? "ONDE A DISCRICIONARIEDADE COMEÇA, O DIREITO TERMINA"³¹⁸

Os juízes, no andar do tempo, sempre foram vistos como sendo a boca da lei. A crítica do direito sempre admitiu muita discricionariedade, nas incertezas designativas, isto é, na zona de penumbra das leis.³¹⁹ Trata-se de uma crítica decorrente da ruptura entre a questão de fato e a questão de direito, vale dizer, a separação entre facticidade e validade.

Em realidade, sob o pretexto da superação de um positivismo fundado no sistema de regras, surgiram inúmeras teses cujo modelo interpretativo foi calcado em fórmulas e/ou procedimentos, "cuja função é(ra) descobrir os valores presentes (implícita ou explicitamente) no novo direito, 'evado de princípios e com textura aberta".³²⁰

Segundo Streck,

Sob várias roupagens, as diversas teorias ocorrentes fortaleceram o protagonismo judicial, fragilizando sobretudo o papel da doutrina. Em terrae brasilis, esta problemática é facilmente notada no impressionante crescimento de uma cultura jurídica cuja função é reproduzir as decisões tribunalícias. É o império dos enunciados assertóricos que se sobrepõe à reflexão doutrinária. Assim, os reflexos de uma aposta no protagonismo judicial não demorariam a ser sentidos: a doutrina se contenta com "migalhas significativas" ou "restos dos sentidos previamente produzidos pelos tribunais". Com isso, a velha jurisprudência dos conceitos atravessa o rio da história e acaba chegando aos nossos dias paradoxalmente a partir do lugar que era o seu destinatário: as decisões judiciais, ou seja, são elas, agora, que produzem a conceitualização. E com uma agravante: o sacrifício do mundo prático.³²¹

Ao contrário do pensamento de parte expressiva de nossa doutrina, que acolhe a discricionariedade judicial como um elemento do direito, direito e discricionariedade não habitam o mesmo locus, se assim se admitisse a decisão se pautaria por

³¹⁸ A expressão destacada refere-se ao título parcial proferido por ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. **Revista de Processo**, Distrito Federal, v. 41, n. 251, jan. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/download/51903609/ABBOUD-Georges_Discricionariedade-e-penhora.pdf. Acesso em: 02 dez. 2021.

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*, p. 103.

³²⁰ *Ibidem*, p. 103-104.

³²¹ *Ibidem*, p. 104.

critérios não jurídicos, em um ambiente "do antidireito – ainda que se fundamentasse por 'justo'".³²²

O ponto principal não está no exegetismo, no positivismo fático e nem nas teorias de argumentação jurídica, enxergadas como um avançar da retórica e como um modo de "corrigir as insuficiências do direito legislado". O problema dos que procuram resolver a questão de "como se interpreta" e "como se aplica" situa-se no sujeito da modernidade, isto é, no sujeito "da subjetividade assujeitadora". Apenas na modernidade, com o iluminismo é que ocorre a ruptura do objetivismo. A partir daí se fundamenta a explicação na razão do homem e seu subjetivo, não se tratando mais de essência nem se sujeitando a estruturas. No século XX, essa subjetividade foi suplantada pelo "giro linguístico"³²³, onde o fundamento deixa de ser o sujeito, sendo o compreender um existencial da própria condição humana, portanto de dimensão ontológica. O objeto da cisão ocorrida no campo da filosofia trazida pelo giro ontológico-linguístico, onde o fundamento deixou de ser o sujeito. Esse é o busílis da questão.³²⁴

Portanto, para Kremer e Paraguassu quando um determinado julgador fundamenta suas decisões com base no "livre convencimento", ele comete um grave erro, pois acreditar que o sentido da lei está na mente do jurista é uma ideia

³²² ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade..., *Op. cit.*

³²³ Com o giro linguístico acontece uma mudança radical na forma de entender o conhecimento. "Refletindo sobre o ato inicial de nomear, quando o primeiro homem deu o nome a uma árvore ao vê-la pela primeira vez, aquele nome passou a significar alguma coisa em determinado contexto linguístico. Aquela árvore necessariamente não passou a existir porque lhe foi conferida uma denominação, tampouco a sua nomeação estaria vinculada a uma essência ou ideal daquela árvore, mas o nome árvore, em determinado contexto passou a significar algo, uma imagem inconsciente em determinada comunicação intersubjetiva. Destarte, quando se fala a palavra árvore diante de alguém, esse alguém cria uma imagem inconsciente de determinada árvore, baseado em suas memórias acerca daquela representação linguística desde quando ele passou a ter acesso a um mundo linguístico, repleto de significações e interpretações acerca da palavra árvore. [...] A linguagem aqui não é mais um instrumento, mas verdadeiro 'fio condutor' e se torna imperioso observar, sobretudo, que sujeito/objeto-árvore estão inseridos em um contexto linguístico, um mundo linguístico que dita as possibilidades de determinada interlocução e do conhecimento acerca de algo. Ludwig Wittgenstein defendia a ideia de que não existia uma coisa em si, um mundo em si, mas sim um mundo linguístico. Assim a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação e passa a ser condição de possibilidade para a constituição do conhecimento." (LOPES, Tomás Jobin Coutinho. Filosofia metafísica-transcendental, fenomenologia e giro linguístico: reflexões sobre hermenêutica clássica e filosófica. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, v. 20, n. 4256, fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32380>. Acesso em: 02 jan. 2022).

³²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*, p. 104.

equivocada. Isto porque, com a ocupação da filosofia pela linguagem, os sentidos não estão mais nas coisas ou mesmo na mente das pessoas, mas sim na intersubjetividade, vale dizer, "na capacidade de o homem se relacionar com seu semelhante".³²⁵

Continuam as autoras,

Defende-se, assim, que a estrutura jurídica está formada, e não depende das impressões pessoais do juiz de direito. [...] o direito após a influência da Teoria Pura do Direito atingiu um patamar dotado de maior cientificidade e, por essa razão, não é plausível sustentar que o direito é moral, filosofia ou religião [...]. O direito, contudo, não pode ser corrigido diante de cada caso concreto de acordo com as visões religiosas e morais do juiz ou do jurisdicionado.³²⁶

Trindade e Oliveira dissertam que o ativismo judicial brasileiro resulta de todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir das convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos.³²⁷ Acrescentam os autores que "É por isso que todo ativismo pressupõe certo grau de solipsismo e, portanto, não pode ser classificado em bom, ou positivo, e mau, ou nocivo".³²⁸

No entendimento de Trindade e Oliveira,

Tudo isso conduz, mais uma vez, ao problema – já presente em Kelsen – da discricionariedade judicial e, conseqüentemente, da diferença existente entre os atos de "escolher" e "decidir": enquanto o primeiro depende da subjetividade, isto é, das preferências do sujeito; o segundo se dá na intersubjetividade, uma vez que toda decisão é antecipada por algo, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito.³²⁹

Para Streck, "qualquer fórmula hermenêutico-interpretativa solipsista dependerá de um subjetivo individual(ista), como que a reprimin a fonte do positivismo por meio do nominalismo".³³⁰ Está-se diante de rupturas paradigmáticas locais que fundamentam o conhecimento em diferentes períodos da história.³³¹

³²⁵ KREMER, Bianca; PARAGUASSU, Mônica. *Hermenêutica, jurisdição...*, *Op. cit.*, p. 157.

³²⁶ *Idem.*

³²⁷ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *O ativismo judicial...*, *Op. cit.*, p. 765.

³²⁸ *Idem.*

³²⁹ *Idem.*

³³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto...* *Op. cit.*, p. 105.

³³¹ *Idem.*

Assim, suprimir o livre convencimento não equivale à proibição de interpretar. "Não se reproduz sentido nem se o atribui livremente." Streck lembrando Gadamer diz que: "antes de dizer algo sobre o texto deve-se deixar que o texto diga algo".³³²

Há uma incompatibilidade entre o exercício da função jurisdicional com a discricionariedade. "O Judiciário é, pois, o oráculo do Direito, o órgão encarregado de dar a última palavra sobre as interpretações jurídicas. Não compete a ele realizar escolhas sobre indiferentes jurídicos, mas dizer [...] qual é a vontade do Direito"³³³, pois "crer, em uma multiplicidade de respostas, indiferentes juridicamente, é ignorar quão denso é o Direito em sua totalidade e preferir a dimensão de um direito em jogo".³³⁴

Em uma democracia, a decisão judicial não depende de critérios subjetivos, mas "de parâmetros e amarras próprios da democracia constitucional, ou seja: Constituição, lei, precedentes, doutrina, jurisprudência etc."³³⁵ Neste modelo, não interessa o humor, o senso de justiça e outros critérios de índole subjetiva do julgador, "mas sim sua correta interpretação dos diversos elementos jurídicos que detêm normatividade em face das peculiaridades do caso concreto".³³⁶

Conclui, Abboud, afirmando que de nada adianta a Constituição e o processo democrático, se parâmetros extrajurídicos, decorrentes da consciência e vontade do julgador, forem aceitos como critérios para fundamentar o ato de decidir. Portanto, além da perda democrática sofrida pelo cidadão que teria sua pretensão judicial julgada com base na discricionariedade do magistrado, também lhe seria negada a verificabilidade democrática de avaliar qualitativamente a decisão jurídica, uma vez que tal contexto discricionário permite uma variedade de respostas corretas para o mesmo caso jurídico, contraditórias entre si.³³⁷

³³² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*, p. 105.

³³³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018. p. 158-159. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/F66fxBT8QWWWhKVQ7QyVm9Gn/?lang=pt>. Acesso em: 02 dez. 2021.

³³⁴ COSTA, Cesar Augusto Nardelli. Perspectivas para a interpretação constitucionalista: a contribuição da hermenêutica filosófica na atualização crítica do direito. **Direito Público**, v. 8, n. 39, p. 29-68, maio/jun. 2011. p. 60. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1933>. Acesso em: 02 out. 2021.

³³⁵ ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade..., *Op. cit.*

³³⁶ *Idem.*

³³⁷ *Idem.*

A aposta na discricionariedade, de Kelsen e Hart, tinha o objetivo de "resolver" um problema de difícil solução, representado pela razão prática "equivocada de solipsismo" (afinal, o sujeito da modernidade sempre se apresentou 'consciente-de-si-e-de-sua-certeza-pensante')"³³⁸, e de reafirmar o modelo de regra do positivismo, no âmago do qual os princípios gerais do direito (valores), mostravam-se como instrumentos para a confirmação desse "fechamento".³³⁹

Sob o pretexto de os juízes não serem mais a boca da lei, os princípios passaram a ser o substrato da "era da abertura interpretativa", da "era da criação judiciária". Em decorrência, estabeleceu-se um verdadeiro "estado de natureza hermenêutico", que redundou em uma fortíssima e dura reação do meio jurídico-dogmático: mudanças legislativas introduzindo, com mais força, mecanismos vinculatórios.³⁴⁰

O pós-positivismo acabou por se confundir com "abertura interpretativa", "ativismo" ou "protagonismo dos juízes-que-já-não-são-a-boca-da-lei".³⁴¹ Ressalte-se que isso não é uma peculiaridade do pensamento jurídico brasileiro, tais fenômenos acontecem em diversas manifestações teóricas do direito comparado.³⁴²

Consigne-se a imensa dificuldade de libertação da carga conceitual legada por anos de predomínio do positivismo. O resultado é uma espécie de renascimento das antigas teses positivistas clássicas e das do neopositivismo que, evidentemente, trazem consigo o mesmo vírus que contaminava o seu antecessor.³⁴³

A discricionariedade judicial, no positivismo jurídico, para Streck, era um destino que não poderia ser controlado pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: "deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou, quando esta não der conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade)".³⁴⁴ Referida discricionariedade verifica-se no esquema sujeito-objeto obsoleto, na "subjetividade assujeitadora que remete a decisionismos, nos quais o sujeito se apropria dos

³³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*, p. 105.

³³⁹ *Idem.*

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 106.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 107.

³⁴² *Idem.*

³⁴³ *Idem.*

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 107-108.

sentidos e se torna 'dono' da Constituição, conferindo a interpretação que melhor lhe aprouver"³⁴⁵, reforçando a natureza solipsista, abandonando o caráter democrático dessas decisões.

"Quando a discricionariedade entra, o direito sai; quanto termina um, inicia-se o outro".³⁴⁶ Segundo Nery Júnior e Abboud, a democracia é enfraquecida quando se depende de convicções pessoais do julgador.³⁴⁷ Acrescentam, ainda, que

Apenas em um sistema que predomina a vontade do mais forte é que se poderia medir a justiça pela vontade de alguém, por mais absurda que ela fosse. No Estado Democrático de Direito, a justiça não se mede pela vontade de ninguém, nem pela do STF; pois todo juiz ao decidir precisa prestar contas de porque sua decisão é a melhor para o caso, a decisão mais consentânea com o texto constitucional, bem como qual a sua principiologia.³⁴⁸

As decisões jurídicas, portanto, adquirirem "caráter democrático quando a discricionariedade for substituída pelo próprio direito".³⁴⁹ Dito de outra forma, no momento em que as decisões jurídicas forem pautadas por critérios jurídicos (interpretação com fulcro na Constituição, leis e precedentes), podem ser objeto de um crivo racional que lhes garantem a legitimidade democrática. A decisão discricionária é "uma decisão de poder, não jurídica, pautada na subjetividade do intérprete, logo, não pode ser subsumida a nenhuma racionalidade jurídica".³⁵⁰

Uma vez que o Direito não é uma mera racionalidade instrumental, há de superar o "decido conforme minha consciência"³⁵¹ e diante da constatação de que os "inimigos" ainda são os mesmos: "filosofia da consciência e behaviorismo" e a relação Direito-Moral, tem-se que questionar o empirismo jurídico. Cumpre-se a lei e constroem-se critérios para isso ou silencia-se ante a estratégia dos behaviorismos

³⁴⁵ DELGADO, Ana Paula Teixeira. Perspectivas para a justiça..., *Op. cit.*, p. 242.

³⁴⁶ ABBoud, Georges. Onde a discricionariedade..., *Op. cit.*

³⁴⁷ ABBoud, Georges; NERY JÚNIOR. Ativismo judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 533-534.

³⁴⁸ *Idem*.

³⁴⁹ ABBoud, Georges. Onde a discricionariedade..., *Op. cit.*

³⁵⁰ *Idem*.

³⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 65-74.

(comportamento do juiz), que é tudo, menos Direito.³⁵² Contra o estado de exceção interpretativo, a hermenêutica que respeita, de forma democrática e republicana, os limites interpretativos de um texto jurídico.

3.2 A DIFERENÇA ENTRE INTERPRETAR O DIREITO E DECIDIR COM BASE NO VOLUNTARISMO

Para Barroso, sérias objeções devem ser apostas ao ativismo judicial no Brasil. As críticas se concentram nos riscos (i) para a legitimidade democrática, (ii) na politização indevida da justiça e (iii) nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

Cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com os consensos sociais, observando-se que juízes não devem ser populistas, e, em certos casos, terão que atuar de forma contramajoritária. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, são condição de funcionamento do constitucionalismo democrático.

No dizer de Barroso, "os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias".³⁵³

Conclui Barroso³⁵⁴ que

O judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-lo valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferente para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar...**, *Op. cit.*, p. 65-74.

³⁵³ BARROZO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo...*, *Op. cit.*, p. 31.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 31-32.

disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.³⁵⁵

Evidenciando o caráter hermenêutico do Direito, constata-se o "crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação".³⁵⁶ Ao tempo em que as demandas por direitos fundamentais crescem e que, a partir de preceitos e princípios, o constitucionalismo invade o âmbito reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), é imprescindível impor limites ao "poder hermenêutico" dos juízes.³⁵⁷

Dito de outra forma, Streck consigna que:

Em tempos de enfrentamento entre Constitucionalismo Contemporâneo e positivismo (em suas várias correntes) e tudo o que isso representa para uma sociedade díspar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in)determinabilidade do Direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o Direito, a partir de uma dogmática jurídica refém do positivismo jurídico cujo resultado final é uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto.³⁵⁸

A diminuição da liberdade de conformação do legislador, em prejuízo do acréscimo do espaço destinado à justiça, torna indispensável edificarem-se as condições para um controle democrático da aplicação judicial da lei. "Textos constitucionais compromissórios, com amplo catálogo de direitos fundamentais individuais e coletivos, inexoravelmente, geram um aumento de demandas".³⁵⁹

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *Op. cit.*, p. 96-97.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 97.

³⁵⁷ *Idem*.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 96-97.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 97.

Assim, de um direito meramente legitimador das relações de poder passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade. O direito, no Estado Democrático de Direito, "é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas e dos direitos fundamentais-sociais".³⁶⁰

Diante da revolução copernicana que perpassou o Direito a partir do segundo pós-guerra perquire-se resposta para a pergunta: "como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete?"³⁶¹ Essa nova relação entre Direito-Moral e aquilo que tem sido denominado "autonomia do direito" moveram o problema da legitimidade para outro ponto: as condições interpretativas.³⁶²

No caso da interpretação jurídica, observa-se peculiaridade, visto que ela deve se manifestar na solução de um caso concreto, que, por sua vez, também tem seus conteúdos veiculados por textos, que carregam uma dimensão do passado e que precisam ser interpretados. A atividade do intérprete do direito não está vinculada apenas à adequação entre a generalidade da lei e a especificidade concreta do caso; ela implica, também, mediação temporal do evento passado expresso pelo texto da lei ou do caso em face da atualidade da interpretação que se está a realizar.³⁶³

Consoante Streck,

Texto é evento; textos não produzem "realidades virtuais"; textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo). Eis a especificidade do Direito: textos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto; mas nem eles são "plenipotenciários", carregando seu próprio sentido [...] nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa).³⁶⁴

Sem texto não há interpretação. Da relação entre texto, norma e âmbito da norma, descreve-se um movimento circular que vai da concretude do caso para a

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *Op. cit.*, p. 97.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 98.

³⁶² *Ibidem*, p. 98-99.

³⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar...**, *Op. cit.*, p. 91-92.

³⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...**, *Op. cit.*, p. 254.

dimensão mais abstrata do programa da norma. Não existe norma sem texto, não é possível, hermeneuticamente, supor que a interpretação desconsidere o texto, até porque se assim o fizesse estaria mediando o quê? Qual sentido? De algum modo, há um texto legal e/ou constitucional. O texto sempre vem primeiro.³⁶⁵

Em síntese, diz Streck, para superar o positivismo, é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito (da subjetividade assujeitadora) e o solipsismo teórico da filosofia da consciência (sem desconsiderar a importância das pretensões objetivistas do modo-de-fazer-direito contemporâneo, que recupera, dia a dia, a partir de enunciados assertóricos, o "mito do dado"). Não há como escapar disso. Apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos escapar das armadilhas positivistas.³⁶⁶

A hermenêutica se apresenta nesse contexto como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, livre que está, tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática, como daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas.³⁶⁷

É tarefa contínua que se mostre como persistem equívocos nas construções epistêmicas atuais e como tais equívocos se dão em virtude do uso aleatório das posições que compõem o chamado pós-positivismo. O caráter normativo dos princípios – das teorias pós-positivistas – não pode ser encarado como um álibi para a discricionariedade. Com isso está-se a dizer que a tese da abertura (semântica) dos princípios – com que trabalha a teoria da argumentação – é incompatível com o modelo pós-positivista de teoria do direito.³⁶⁸

Gadamer assevera que

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas uma ponderação justa do conjunto.³⁶⁹

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar...**, *Op. cit.*, p. 92.

³⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*, p. 111.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 111-112.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 112.

³⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 432-433.

As teorias do Direito e da Constituição, preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente, necessitam de um conjunto de princípios que tenham nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de: (a) preservar a autonomia do direito; (b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; (c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; (d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; (e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.³⁷⁰

A decisão jurídica não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parecer mais adequada. A escolha é sempre parcial e seu sinônimo técnico no direito é discricionariedade e, possivelmente, arbitrariedade. Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito.³⁷¹

Tornando mais claro, toda decisão deve se fundar em um compromisso pré compreendido. Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Portanto, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução de demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade jurídica.³⁷²

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*, p. 112.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 112-113.

³⁷² *Ibidem*, p. 113.

3.3 DISCRICIONARIEDADE E LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO

Maliska consigna que o "constituinte quando elabora uma Constituição faz opção por valores, que consubstanciam de maneira geral a ética e a moral de uma determinada sociedade em determinada época".³⁷³ Essa posição de valores contida no texto constitucional, vinculadas ao seu tempo e a um determinado espaço, não faculta ao intérprete conceber o que lhe parece ser o melhor, independentemente de qualquer controle legal ou constitucional, uma vez que corporificados no texto normativo constitucional, os valores transformam-se em normas, "de maneira que não se está a tratar de algo estranho à ordem normativa e, portanto, ao livre convencimento e interpretação do juiz".³⁷⁴

Assim, o que legitima a Jurisdição são os limites de ordem: (a) procedimental, consubstanciada nos procedimentos que determinam o desenvolvimento democrático da convicção e da vontade e o livre desenvolvimento da cidadania, que reivindica uma identidade política ancorada em uma nação de cidadãos; e (b) substancial, concretizada na admissão de valores expressos na Constituição que devem ser respeitados não somente pelos cidadãos, mas também pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ressalte-se que tal entendimento, de crucial importância, não refuta a tese anteriormente expressada de que o processo hermenêutico substancialista não rejeita ou reduz o procedimentalismo, uma vez que o substancialismo busca cumprir com os procedimentos que implicam no pacto democrático. Também, evidencie-se, o papel maior da jurisdição constitucional que tem que resgatar a atuação democrática e emancipadora das partes, sem se descuidar das características valorativas da Constituição.

E mesmo que se verifique que os textos jurídicos apresentem dúvidas em razão de sua vagueza e ambiguidade, em especial os princípios que, em termos de possibilidade de significado são "abertos", não é dado ao magistrado decidir conforme

³⁷³ MALISKA, Marcos Augusto. *Acerca da legitimidade...*, *Op. cit.*, p. 93.

³⁷⁴ *Idem.*

sua consciência, ante a necessidade de controle, exigência decorrente do próprio Estado Democrático de Direito. Eis o problema da legitimidade da Jurisdição: decisões judiciais fundamentadas em convicções pessoais dos julgadores, em especial decisões morais solipsistas, que impossibilitam o devido controle democrático pelo Direito.

Os juristas ao continuarem interpretando o direito com fundamento no ato de vontade do intérprete, refletindo uma postura solipsista de desrespeito à Constituição, afirmam discurso positivista que, nas palavras de Delgado

[...] ainda domina a dogmática jurídica praticada cotidianamente e constitui um retrocesso, pois, de um lado, sustenta discursos objetivistas, identificando texto e norma (sentido do texto) e, de outro, busca nas teorias subjetivistas submeter o texto à subjetividade do intérprete, ou seja, efetiva a subsunção do fato à norma, como se fato e direito fossem cindíveis e o texto fosse mero enunciado linguístico.³⁷⁵

As críticas decorrentes da "moralização" do Direito, da assunção de uma jurisprudência de valores que perpassa todo o sistema jurídico e da abertura semântica do texto constitucional, descrevem um contexto cujos influxos precisam de uma reflexão sobre as formas de contenção de atitudes voluntaristas, buscando o equilíbrio ínsito a um regime democrático.³⁷⁶

Ramos aponta que a atuação do Poder Judiciário, via jurisprudência de valores, e a influência de um moralismo jurídico, deterioram o princípio da separação dos poderes e os postulados do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, a própria Democracia. Assevera Ramos que, ao se afastar de critérios hermenêuticos claros, a atitude voluntarista do Poder Judiciário avança para campos que desbordam de sua função essencial e, portanto, violam o postulado do Estado Democrático de Direito e de sua legitimidade constitucional. Assim, há necessidade de fixação e de manutenção de balizas normativas à interpretação judicial.³⁷⁷

³⁷⁵ DELGADO, Ana Paula Teixeira. Perspectivas para a justiça..., *Op. cit.*, p. 252.

³⁷⁶ FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/en.php>. Acesso em: 14 abr. 2020. p. 116.

³⁷⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 103.

O positivismo jurídico kelseniano está umbilicalmente ligado ao ativismo judicial, porquanto admite a discricionariedade judicial ou o voluntarismo jurídico. Tal teoria está arraigada no sistema judicial brasileiro, e, para "romper com o voluntarismo ativista, e com o solipsismo judicial, é necessário alcançar o pós-positivismo não atingido por Alexy. Para tal, é fundamental romper com o paradigma filosófico presente no positivismo".³⁷⁸

Há que esclarecer que a teoria da argumentação jurídica de Alexy, calcada na correção moral do direito, traz em si a subjetividade do intérprete. Esse poder discricionário é a revelação da metafísica da relação do esquema sujeito-objeto.

Assim, o ativismo judicial trilha sobre a metafísica da relação sujeito-objeto, assente na filosofia da consciência e na jurisprudência de valores, que habitam o positivismo kelseniano e a teoria da argumentação de Alexy.³⁷⁹

Veja-se que, assente na discricionariedade, os julgadores continuam a confundir "o ato da decisão judicial com escolhas políticas, numa posição inteiramente eivada pela subjetividade da filosofia da consciência".³⁸⁰

É importante destacar que o objetivismo só foi suplantado a partir da modernidade. Até Kant admitia-se existir uma relação real entre ser e essência, assim o sentido dependia dos objetos, que tinham uma essência e, por isso, era possível revelá-lo.³⁸¹

Com o Iluminismo, "o fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *illuminatio divina*".³⁸² O homem não está mais sujeito às estruturas, ele passa a "assujeitar" as coisas, num esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser conhecido (explicado e fundamentado) pela razão.³⁸³ Tal modelo de conhecimento propiciou o surgimento do Estado Moderno.

Perez consigna que, a relação sujeito-objeto manuseia a linguagem como instrumento que conecta as "indiossincrasias do sujeito a sua assujeitadora conclusão

³⁷⁸ PERES, Fernando Reis de Carvalho. *Ativismo judicial...*, *Op. cit.*, p. 32.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 33.

³⁸⁰ LIMA, Danilo Pereira. *Discricionariedade judicial...*, *Op. cit.*, p. 136.

³⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*, p. 13.

³⁸² *Idem*.

³⁸³ *Ibidem*, p. 13-14.

do conteúdo do objeto"³⁸⁴, vale dizer, neste paradigma o magistrado, como intérprete, emprega a linguagem para fundamentar sua decisão solipsista. Em outras palavras,

[...] o juiz ativista decide para depois fundamentar, isto é, ao receber determinado caso, identificando sua "dificuldade", de imediato aplica um princípio axiológico que irá nortear o roteiro de sua fundamentação, com efeito, é neste quadro que a linguagem se torna um álibi teórico dos valores intersubjetivos do intérprete.³⁸⁵

Para que a linguagem deixe de ser um mero instrumento da vontade do intérprete, há que se abandonar a relação sujeito-objeto, já que nesta relação o que importa é o sujeito enquanto ser.³⁸⁶

A ruptura com a filosofia da consciência (subjetividade), ocorre no século XX, a partir do denominado de giro linguístico. Para Streck, "esse giro 'liberta' a filosofia do fundamentum que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência".³⁸⁷

Considere-se, por relevante, que o "giro ou guinada" não considera que os problemas filosóficos serão linguísticos. Mais que isso, da epistemologia (teoria geral ou teoria do conhecimento) avança-se para o mundo prático da filosofia.³⁸⁸

Para Streck, é "na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido" e mais, "o sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade 'assujeitadora', e não o sujeito da relação de objetos".³⁸⁹

Contemporaneamente, alguns estudos teóricos tratam de enfrentar essas questões e, em que pese este não seja o escopo do presente trabalho, é importante, neste momento, apresentar, mesmo que sumariamente, as teorias ensejadoras dos posicionamentos acima esboçados.

Wittgenstein II foi responsável por trazer a pragmática para a filosofia, mediante os jogos de linguagem, com a intenção de superar a metafísica do sujeito-objeto. Essa teoria apresenta a linguagem como condição de possibilidade do próprio

³⁸⁴ PERES, Fernando Reis de Carvalho. *Ativismo judicial...*, *Op. cit.*, p. 33.

³⁸⁵ *Idem.*

³⁸⁶ *Idem.*

³⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto...* *Op. cit.*, p. 14.

³⁸⁸ *Idem.*

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 14-15.

conhecimento, superando sua função designativa ou mediadora do esquema sujeito-objeto, para "conceber a linguagem como o modo pelo qual se conhece o mundo, de forma a conceber um novo esquema: sujeito-sujeito".³⁹⁰

A compreensão do esquema sujeito-sujeito é bem apresentada por Oliveira que afirma

No jogo [de linguagem], o homem age, mas não simplesmente como indivíduo isolado de acordo com seu próprio arbítrio, e sim de acordo com regras e normas que ele juntamente com outros indivíduos estabeleceu. Essas regras constituem um quadro de referência intersubjetivo que, por outro lado, determina as fronteiras das ações possíveis, estabelecidas comunitariamente, e, por outro lado, deixa ao indivíduo, dentro dele, o espaço para as iniciativas.³⁹¹

Clève e Lorenzetto assentam que Wittgenstein buscou afastar a compreensão de que cada palavra refletiria um dado objeto específico. "Logo, propôs uma diferenciação entre o 'portador do nome' e 'significado do nome', pois o significado não dependeria da existência de seu portador".³⁹² Complementam os autores que Wittgenstein enfatizou "a importância do uso, do aspecto pragmático da linguagem, o qual se realiza diante de uma correção, perante um conjunto de regras mínimas para a utilização apropriada de expressões linguísticas".³⁹³ Veja-se que

Na formulação dos jogos de linguagem, Wittgenstein argumenta que os atos intencionais que outorgam significado não são essenciais para a compreensão da linguagem. Por isso, a busca deveria ser voltada para a variedade de circunstâncias em que os signos linguísticos são submetidos. O fato de que eles são parte de uma atividade orientada não leva necessariamente a uma definição de um sistema de regras para cada jogo de linguagem específico, mas indica o caráter convencional dessa atividade humana.³⁹⁴

³⁹⁰ OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de Oliveira; CAMACHO, Matheus Gomes. Reviravolta linguística-pragmática e esboços de uma nova teoria hermenêutica jurídica. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 228-243, jul./dez. 2015. p. 233. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/800>. Acesso em: 20 nov. 2021.

³⁹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 143-144.

³⁹² CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Interpretação constitucional: entre dinâmica e integridade. **Sequência**, Florianópolis, n. 72, p. 67-925, abr. 2016. p. 70-71. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/xy56KDyMBZW3L6m3sNJKw5B/?lang=pt>. Acesso em: 10 dez. 2021.

³⁹³ *Ibidem*, p. 71.

³⁹⁴ *Idem*.

Para Pablos, Wittgenstein sustenta que a linguagem é estabelecida por meio de critérios públicos, porquanto "a prática da linguagem como, por exemplo, compreender uma ordem, comunicação, expressão etc., só se torna possível porque há um uso compartilhado da linguagem e que pode ser entendido por todos".³⁹⁵

De outro lado, Heidegger procurou, em seu pensamento, desvelar aquilo que ficou impensado durante toda a tradição metafísica: o sentido do ser.³⁹⁶ Heidegger realocou a questão sobre o sentido do ser para superar a metafísica tradicional do sujeito-objeto, a partir da analítica existencial do Dasein (ser-aí, pre-sença).³⁹⁷ O Dasein (ser-aí, pre-sença) deve ser compreendido como "ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar".³⁹⁸

Com efeito, a teoria heideggeriana procurou compreender o ser do ente na sua historicidade, "no seu acontecer concreto, na sua facticidade, indo além das dissimulações da vida, para superar o grande equívoco cometido pelo pensamento metafísico, que chamou de ser, o que não era o ser, mais sim o ente".³⁹⁹ Neste sentido, Heidegger apresentou uma teoria do ser a partir da finitude da compreensão enquanto condição de acesso ao ser, mediante o método fenomenológico, compondo todo o questionamento pelo sentido à ligação ao tempo.⁴⁰⁰

Lima consigna que

Essa finitude da compreensão não se constituiu em uma limitação a tarefa do labor filosófico, de pensar o sentido do ser, mas apareceu como condição de possibilidade para o pensamento, diante da temporalidade da existência, fazendo com que a busca pela compreensão, do sentido do ser, levasse sempre em consideração a sua ambiguidade, a partir da ideia de verdade e não-verdade, de velamento e desvelamento, apontando para a incompletude da compreensão do ser, que sempre deve ocorrer na facticidade do ser-aí.⁴⁰¹

³⁹⁵ PABLOS, Mayara Roberta. **As contribuições de Wittgenstein para a filosofia do direito: uma análise da linguagem e suas regras.** Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-graduação em Filosofia, Florianópolis, 2013. p. 38. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106906/PFIL0196-D.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 fev. 2021.

³⁹⁶ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial..., *Op. cit.*, p. 137.

³⁹⁷ OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de Oliveira; CAMACHO, Matheus Gomes. Reviravolta linguística-pragmática..., *Op. cit.*, p. 234.

³⁹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo:** parte 1. 11. ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 33, § 2.

³⁹⁹ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial..., *Op. cit.*, p. 138.

⁴⁰⁰ *Idem.*

⁴⁰¹ *Idem.*

Heidegger identifica dois níveis na fenomenologia: (i) o nível hermenêutico, de profundidade, que estrutura a compreensão; e (ii) um nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicitativo, ornamental. Tais níveis, permitem a desmi(s)tificação das teorias argumentativas de raiz procedimental de acesso ao conhecimento.⁴⁰²

Portanto, no intuito de superar os equívocos cometidos pela metafísica, "a diferença ontológica e o círculo hermenêutico tiveram um papel fundamental e necessário para pensar aquilo que permaneceu impensado: o sentido do ser"⁴⁰³ o que tornou a hermenêutica, para além de uma técnica de interpretação de textos, filosofia.

Dois teoremas são fundamentais para analisar a contribuição de Heidegger, segundo Streck:

[...] o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) sempre chega tarde, porque o Dasein já se pronunciou de há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial do Dasein, e não uma propriedade "colada" sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de "reino intermediário".⁴⁰⁴

Esses dois teoremas de Heidegger⁴⁰⁵ constituíram-se em uma virada paradigmática e foram importantes "para a definição da verdade à medida que chama a atenção para novas mediações que devem ser observadas"⁴⁰⁶, a saber: (i) os "entes" no mundo somente "são" pois podem ser compreendidos; (ii) "o compreender depende de um conjunto de significações e relações linguísticas prévia que o Dasein dispõe"⁴⁰⁷; (iii) "o conhecimento pertence unicamente ao ente que conhece, superando, assim, as dicotomias positivistas entre fato/valor, sujeito/objeto, ciência/senso comum".⁴⁰⁸

⁴⁰² STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 28, n. 54, p. 29-46, jul. 2007. p. 32. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2521149.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁴⁰³ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial..., *Op. cit.*, p. 139.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão..., *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁰⁵ Sobre o tema, ver: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**..., *Op. cit.*, p. 98-102, § 13.

⁴⁰⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundamentação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47.

⁴⁰⁷ *Idem.*

⁴⁰⁸ *Idem.*

Os pressupostos da teoria heideggeriana se tornaram fundamentais para o projeto hermenêutico de Gadamer, que colocou a linguagem como o ponto mais elevado da filosofia, isto é, "como condição de possibilidade para a compreensão de uma coisa que somente existe para o homem quando é simbolizada por meio da linguagem".⁴⁰⁹

Neste sentido, Gadamer transportou a linguagem para o centro da reflexão filosófica, não como uma redução dela à questão de palavras, no sentido nominalista, "mas como mediador do significado e do sentido de algo, superando o entendimento de que há um sujeito cognoscente separado do objeto, capaz de apreendê-lo por meio de um instrumento chamado linguagem".⁴¹⁰

Apropriando-se da visão de Heidegger, Gadamer entende que a compreensão é sempre um "projetar-se", a partir de determinadas perspectivas do intérprete⁴¹¹; "quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo"⁴¹².

Para Mello, as opiniões prévias do intérprete ou as antecipações de sentido do texto não devem ser confundidas com arbitrariedades do julgador⁴¹³, porquanto "a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrarias".⁴¹⁴ Trata-se, em realidade, do intérprete deixar que o texto diga algo antes do intérprete dizer algo do texto. Nas palavras de Gadamer:

[...] uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nenhuma "neutralidade" com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.⁴¹⁵

⁴⁰⁹ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial..., *Op. cit.*, p. 139.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 138.

⁴¹¹ MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica de Has-Georg Gadamer. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Valença, v. 9, n. 1, p. 47-56, dez. 2012. p. 49. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/503>. Acesso em: 02 nov. 2021.

⁴¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, *Op. cit.*, p. 356.

⁴¹³ MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica..., *Op. cit.*, p. 49.

⁴¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I...**, *Op. cit.*, p. 356.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 358.

Marrafon destaca que, com o reconhecimento do outro, o círculo hermenêutico ganha "a possibilidade de reconhecer a coisa mesma, sendo que a objetividade é garantida pela distância e o resultado do processo interpretativo é o ponto médio, constantemente reconstruído".⁴¹⁶

Assim, o intérprete atua sobre o texto, recriando-o a cada nova experiência, numa espécie de movimento em espiral, pois a "pre-sença, enquanto promotora do sentido do ser, modifica-se"⁴¹⁷ a cada rodada. Para Gadamer, cada volta pressupõe o reajuste das expectativas, na medida que o texto as requeira, considerando-se a unidade de pensamento nele expressada, sendo encargo do círculo hermenêutico, "ampliar, em círculo concêntricos, a unidade do sentido compreendido".⁴¹⁸

O acolhimento desse novo entendimento pelo Direito leva a negação de procedimento subsuntivo ou dedutivo na sua aplicação, porquanto

[...] a interpretação ocorre sempre no ponto médio [...] e o fundamento da decisão é desde já, sempre, antecipado, o que levará a problema hermenêutico fundamental: a impossibilidade do desdobramento metodológico no processo de busca da decisão jurídica e a unidade das applicatio.⁴¹⁹

Segundo Marrafon, Gadamer tem uma "concepção de linguagem que supera a limitação erudita do texto, através de uma fundamentação feita sobre a base do diálogo e do entendimento inter-humano".⁴²⁰ [...] Nas palavras de Marrafon, "Heidegger contribuiu para um novo fundamento ontológico para a hermenêutica e Gadamer deu-lhe nova perspectiva, promovendo sua ontologização".⁴²¹

Em sua hermenêutica filosófica, do paradigma da linguagem e na existência do Dasein, Gadamer além de considerar a dimensão linguística da pré-compreensão do sujeito (auto-compreensão), presta especial atenção e insere em sua teoria o contexto histórico no qual o sujeito está inserido.⁴²²

⁴¹⁶ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema...**, *Op. cit.*, p. 176.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 178.

⁴¹⁸ *Idem*.

⁴¹⁹ *Idem*.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 171.

⁴²¹ *Idem*.

⁴²² *Ibidem*, p. 172.

Ao lançar olhos ao "horizonte do questionamento hermenêutico a partir da experiência da arte e, observando os pressupostos epistemológicos da ontologia fundamental, [Gadamer] coloca a historicidade como princípio básico de sua teoria hermenêutica".⁴²³

Importante ressaltar que conhecer é interpretar, é compreender, uma vez que a busca do conhecimento é também um ato contínuo de interpretar daquilo que se quer conhecer. Porém, conhecer não se reduz ao mundo da natureza, propaga-se para o campo da cultura, das relações sociais, das normas e das instituições que as disciplinam. "É neste terreno que se faz presente a interpretação jurídica, detestada pelos defensores do autoritarismo, porém valorizada e defendida pelos construtores da democracia".⁴²⁴

Retomando as reflexões, cita-se Mendes,

Se concordarmos que as variáveis de legitimidade da democracia não se esgotam no procedimento, mas abrangem também os resultados, passa a ser aceitável que a substância subordine, em algumas circunstâncias, o procedimento, ou seja, que a instituição que tenha alcançado a resposta mais compatível com um critério substantivo de legitimidade tenha boas razões para prevalecer independentemente de seu pedigree (subvertendo a estrutura formal).⁴²⁵

A constatação do choque entre o postulado democrático e a atuação jurisdicional não a coloca em colisão com aquele, mas em posição de complementaridade.

Uma teoria da separação dinâmica de poderes, em que ocorre alternância na legitimidade entre os Poderes no campo da deliberação sobre questões fundamentais justificaria à assunção do Poder Judiciário ao espaço outrora exclusivo do Poder Legislativo.⁴²⁶

Observe-se que, para além de um ideal procedimentalista, haveria uma alternância de legitimidade das instituições. Demonstra, Marrafon, que

⁴²³ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema...**, *Op. cit.*, p. 173-174.

⁴²⁴ GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à constituição do estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 292.

⁴²⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 186.

⁴²⁶ FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário...**, *Op. cit.*, p. 123.

[...] no processo de decisão/aplicação de uma norma ao caso concreto, o ato de dar um sentido jurídico deve ser atrelado à ideia de sistema constitucional para que arbitrariedades sejam evitadas, sem ignorar que a formação do juízo e da consciência do aplicador traz, em si, uma abertura inafastável, porque sempre dependente da racionalidade hermenêutica impregnada com a condição de 'ser-no-mundo' do intérprete, formadora de sua pré-estrutura de compreensão, ou ainda da antecipação de sentido que pode ocorrer de um giro na estrutura linguística, causado pelo inconsciente.⁴²⁷

No dizer de Marrafon,

No âmbito do agir consciente e na vertente do pensamento hermenêutico e pós-positivista, a interpretação jurídica deve ser realizada numa perspectiva bi-vetorial, em que dois vetores se entrelaçam dialeticamente: o do "sentido da estrutura normativa" e o da "estrutura normativa do sentido".⁴²⁸

Para Marrafon, os vetores: (i) sentido da estrutura – que se revela pela hermenêutica filosófica, propicia uma "abertura de sentido dada sempre a priori", associando todo o processo interpretativo, inclusive "a análise lógica do ente na estrutura"; (ii) estrutura do sentido – logus apofântico, que se liga à tarefa do sistema de direito e seu imperativo de adequação axiológica e teleológica, possível a partir dos princípios da ordem jurídica. Por isso, a análise sistemática e estrutural é imprescindível na práxis decisória do direito.⁴²⁹

Frente as mudanças paradigmáticas da viragem ontológico-linguística, é imprescindível criar condições para que o poder dos magistrados não supere ao do direito, o que pressupõe o sobrepujamento do positivismo kelseniano e da teoria da argumentação de Alexy.

A guinada ontológico-linguística abriu flanco para novas possibilidades à compreensão do Direito, tornando impossível aferrar-se à conduta discricionária de decisões judiciais e, neste sentido, "em tempos de superação do sujeito solipsista pela filosofia hermenêutica, de Heidegger, e pela hermenêutica filosófica, de Gadamer, é

⁴²⁷ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema...**, *Op. cit.*, p. 187-188.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 187.

⁴²⁹ *Idem*.

impossível continuar insistindo"⁴³⁰ com qualquer posição voluntarista (discricionária) na elaboração da decisão judicial.

Não se trata de diminuir a importância da atividade jurisdicional, mas impedir que o desbordamento decorrente do velho problema engendrado pela filosofia da consciência, isto é, a discricionariedade, oponha-se aos limites definidos pelo Estado Democrático de Direito.⁴³¹

A interpretação do Direito (normas e princípios) não equivale a decidir conforme a consciência do intérprete, uma vez que para se guindar a legitimidade do Poder Judiciário deve-se assimilar que a hermenêutica estabelece critérios e procedimentos que limitam o aplicador, especialmente aqueles imanentes das próprias constituições que demarcam a legitimidade do Direito (procedimento e substância constitucional), obrigando-o à Democracia.

⁴³⁰ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial..., *Op. cit.*, p. 140.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 141.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há que se compreender que o ativismo judicial brasileiro possui contornos que o distingue em relação aos observados nos demais países, uma vez que nossa constituição é extremamente analítica e permeada por direitos que permitem ao Poder Judiciário decidir questões políticas.

A necessária e salutar diferença que se estabelece entre os conceitos de judicialização da política e ativismo judicial revelam uma concordância, entre os teóricos, no que se refere à concepção e contexto do fenômeno da judicialização e uma dificuldade, se não conceitual, mas de aplicação, abrangência e profundidade do Direito ao caso concreto.

Assim, no contexto brasileiro, a judicialização da política está diretamente ligada à ampla gama de direitos contidos na Constituição, à ineficiência do Estado administração e à inexistência de consenso dentro do parlamento sobre certas questões fundamentais, permitindo ao Poder Judiciário, dentro do limite constitucional, julgar as questões políticas da sociedade.

No Brasil, o ativismo judicial, navegando nos mares da judicialização da política, assumiu um contexto de supremacia do Poder Judiciário, pois possibilitou aos magistrados compreender o Direito e ditá-lo fora do próprio Direito, ou seja, permitiu aos julgadores decidir as questões que lhes são dadas a partir do voluntarismo – conduta na qual o magistrado positiva suas convicções morais no processo de tomada de decisão judicial – o que pode se desdobrar em autoritarismo.

Essa postura discricionária não é exclusividade do judiciário brasileiro, pois vem sendo notada em muitos outros países.

Num auscultar histórico, tem-se que a tese positivista de Kelsen é tida como o momento no qual o Direito abriu espaço ao voluntarismo, pois a discricionariedade judicial (voluntarismo) por ela admitida, determinou a abertura do sistema jurídico visando legitimar eventuais arbitrariedades cometidas pelo próprio Poder Judiciário.

Para Kelsen, há espaço na atividade de aplicação do Direito onde o intérprete pode fazer incidir normas morais – de Justiça, de valor social, de bem comum, de interesse do Estado – fora, portanto, do Direito positivado. Essa expressão positivista criou a possibilidade de que as decisões judiciais fossem fundamentadas de forma desconectada do Direito, desrespeitando-se sua integridade, porquanto possibilitou

que determinados casos fossem decididos conforme a consciência do julgador, de sua moral pessoal, dificultando, inclusive, o controle dessas decisões.

Embora Alexy tenha se posicionado contrário a determinadas questões do positivismo jurídico, sua tese, de certa forma, repristinou a tese positivista do voluntarismo judicial, isto porque, ele defende que, em determinados casos difíceis, não é possível chegar-se a uma solução adequada baseando-se exclusivamente em normas formalmente constituídas.

Para Alexy, a abertura do direito exige uma pretensão de correção, que conjuga argumentos práticos (morais) e argumentos jurídicos (lei, princípios e precedentes). O centro de sua tese, portanto, se fundamenta no fato de que o discurso jurídico é a especificação do discurso prático geral por possuir uma pretensão de alcançar um juízo de correção, pois: além das regras do discurso prático, deve-se respeitar regras específicas para proporcionar a edificação de normas jurídicas racionais e científicas; há uma contingencialidade na solução criada pelo discurso, sendo necessário se atingir um resultado formalmente correto; e é elementar à racionalidade do discurso, a pretensão de correção, ligando a moral e o direito.

Assim, a junção das atividades voluntaristas com a judicialização da política trouxeram ao Brasil, de certa forma, à institucionalização do ativismo judicial, atribuindo aos juízes discricionariedade para atender os fins da Justiça, admitindo a criação do direito pelos magistrados fora dos ditames constitucionais.

Porém, para se verificar se as atitudes voluntaristas dos juízes são legitimadas democraticamente, ou não, precisa-se entender como o Poder Judiciário é legitimado nas democracias contemporâneas, em especial na democracia brasileira.

Deste modo, valendo-se de Habermas, para quem o Direito deve procurar se legitimar, pelo procedimento, através da comunicação racional, na concepção discursiva da opinião e na vontade dos cidadãos livres e iguais, chega-se a tese da democracia deliberativa, onde a participação dos cidadãos e o exercício do poder de deliberação é o que deve ser resguardado, a despeito do resultado da deliberação. Habermas resguarda, portanto, a formação democrática da opinião e da vontade dos cidadãos, sendo que os tribunais devem zelar pela cidadania como meio pelo qual os cidadãos estabelecem entendimentos sobre seus problemas e a forma de solução.

Portanto, Habermas não entende que a jurisdição constitucional deva revisar as normas elaboradas democraticamente, já que sua legitimidade está condicionada

a proteção do sistema de direitos que viabiliza a autonomia privada e pública dos cidadãos.

Neste mesmo viés procedimentalista, Ely afirma que a constituição americana, em seu primeiro propósito, regula questões voltadas à organização e ao procedimento, sem o intento de distinguir e implementar valores fundamentais. Com efeito, para Ely, a jurisdição constitucional deve se comprometer em resguardar a formação de opinião e da vontade do cidadão para privilegiar os direitos de comunhão e de participação, pois são esses direitos que são indispensáveis à formação democrática da vontade.

Ely considera que o Poder Judiciário, por não ser um órgão eleito, portanto, sem responsabilidade política, não tem condições de obrigar os demais Poderes a governar sob seu alvedrio.

Assim sendo, para Habermas e Ely, a legitimidade democrática do Poder Judiciário está conectada a necessidade de garantir as autonomias privadas e públicas, bem como as manifestações das "formas comunicativas", através dos procedimentos estabelecidos nas constituições.

Outra perspectiva capaz de sopesar a legitimidade democrática do Poder Judiciário é a concepção substancialista que, neste trabalho, foi apresentada através da visão de Dworkin. O referido autor assevera que os juízes estão obrigados a construir seus argumentos objetivando a integralidade substantiva do Direito.

Para Dworkin não é democrática uma sociedade que privilegie a maioria na tomada da decisão, desprezando os interesses da minoria, sendo necessário compreender que é ideal de um Estado Democrático a igualdade de consideração e respeito a todos. Neste sentido, há valores mínimos, estampados em direitos fundamentais, escolhidos pelos cidadãos, que têm de ser protegidos, inclusive contra eventuais maiorias, o que torna democraticamente legítima a decisão judicial dos magistrados em função do seu conteúdo ou substância.

O debate entre as concepções procedimentalista e substancialista demonstra-se pertinente, porque se traduz na verificação da legitimidade democrática do novo modelo de Estado, o Estado Democrático de Direito, onde o direito tem a responsabilidade de, além de estabilizar as relações sociais, transformá-las. Ligada a essa nova visão de Estado, de ativismo judicial, enfrenta-se a ampliação das funções do Poder Judiciário,

instigada pela complexidade social, razão pela qual as teses procedimentalistas e substancialistas são, da mesma forma, importantes.

Pela visão substancialista, a orientação procedimentalista não seria adequada ou suficiente, porquanto deixaria ao Poder Judiciário somente a ínfima tarefa de resguardar, mediante a cidadania, "a prática democrática de formação da vontade e da opinião"⁴³², excluindo deste órgão a necessária tarefa de efetivar os direitos fundamentais.

Nesse seguimento, há que se considerar que no Brasil, diante da insuficiência da efetivação dos direitos fundamentais, da positivação desses direitos na Constituição, da ineficiência do Estado administração e da inexistência de consenso dentro do parlamento sobre certas questões fundamentais, a corrente procedimentalista é, verdadeiramente, insuficiente.

Diz-se, insuficiente, uma vez que a necessidade de se resguardarem os procedimentos democráticos, estabelecidos na Constituição, é tão importante quanto a necessidade de se observarem as concepções substanciais presentes no mesmo instrumento legal.

Assim, o que legitima a Jurisdição são os limites de ordem procedimental e substancial. Os limites procedimentais dizem respeito aos procedimentos que determinam a evolução democrática da convicção e da vontade e o aprimoramento da cidadania, que requer uma identidade política fundeada em uma nação de cidadãos. Os substanciais materializam-se na adoção de valores consubstanciados na Constituição, que devem ser respeitados não somente pelos cidadãos, mas também pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assente-se que, o modo pelo qual o julgador, ao absorver esses conteúdos, toma a decisão, não deve ser baseado em condutas voluntaristas, sem possibilidade de controle. E como se evidencia, o ativismo judicial brasileiro se traduz em um ato decisório constituído na vontade do juiz, pois parte das escolhas do julgador fora dos ditames jurídicos (constituição, lei, precedente), culminando em uma discricionariedade judicial, presentes nas teorias de Kelsen e de Alexy, inviabilizando o controle judicial das decisões e, de consequência, inviabilizando o próprio controle democrático.

Trata-se, portanto, conforme Streck⁴³³, de se definir como a decisão deve ser reconhecida como legítima, diante da comunidade política.

Refere-se, assim, uma vez mais, à consideração de Streck no sentido de que "controlar as decisões judiciais é uma questão de democracia, o que não implica 'proibição de interpretar'"⁴³⁴, posto que se o Direito possui caráter hermenêutico, é necessário o controle deste poder hermenêutico dado aos juízes quando do processo de tomada de decisão.

Consolida-se, portanto, o entendimento de que a interpretação de normas e de princípios não significa decidir conforme a consciência do intérprete, pois é indispensável reconhecer-se que a hermenêutica estabelece critérios e procedimentos que limitam o aplicador. Assim, a legitimidade do Poder Judiciário estabelece-se no respeito aos limites inerentes às constituições que demarcam a legitimidade do Direito (procedimento e substância constitucional).

Dito de outra forma, toda teoria que aceita o voluntarismo, que abrange condutas discricionárias no ato de tomada da decisão judicial, como as estabelecidas por Kelsen e Alexy, apresentam um déficit democrático, porquanto, no ato de decidir, há uma "substituição da ordem democraticamente estabelecida pelas preferências pessoais (consciência) do julgador".⁴³⁵

A decisão judicial somente adquirirá uma dimensão jurídico-democrática quando deixarem de ser pautadas na subjetividade, na vontade e em parâmetros discricionários.⁴³⁶

Hodiernamente a hermenêutica se apresenta como um cosmo no qual se pode pensar corretamente uma teoria da decisão judicial, livre que está, tanto dos vínculos desse sujeito onde habita a razão prática, como daquelas condutas que buscam trocar esse sujeito por estruturas ou sistemas.

As teorias do direito e da Constituição, apreensivas com o aperfeiçoamento democrático e a efetivação dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente, carecem de um conjunto de princípios que claramente estabeleçam

⁴³² PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo..., *Op. cit.*, p. 1179

⁴³³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 102.

⁴³⁵ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão...** *Op. cit.*, livro eletrônico.

⁴³⁶ ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade..., *Op. cit.*

padrões hermenêuticos com o intuito de preservar a autonomia do direito; estabeleçam condições hermenêuticas para se controlar a interpretação constitucional; salvaguardem o respeito à integridade e à coerência do direito; garantam a fundamentação das decisões como dever fundamental dos juízes e tribunais; assegurem que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que sobrevenham condições para aferir se essa resposta é, ou não, constitucionalmente congruente.

O Estado Democrático de Direito é uma conquista civilizatória, é, portanto, um paradigma sob o qual se pretende compreender o Direito. Quando se propugna pelo cumprimento da Constituição e o direito fundamental à obtenção de respostas concordantes com o sistema jurídico, está-se vislumbrando não a defesa de "qualquer Constituição", mas àquela cujo DNA constituinte garante a continuidade da democracia.

A justiça e o judiciário não podem depender da opinião pessoal que julgadores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até porque estes decorrem de uma intersubjetividade e não de um indivíduo isolado.

Se "o direito não é aquilo que o judiciário diz que é"⁴³⁷, se "o positivismo fracassou, embora continue dominando o imaginário dos juristas"⁴³⁸, em tempos de giro linguístico e Estado Democrático de Direito, tem sentido dizer que a "sentença vem de sentire"⁴³⁹?

Streck oferece uma resposta, à indagação acima formulada, em que confessa sua opção por determinado paradigma filosófico, que entende e reconhece a circularidade entre uma situação prática em que todos os agentes do direito estão previamente envolvidos e a prática instrumental de interpretação/aplicação das normas: a primeira é aquela na qual fazemos parte de um a priori compartilhado, como é a pré-compreensão em Heidegger ou o jogo da linguagem em Wittgenstein. A segunda é simplesmente produto da operação instrumental dos intérpretes e operadores do direito. Para o autor, pensar que a segunda prática pode substituir a primeira é o grande equívoco da teoria do direito na contemporaneidade. A ideia de livre convencimento (motivado ou não) e o "decido conforme a minha consciência"

⁴³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*, p.124-125.

⁴³⁸ *Idem.*

⁴³⁹ *Idem.*

são faces da mesma moeda: a do paradigma da subjetividade que ancora o poder discricionário.⁴⁴⁰

Se não à guisa de conclusão, mas a título de resgate da hipótese colocada introdutoriamente à discussão na presente dissertação: se dentro da legitimidade democrática do Poder Judiciário, encontra-se inserida a possibilidade de o magistrado decidir os casos que lhe são trazidos pela Jurisdição, com fundamento em convicções pessoais (voluntarismo jurídico), tem-se que a pesquisa realizada reconhece a ilegitimidade dos julgadores para decidirem conforme suas convicções pessoais.

A discricionariedade judicial não observa os procedimentos democráticos e os conteúdos substanciais presentes nas constituições, o que acaba por provocar um déficit democrático, seja porque na democracia o controle é uma condição imanente do Poder e seja, também, porque as decisões voluntárias não são objeto de qualquer controle, que não a do próprio julgador. Veja-se que, "não é o procedimento discursivo adotado que legitima a interpretação, mas sim o seu conteúdo adequado à Constituição".⁴⁴¹

Da mesma forma que a essência não está contida no objeto (relação objeto-objeto), a razão solipsista (relação sujeito-objeto) também não permite a verificação democrática, o que se está a dizer é que o sujeito somente possui plenas condições de conhecer, a partir da sua interação com o outro (relação sujeito-sujeito) e com o tempo em vive (relação sujeito-meio ambiente/contexto histórico-temporal).

Kelsen reconheceu a carga ideológica da atividade judicial e centrou suas atenções em como a razão atua apenas na delimitação da moldura normativa na qual o julgador é livre para promover a solução que melhor lhe pareça.

Essas situações, de ampla discricionariedade, de permissividade são perigosamente danosas a uma aplicação da Constituição, por aparentarem ser uma atividade técnica, intelectual e subsuntiva, embora estejam, na verdade, carregadas valorativamente e eivadas de arbitrariedade.

⁴⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** *Op. cit.*, p.126-127.

⁴⁴¹ COSTA, Cesar Augusto Nardelli. *Perspectivas para...*, *Op. cit.*, p. 60.

Tal resultado é inequivocadamente um decisionismo subjetivista, que não deixa margem ao controle jurídico. A amplitude das possibilidades, legitimadas pelo positivismo jurídico, reforçam os argumentos de autoridade como tentativas de criar padrões gerais e abstratos advindos de decisões concretas a respeito de interpretações controversas.⁴⁴²

Como a teoria da argumentação se prende a fórmulas de hierarquização dos princípios e ainda se vale do modelo lógico-subsuntivo de aplicação das regras nos casos fáceis, não consegue separar-se da ideia de uma relação sujeito-objeto, típica da metafísica. Ausentes, portanto, as importantes noções de historicidade do intérprete e da influência do Dasein para a compreensão.⁴⁴³

Há que se observar que a correção do direito pregada por Alexy vem a ser o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão). Identicamente afirma Grau "a submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quanto se percebe que os juristas – em especial os juízes – quando operam a ponderação entre princípios, fazem-no, para impor os seus valores, no exercício de pura discricionariedade, em regra não se dando conta de que o fazem".⁴⁴⁴

Por fim, as considerações finais aqui apresentadas consolidam-se nas palavras, assaz ilustrativas, de Abboud: "onde a discricionariedade começa, o direito termina".⁴⁴⁵

⁴⁴² COSTA, Cesar Augusto Nardelli. *Perspectivas para...*, *Op. cit.*, p. 59.

⁴⁴³ *Idem.*

⁴⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso...**, *Op. cit.*, p. 59.

⁴⁴⁵ ABBOUD, Georges. *Onde a discricionariedade...*, *Op. cit.*

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line. **Revista de Processo**, Distrito Federal, v. 41, n. 251, jan. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/download/51903609/ABBOUD-Georges_Discricionariedade-e-penhora.pdf. Acesso em: 02 dez. 2021.

ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR. Ativismo judicial como conceito natimorto para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 525-546.

ALEXY, Alexy. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

APALATEGUI, José Manuel Cabra. Corrección y racionalidade em el discurso jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 25, n. 3, p. 133-159, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2119/671.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2020.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. Teorias da justiça no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 16, n. 16, p. 48-69, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/20>. Acesso em: 02 fev. 2020.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de comum law e civil law na sociedade contemporânea**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-20T092503Z-1547/Publico/Estefania.pdf. Acesso em: 02 nov. 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 59-85, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/Tmw8X7GPj4Htghzm54XrHvC/abstract/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BARROZO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

BLANCO, Carolina Souza Torres. **Racionalidade e correção da decisão jurídica em Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy**. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6651/1/Carolina%20Souza%20Torres%20Blanco.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Marcio Pugiesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 12 – Distrito Federal**. Ação declaratória de constitucionalidade, ajuizada em prol da resolução n.º 07, de 18.10.05, do Conselho Nacional de Justiça. Ato normativo que "disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências". Procedência do pedido. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510**. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5.º da lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 28 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 26603 – Distrito Federal** Relator: Min. Celso de Mello, 04 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BULYGIN, Eugenio; ALEXY, Robert. **Direito, moralidade e positivismo**: o debate entre Robert Alexy e Eugenio Bulyugin. Curitiba: Juruá, 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na Teoria Pura do Direito. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2011. p. 423-439.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Sistema garantista e protagonismo judicial. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 207-227.

CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridade em Dworkin. **Doxa cuadernos de filosofia del Derecho**, Alicante, v. 12. p. 155-176, 1992. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiw5luUqJPrAhVmKLkGHVk-A28QFjACegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.cervantesvirtual.com%2FdescargaPdf%2Fel-concepto-de-integridad-en-dworkin-0%2F&usg=AOvVaw0Gkn8WXFdDETsSGoAF_Jz4. Acesso em: 15 jul. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 16, n. 23, p. 367-391, 2012. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/572>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CHUERI, Vera Karam de; GODOY, Miguel. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n.1, p. 159-174, jan./jun. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000100009&script=sci_abstract&tlng=es. Acesso em: 10 jun. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. In: **A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário**, n. 20, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. **Revista jurídica lusobrasileira**, Lisboa, v. 1, n. 2, p. 409-471, 2015. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-1-2015-n-2/157>. Acesso em: 10 dez. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Menezes. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjW2NK95qbyAhWqrJUCHXp7DAAQFnoECAQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.scielo.br%2Fpdf%2Frinc%2Fv2n3%2F2359-5639-rinc-02-03-0183.pdf&usg=AOvVaw0tnqzIEdDDT9qjThvD0FQR>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Interpretação constitucional: entre dinâmica e integridade. **Sequência**, Florianópolis, n. 72, p. 67-925, abr. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/xy56KDyMBZW3L6m3sNJKw5B/?lang=pt>. Acesso em: 10 dez. 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691>. Acesso em: 10 ago. 2021.

COSTA, Cesar Augusto Nardelli. Perspectivas para a interpretação constitucionalista: a contribuição da hermenêutica filosófica na atualização crítica do direito. **Direito Público**, v. 8, n. 39, p. 29-68, maio/jun. 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1933>. Acesso em: 02 out. 2021.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. Perspectivas para a justiça constitucional em tempos de pós-positivismo: legitimidade, discricionariedade e papel dos princípios. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Valença, v. 9, n. 1, p. 239-254, maio 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/516> Acesso em: 12 out. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: A matter of principle.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: Law's empire.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Título original: Justice for hedgehogs.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/en.php>. Acesso em: 14 abr. 2020.

FERREIRA, Josialdo Aparecido Batista. **O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma crítica à discricionariedade judicial a partir da teoria do Direito como integridade**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Pós-Graduação em Direito, Rio Branco, 2017. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/31105/1/2017_JosialdoAparecidoBatistaFerreira.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

GABARDO, Emerson; VIANA, Ana Cristina Aguiar; WASILEWSKI, Dione J. Teoria da argumentação jurídica em confronto com o populismo judicial. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 12, n. 3, p. 516/537, set./dez. 2020. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2020.123.12/60748313>. Acesso em: 20 jan. 2021.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. Constitucionalismo contemporâneo e hermenêutico: novas perspectivas, velhas dúvidas e o positivismo (solipsista) que anima o ativismo judicial. In: BEÇAK, Rubens; BORGES, Alexandre Walmott; LOPES, Ana Maria D'Ávila (Coord.). **Hermenêutica**: XXIII encontro nacional do CONPEDI, Florianópolis, CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=93>. Acesso em: 12 mar. 2021.

GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. Discricionariedade e arbitrariedade judicial na perspectiva positivista de Kelsen e Hart. **BARBARÓI**, Santa Cruz do Sul, n. 44, p. 69-86, abr. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/7423>. Acesso em: 10 dez. 2021.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional**: um contributo à constituição do estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GURNISKI, Marcelo Fonseca. Integridade do direito como meio de controle da discricionariedade judicial. In: JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, 7., 2020, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza, 2020. v. 1. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Marcelo+Fonseca+Gurniski.pdf/ec5ee997-3613-4221-6607-f98bb3f1fa45>. Acesso em: 05 dez. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. Título original: Faktizität und geltung.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. v. 1. Título original: Faktizität und geltung.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte 1. 11. ed. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário e estado democrático de direito: a necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo". **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 1, n.1, p. 11-38, dez. 2006. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/41/31>. Acesso em: 10 jun. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, 96 ed., v. 32, n. 2, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: <http://novosestudos.com.br/produto/edicao-96/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2000. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/78784>. Acesso em: 20 jan. 2021.

KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, n. 56, p. 151-176, jun. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/47426893_Jurisdicao_Constitucional_brasileira_entre_Constitucionalismo_e_Democracia/link/0ff11fa0cf2b20ef07598a5/download. Acesso em: 10 jun. 2020.

KREMER, Bianca; PARAGUASSU, Mônica. Hermenêutica, jurisdição e discricionariedade judicial: desafios trazidos pela crise dos métodos de interpretação jurídica no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 131-160, jan./abr. 2017.

LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin x Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 4, n.17, p. 1-225, jul./set. 2004. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/606>. Acesso em: 10 jun. 2020.

LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 127-148, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/issue/view/163>. Acesso em: 02 nov. 2021.

LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de. **O direito como integridade em Dworkin**: uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2006. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/7485>. Acesso em: 10 jul. 2020.

LOPES, Tomás Jobin Coutinho. Filosofia metafísica-transcendental, fenomenologia e giro linguístico: reflexões sobre hermenêutica clássica e filosófica. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, v. 20, n. 4256, fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32380>. Acesso em: 02 jan. 2022.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Livro eletrônico.

LUSTOSA, Helton Kramer. **Jurisdição constitucional e democracia**: o controle judicial das escolhas orçamentárias como instrumento de garantia dos direitos prestacionais sociais. Dissertação (Mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil, Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2010. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_Helton-Kramer.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

MALISKA, Marcos Augusto. Acerca da legitimidade do controle da constitucionalidade. **Justitia**, São Paulo, v. 193, p. 81-96, jan./mar. 2001. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/links/edicao.php?ID=193>. Acesso em: 10 ago. 2021.

MALISKA, Marcos Augusto; HUMENHUK, Hewerstton. Autoritarismo Judicial. In: LARA, Caio Augusto Souza; MARIN, Eriberto Francisco Bevilaqua; LEME, Fernando Lobo Lemes (Org.). **Constituição e democracia I**. Florianópolis, CONPEDI, 2019. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/4i7b4v4v>. Acesso em: 12 mar. 2021.

MARIN, Jeferson Dytz; FEDRIGO, Camila Paese. Decisão e argumentação em Alexy (limites aplicativos da teoria). Um freio à discricionariedade? **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 70-79, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.07/4549>. Acesso em: 05 dez. 2020.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial (entre) o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitos, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundamentação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/F66fxBT8QWWWhKVQ7QyVm9Gn/?lang=pt>. Acesso em: 02 dez. 2021.

MEDEIROS, Marcus Vinícius de. **A decisão judicial e o problema da discricionariedade**: contribuições crítico-teóricas a partir de Ronald Dworkin e em Jürgen Habermas para a articulação de uma resposta substancialista. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Pós-Graduação em Direito, Natal, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/28149>. Acesso em: 10 jul. 2020.

MELLO, Cleyson de Moraes. A hermenêutica de Has-Georg Gadamer. **Revista Interdisciplinar do Direito**, Valença, v. 9, n. 1, p. 47-56, dez. 2012. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/503>. Acesso em: 02 nov. 2021.

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

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Moralidade e jurisdição: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/89102>. Acesso em: 20 jan. 2021.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de Oliveira; CAMACHO, Matheus Gomes. Reviravolta linguística-pragmática e esboços de uma nova teoria hermenêutica jurídica. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 228-243, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/HermeneuticaJuridica/article/view/800>. Acesso em: 20 nov. 2021.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PABLOS, Mayara Roberta. **As contribuições de Wittgenstein para a filosofia do direito: uma análise da linguagem e suas regras**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-graduação em Filosofia, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106906/PFIL0196-D.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporâneo: uma análise de teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEREIRA, Micheli. Atuação do poder judiciário na defesa dos direitos fundamentais: uma tensão entre constitucionalismo e democracia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/55>. Acesso em: 20 fev. 2021.

PERES, Fernando Reis de Carvalho. Ativismo judicial: quem poderá nos defender da bondade dos bons? **Iurisprudencia**, Juina, v. 2, n. 4, p. 25-36, jun./dez. 2013.

PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O casamento homoafetivo no Brasil: as visões procedimentalista e substancialista. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n. 3, p. 1155-1190, set./dez. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13770>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Decisão jurídica e integridade do direito na hermenêutica política de Ronald Dworkin. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 102-127, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1228>. Acesso em: 15 jul. 2020.

PUGLIESE, William Soares. A jurisdição entre constitucionalismo e democracia. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Org.). **Processo e jurisdição**. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. 1. p. 316-332.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

PULIDO, Carlos Libardo Bernal. **El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales**. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. Livro eletrônico.

RADKE, Rafael Wagner. **Jurisdição constitucional**: entre substancialismo e processualismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista. **Sequência**, Florianópolis, n. 65, p. 189-207, dez. 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552012000200009&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 10 jul. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. In: **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167-205.

SOUZA, Rubin Assis da Silveira. **A decisão judicial e a filosofia relativista de Hans Kelsen**: uma abordagem hermenêutica. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/132983>. Acesso em: 20 dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 28, n. 54, p. 29-46, jul. 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2521149.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 75-90.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350944518017>. Acesso em: 20 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Revista Consultor Jurídico**, abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 10 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. In: **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 41-64.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Pós-graduação em Direito, São Leopoldo, 2012. Disponível em: <http://repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3522>. Acesso em: 14 abr. 2020.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão policial. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, p. 37-57, 2012.

TRINDADE, André Karam. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95-131.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 53, p. 137-164, jun. 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 12 dez. 2021.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912>. Acesso em: 02 jan. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, p. 39-85, 2007.

VILHENA, Oscar V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Hermenêutica e teorias argumentativas: contraposição ou complementação. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 21, n. 3, p. 909-939, set./dez. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/download/50536990/36._Hermeneutica_e_Teorias_Argumentativas_NEJ.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.