

# ATIVISMO JUDICIAL E VAR: QUEM CONTROLA O CONTROLADOR NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO?

## Guilherme Antunes da Cunha

Pós-Doutorando pela PUCRS. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Especialista em Processo Civil e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direito Humanos) do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Advogado. *E-mail:* guilherme@antunesdacunha.com.

## Marco Félix Jobim

Pós-Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Teoria Geral da Jurisdição e Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Advogado e Professor Adjunto da Escola de Direito da PUCRS (Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado). Coordenador da especialização em Direito Processual Civil e do Núcleo de Processo Civil da Escola de Direito da PUCRS. *E-mail:* marco@jobimesalzano.com.br.

---

**Resumo:** Ao Poder Judiciário tem sido atribuída novas funções, muito em conta da abertura existente no texto da Constituição da República Federativa do Brasil em termos de direitos e garantias individuais e coletivas, assim como na já consolidada doutrina que atribui ao texto legal um ponto inicial para, a partir da interpretação, se chegar à norma, que passa a ser seu produto final. O artigo tem a pretensão de, partindo dessa premissa, analisar a legitimidade que tem o Poder Judiciário para atribuir o significado ao texto, criando condutas que deverão ser padronizadas em situações idênticas. Para tanto, valeu-se da ideia do VAR – Árbitro Assistente de Vídeo – com a intenção de demonstrar que devem existir níveis de correções no sistema.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Legitimidade. Poder Judiciário. Interpretação. Estado Democrático de Direito.

**Sumário:** **1** Considerações iniciais – **2** Da necessária superação do positivismo jurídico no Estado Democrático de Direito: da subjetividade judicial às respostas adequadas ao direito – **3** O Judiciário como controlador no Estado Democrático de Direito? Ou melhor: “devagar com o andor que o santo é de barro” – **4** Considerações finais – Referências

---

## 1 Considerações iniciais

Houve um lance emblemático no jogo entre Inglaterra e Dinamarca realizado pela semifinal da Eurocopa de 2021.<sup>1</sup> Aos quatorze minutos do primeiro tempo da prorrogação, o jogador Sterling, da Inglaterra, adentrou na área da Dinamarca e foi ao chão, em jogada muito próxima de contato corporal com dois jogadores dinamarqueses. O inglês caiu na área e o juiz da partida assinalou pênalti para a seleção da Inglaterra. O árbitro consultou o VAR<sup>2</sup> para confirmar ou não a ocorrência da penalidade e, após análise do vídeo e do diálogo com a equipe externa ao campo, manteve a decisão. Os ingleses converteram e, com esse gol, passaram à final do torneio continental. Sugere-se a análise do lance tanto por aqueles que gostam de futebol<sup>3</sup> como pelos profissionais do direito.

Se, por um lado, existem momentos em que a imagem resolve um suposto *easy case*<sup>4</sup> (como impedimentos; ou para definir se a bola entrou ou não no gol; ou mesmo se a bola saiu ou não do campo); em outras situações a imagem adiciona elementos que potencializam a complexidade da interpretação do ocorrido no lance para a aplicação da regra do jogo. Resultado: afóra os casos “objetivos” (se é que efetivamente existem) – como são chamados na linguagem do futebol, os lances dependerão sempre da interpretação, seja do juiz da partida, seja dos árbitros externos do VAR. Portanto, e em paralelo à práxis jurídica, o problema da interpretação não está apenas na aplicação do Direito pelos juízes e tribunais, em que há sempre o elemento *argumentativo*. O futebol tem a mesma vicissitude.

O VAR não resolve em muitas circunstâncias, que seguem “dependendo da interpretação”; mas, ao contrário, apenas transfere a competência para outro sujeito que igualmente precisará interpretar o lance e argumentará a favor ou contra

<sup>1</sup> Partida realizada em 07 de julho de 2021, pela Eurocopa, no estádio de Wembley, em Londres.

<sup>2</sup> Árbitro Assistente de Vídeo – VAR (expressão em inglês: *video assistant referee*). Para acessar o manual de implementação em competições, organizado pela CBF, consultar: [https://conteudo.cbf.com.br/cdn/201910/20191028183438\\_823.pdf](https://conteudo.cbf.com.br/cdn/201910/20191028183438_823.pdf).

<sup>3</sup> Para assistir ao lance, sugere-se dois *links* do YouTube: <https://www.youtube.com/watch?v=HyCbl302-kw> ou <https://www.youtube.com/watch?v=m9Q4ghmq80M>.

<sup>4</sup> Se é que é possível, na *logos hermenêutico* da linguagem, realizar a distinção entre *easy cases* e *hard cases*, pois, à luz da fenomenologia hermenêutica, por exemplo, o ser humano é pensado como um acontecimento compreensivo interpretativo que não pode falar das coisas e dos objetos em um horizonte interpretativo *enunciativo-apofântico* (ou lógico-analítico) sem falar de si mesmo, inserido desde-já-sempre em um mundo histórico e cultural (OLIVEIRA, Carine de. *Entre o apofântico e o hermenêutico*: notas sobre a dupla estrutura da linguagem em ser e tempo de Heidegger. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/anais/semanadefilosofia/XIII/4.pdf>. Consulta em: 03 set. 2021). Haverá sempre, pois, um espaço argumentativo, sempre mais profundo e intersubjetivo, em relação ao qual a lógica-conceitual será continuamente insuficiente.

este ou aquele. A questão está em aceitar um último nível, um último *locus*, um último ator competente para aplicar a regra do jogo (ou decidir o caso), ainda que ciente de eventual “falibilidade”. O fato é que há uma desconfiança quase apriorística na atividade dos juízes, seja nos togados, seja nos árbitros do futebol. E, claro, todos os *cases* (ou lances) dependem da interpretação para a adequada aplicação da regra (legal ou do jogo), dos princípios, do Direito.

O objetivo do presente ensaio é estabelecer que o Direito, caracterizado como conceito interpretativo, sempre permitirá desacordos. Mas é preciso que haja alguém com a palavra final de aplicação, assim como nos jogos, em especial aqui o de futebol e sua inovação: o VAR.

Demonstrar-se-á, inicialmente, que é preciso superar a noção de decisão como *ato de vontade* do juiz. Não há como chegar de qualquer maneira às respostas em Direito; isto não se coaduna com uma jurisdição praticada em um Estado Democrático de Direito; dessa forma, é necessário ultrapassar o paradigma positivista de interpretação, para de fato adentrar em um modelo interpretativo pós-positivista. E, por isso, o primeiro ponto a ser tratado neste ensaio abordará a superação do positivismo jurídico no Estado Democrático de Direito, analisando a partir da perspectiva da subjetividade judicial em direção às respostas adequadas ao Direito.

Em seguida, o artigo tratará de investigar quem é ou deve ser, se é que há de haver, quem controle o Poder Judiciário no ato interpretativo. Daí a relação do VAR do futebol com a legitimidade da atividade judicante, especialmente do Supremo Tribunal Federal, na interpretação e aplicação do Direito. A polarização política da sociedade está enfraquecendo a democracia e é imperioso, nesse cenário, reforçar o papel das instituições em um Estado Democrático de Direito, com foco, para este ensaio, na função do Judiciário como controlador e balizador da supremacia da Constituição Federal, a partir de uma noção contemporânea da *separação dos poderes*. O objetivo é reforçar as atribuições do Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira, investigando sua atuação e a relacionando com o *ativismo judicial*.

## **2 Da necessária superação do positivismo jurídico no Estado Democrático de Direito: da subjetividade judicial às respostas adequadas ao direito**

Importa, de início, registrar que aceitar uma tese das respostas adequadas ao Direito implica, antes de tudo, na compreensão das consequências oriundas do

ranço paradigmático do positivismo jurídico que permeia o modo-de-fazer-Direito no Brasil. Afinal: qual a relação do positivismo jurídico com o problema da (histórica) falta de estabilidade nas decisões dos Tribunais? É importante, antes de mais nada, apresentar os problemas advindos do paradigma interpretativo positivista e suas consequências para, em seguida, apresentar a teoria de base para superar o estado da arte e, assim, partir em busca de um horizonte interpretativo em que a prestação jurisdicional seja motivo de estabilidade e segurança jurídica.<sup>5</sup>

O Poder Judiciário, em um Estado Democrático de Direito, precisa proporcionar igualdade diante de suas decisões, tratando igualmente casos iguais e de forma desigual os casos desiguais, como já anunciado na máxima aristotélica. Ademais, o Poder Judiciário tem o compromisso de possibilitar o pronto reconhecimento de qual é o direito para determinadas situações jurídicas, mantê-lo estável e proteger a confiança depositada nas suas decisões, além de prestar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva aos direitos, como condição para um acesso à justiça idôneo à consecução dos objetivos democráticos da jurisdição.<sup>6</sup>

Não se há de olvidar que a prestação de uma tutela adequada e efetiva dos direitos passa necessariamente pela concessão de maior poder decisório ao juiz de primeiro grau. Torna-se, em contrapartida, essencial que o julgador tenha a obrigação de seguir os padrões decisórios; mas que também tenha sua autonomia para realizar a devida distinção entre o caso concreto e o paradigma, quando for o caso. Ora, um dos motivos pelos quais os litigantes sempre que possível recorrem aos Tribunais Superiores está na necessidade de obter decisões acordes aos próprios – daí a necessidade de uma adequada aplicação também dos padrões decisórios, como condição para a superação da subjetividade judicial.<sup>7</sup>

O Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos padrões decisórios que tenham DNA constitucional, não na vontade individual do aplicador. Por isso, o debate sobre os diferentes modelos de interpretação e de decisão é absolutamente necessário, pois diz respeito a que tipo de Direito se espera para o futuro da democracia.<sup>8</sup> Com efeito, é fundamental que seja

<sup>5</sup> Aqui a segurança jurídica em um nível mais lato, como se pode ver com a leitura de: ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed, Salvador: Juspodivm; São Paulo: Malheiros, 2021.

<sup>6</sup> MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 87, set. 2011.

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 137-140.

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial: o velho realismo e outras falas. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 196-197.

abordado, preliminarmente, a influência do positivismo jurídico na subjetividade judicial para, em seguida, analisar a questão do *ativismo judicial*, suas causas e as perspectivas.

A partir da concepção do Direito no Estado Liberal Clássico, fica claro que a busca da ordem foi o problema central dos racionalistas e isso só poderia acontecer a partir de “verdades gerais” e conceitos abstratos válidos para todos, em que o conhecimento seria possível *a priori*. Nessa senda, o Direito ficou reduzido a uma questão de estabelecimento de nexos entre causas e consequências, ignorando-se, por completo, que a realidade social é rica em conflitualidade e experimenta, continuamente, mudanças profundas, especialmente a partir do século XX.<sup>9</sup>

O positivismo jurídico define o direito como um conjunto de comandos emanados pela autoridade competente, introduzindo na definição o elemento único de validade da norma, considerando, portanto, normas jurídicas todas aquelas emanadas de um determinado modo estabelecido pelo ordenamento jurídico, prescindindo do fato de essas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade. Essa doutrina, por isso, exclui da definição de direito toda e qualquer qualificação que seja fundada em um juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom ou mau, justo ou injusto.<sup>10</sup>

Dessa forma, resta claro que a prestação jurisdicional, na interpretação e aplicação do Direito, estava ligada diretamente à lei como fonte do Direito por excelência. As decisões judiciais, nesse andar, não se constituíam fonte formal do Direito, sob pena de violação do princípio que veda(va) a atividade Legislativa no Judiciário (isto porque, à época, a atividade de interpretar, de aplicar o Direito, de atribuir sentido ao texto, era considerada tarefa exclusiva do Poder Legislativo, haja vista os compromissos histórico-filosóficos daquela quadra da história, nos países de *civil law*).<sup>11</sup>

Houve, nesse diapasão, a cisão entre validade e legitimidade, pretendendo as teorias positivistas, pois, oferecer um método seguro de produção do conhecimento científico do Direito. Essa pretensão das teorias positivistas, que descolou a enunciação da lei do mundo concreto, possibilitou fosse o Direito entendido em sua autônoma objetividade, apostando numa racionalidade teórica que isola todo o contexto prático de onde as questões jurídicas realmente surgem. Em decorrência

<sup>9</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil: a sumariade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 148.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 136 e 142.

<sup>11</sup> MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 78.

disso, desvinculou-se o Direito da moral (tese formulada, por excelência, por Hans Kelsen<sup>12</sup>), em virtude da impossibilidade de se sustentar uma moral absoluta que pudesse servir como parâmetro para determinação dos conteúdos das normas jurídicas.<sup>13</sup>

Substituiu-se a realidade pelo conceito, o que foi uma das mais potentes e coercitivas heranças recebidas do direito romano-canônico pelo direito europeu, especialmente pelos países de direito codificado. O conceitualismo, próprio das ciências matemáticas, forma-se por meio de uma epistemologia que não tolera o individual. É o modo que lhe permite praticar o método da subsunção, que despe o fato de tudo aquilo que o caracteriza como uma individualidade, para acomodar seu esqueleto na norma, tornando-o um exemplar de vários fatos supostamente idênticos, embora circunstancialmente diferentes.<sup>14</sup>

Nessa linha, a dogmática jurídica tradicional (ligada ao paradigma racionalista e à filosofia da consciência) “destemporaliza” o texto legal ao equiparar texto e norma, esquecendo-se que texto e realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação é que vai construir a norma jurídica. Logo, não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também assim ocorre com a norma (aparentemente) genérica e abstrata, já que a norma geral não é prévia, apenas seu texto (que é uma ficção).<sup>15</sup>

Isso porque, segundo o positivismo normativista, nos casos de indeterminação da lei existem várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado de maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, de maneira a corresponder à vontade do legislador ou, então, à expressão por ele escolhida, correspondendo a uma ou a outra das duas normas que se contradizem ou decidindo como se as duas normas se anulassem mutuamente. Nessas hipóteses, o direito a ser aplicado forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro dessa moldura.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Consultar KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 457-458.

<sup>14</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 85.

<sup>15</sup> ADEODATO, João Maurício. *Retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146 e 148.

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 390. O autor prossegue (p. 390-391) aduzindo que, se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a ser interpretado e, conseqüentemente, o

Sempre que uma situação jurídica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, o juiz tem, segundo o positivismo jurídico, o poder discricionário de decidir o caso de uma maneira ou de outra, como se uma das partes tivesse o direito preexistente de ganhar a causa. Na verdade, o juiz acaba por criar novos direitos e, ato contínuo, os aplica retroativamente ao caso em questão.<sup>17</sup> Essa discricionariedade positivista propicia que cada intérprete crie seu próprio objeto de conhecimento. Por isso, qualquer forma hermenêutico-interpretativa que continue a apostar no solipsismo está fadada a depender de um sujeito individualista que não sai de si no momento de decidir.<sup>18</sup> Essas teorias criaram o protagonismo judicial desenfreado, sendo o único sujeito da interpretação o juiz e suas escolhas.

Em virtude das circunstâncias político-sociais que vieram a cabo ao longo do século XX, houve uma grande metamorfose no constitucionalismo: a passagem de um constitucionalismo formal, de textos, a um constitucionalismo material, de realidade, ou o transcurso de um constitucionalismo sem hermenêutica para o constitucionalismo interpretativo e normativo. Com efeito, a nova hermenêutica, nos termos de Paulo Bonavides, levou a cabo a revolução do constitucionalismo contemporâneo.<sup>19</sup>

Passa-se a uma conscientização de que o modo de supremacia do Direito deve se estabelecer também contra a face legislativa do Estado, e que a Constituição, mais do que um poder político, é um conjunto de normas fundamentais, as quais contribuem de forma decisiva para este novo modo de pensar constitucional. Em

---

conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas a várias soluções que têm igual valor, mas apenas uma delas se tornará Direito positivo no ato da aplicação do Direito.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 127.

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87 e 89.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta e os direitos fundamentais. In: BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica e por uma repolitização da legalidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 220. Prossegue o autor (p. 221) sustentando que a metodologia interpretativa de subsunção imperava incontestemente na decifração dos problemas jurídicos; a vertente aristotélica do silogismo tudo interpretava e tudo resolvia em matéria hermenêutica, e o fazia a contento, enquanto imperavam tranquilos e estáveis os Direitos da primeira dimensão – direitos civis e políticos. Mas tudo mudou, e mudou para sempre, quando advieram os direitos fundamentais da segunda, da terceira e da quarta gerações e a reflexão constitucional passou, numa hora feliz, de compatibilização teórica, para o outro polo – o da vertente tópica, também aristotélica, formando os juristas de uma nova escola de pensadores e hermeneutas. Suas postulações fizeram o princípio deslocar a regra, a legitimidade a legalidade, a Constituição a lei, e assim logrou estabelecer o primado da dignidade da pessoa humana como esteio de legitimação e alicerce de todas as ordens jurídicas fundadas no argumento da igualdade, no valor da justiça e nas premissas da liberdade, que concretizam o verdadeiro Estado de Direito.

decorrência da substituição do Direito constituído por regras, pelo constituído por princípios, há o rompimento com o positivismo do Estado Liberal Clássico.<sup>20</sup>

Nesse diapasão, o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética e da moral não correspondiam ao estágio do processo civilizatório às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, não era mais possível o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva.<sup>21</sup>

Assim surge o neoconstitucionalismo,<sup>22</sup> não com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional, guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, nele introduzindo as ideias de justiça e legitimidade. Promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética, moral e Direito.<sup>23</sup>

A diferenciação social e o pluralismo político são as principais características da sociedade contemporânea. Nesse contexto conflituoso, que inclui formas democráticas de participação social nos assuntos públicos, não é razoável encarar o ordenamento constitucional como um sistema normativo completo e fechado,

<sup>20</sup> GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007. p. 16-21. O mesmo autor, noutro ensaio em obra também organizada por Miguel Carbonell, estabelece entre as principais condições para a constitucionalização dos direitos: a) a existência de uma Constituição rígida, que incorpora os direitos fundamentais; b) a garantia jurisdicional da Constituição, através de um sistema de controle de constitucionalidade; c) a força vinculante da Constituição, que deixa de ser vista como um conjunto de normas programáticas; d) a “sobreinterpretação” da Constituição, que passa a ser interpretada de modo extensivo, dela deduzindo, inclusive, princípios implícitos; e) a aplicação direta das normas constitucionais também para regular as relações entre particulares; f) a interpretação adequada das leis; e g) a influência da Constituição sobre as relações políticas (conforme GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49-58).

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327-328. Paulo Bonavides bem lembra que, durante as décadas de 1940 e 1950, pelo menos na Alemanha, onde a Filosofia do Direito sempre travou suas batalhas mais difíceis, houve uma ressurreição jusnaturalista, decorrente do pessimismo que invadira o ânimo dos juristas, perplexos com a tragédia da Segunda Guerra Mundial, movidos a uma reconsideração dos valores pertinentes à ordem jurídica legítima. Mas a restauração jusnaturalista foi um relâmpago, não uma lâmpada, logo se apagou aquela claridade súbita. Não sendo possível o retorno ao positivismo jurídico, a década de 1950 viu abrir-se nova crise no pensamento filosófico do Direito, de maneira que as dificuldades só foram removidas a partir da publicação de *Tópica e Jurisprudência*, de Viehweg. Representou essa monografia uma abertura de rumos e horizontes para a Ciência do Direito da segunda metade do século XX (conforme BONAVIDES, Paulo. O pensamento jusfilosófico de Friedrich Müller: fundamento de uma nova hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legalidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 207).

<sup>22</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia Jurídica da PUC/SP*, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática Constitucional transformadora*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 328.



caracterizado pela ordem e pela unicidade. A Constituição passa a se caracterizar por sua estrutura aberta, incompatível, pois, com qualquer interpretação formalista. Significa isso o fim do primado da regra e a consequente primazia da constituição material sobre a constituição formal.<sup>24</sup>

Por isso, a Constituição está condicionada pela realidade histórica, ou seja, ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. Mas a Constituição não configura apenas a expressão de uma dada realidade, pois também ordena e conforma a realidade política e social, convertendo-se em força ativa que influi e determina essa realidade. Quer dizer, essa força, que constitui a essência e a eficácia da Constituição, reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se em força ativa. Portanto, um ótimo desenvolvimento da Constituição depende, além do conteúdo, também da práxis.<sup>25</sup>

As Constituições compromissórias, por conseguinte, somente logram garantir os direitos e garantias fundamentais, modelando o futuro comunitário sem rupturas, se satisfazem três requisitos: a) máximo rigor possível nos preceitos atinentes a direitos e liberdades fundamentais, não cabendo ao legislador e ao aplicador senão uma tarefa de interpretação e regulamentação; b) abertura, nos limites de sua força normativa, dos preceitos atinentes à vida econômica, social e cultural, sujeitos às sucessivas concretizações correspondentes às manifestações de vontade política constitucionalmente organizada; c) criação de mecanismos jurídicos e políticos de garantias das normas constitucionais.<sup>26</sup>

Na medida do chamado neoconstitucionalismo, o modelo de Estado cunhado para instrumentalizar e dar eficácia ao conteúdo dirigente destas Constituições é o Estado Democrático de Direito, que representa verdadeira revolução paradigmática no campo da efetivação dos preceitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, pela via do Poder Judiciário (Jurisdição Constitucional). Vale dizer, o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito representa uma valorização do jurídico, em que há um deslocamento da esfera de tensão entre os Poderes (no Estado Liberal Clássico era o Parlamento; no Estado Social era o Executivo), passando o Judiciário a fazer parte da arena política.<sup>27</sup>

Assim sendo, o positivismo jurídico necessita de uma releitura. A lei passa a dever ser compreendida a partir da Constituição, mas não atribuindo às normas

<sup>24</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 30.

<sup>25</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19-24.

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: constituição e inconstitucionalidade. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 2, p. 70.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70-71.

constitucionais o seu fundamento (questão pura e simples da hierarquia), mas submetendo o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada (aplicada) a norma jurídica que revele a adequada conformação ao Direito.<sup>28</sup>

Esse novo constitucionalismo, compromissório e diretivo, altera, portanto, a teoria das fontes que sustentava o positivismo, vindo os princípios a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há um princípio que não a deixa se desvencilhar do mundo prático), já que o modelo do conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo. É nesse contexto que ocorre a invasão da filosofia pela linguagem, a partir de uma pós-metafísica de (re)inclusão da facticidade que atravessará o esquema sujeito-objeto (subjativista e objetivista), estabelecendo uma circularidade virtuosa na compreensão.<sup>29</sup>

Ocorre que os princípios, de um lado, foram responsáveis por propiciar a mudança paradigmática do neoconstitucionalismo, da necessidade de rompimento com o positivismo jurídico e do resgate da moral, da justiça e da legitimidade ao Direito, mas, por outro lado e em nome de tudo isso, acabaram por ter seu papel supervalorizado, devolvendo ou mantendo na prática jurisdicional o mesmo problema que o positivismo jurídico impunha: a decisão judicial como ato de vontade do julgador.

Sem sombra de dúvidas, essa questão colocou a jurisdição contemporânea em xeque (crise), pois, em que pese o Estado Contemporâneo já ter rompido em parte com a concepção do paradigma liberal-burguês (com a vinda dos direitos fundamentais e por meio da imperatividade da justiça social/material), a nova concepção apregoadada pelo neoconstitucionalismo ainda não rompeu com a discricionariedade, no sentido positivista, em virtude da desmedida aplicação dos princípios.

Não fica difícil concluir que, com o advento dos princípios constitucionais, parcela considerável da comunidade dos juristas optou por considerá-los como um sucedâneo dos princípios gerais de direito ou como sendo o suporte dos valores da sociedade. Os princípios são utilizados para resolver os “casos difíceis” ou “corrigir as incertezas da linguagem”. A proliferação de princípios acaba por enfraquecer a autonomia do Direito e a força normativa da Constituição, pois grande parte desses princípios é utilizada em discursos com pretensões de correção. Esse “panprincipiologismo” é, pois, caminho perigoso para um retorno ao velho positivismo kelseniano/hartiano: na falta de regra adequada, o intérprete lança

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51.

<sup>29</sup> Conforme STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

mão da “principiologia”, voltando-se ao antigo *non liquet*. Qualquer resposta passa a ser correta, construindo-se os casos a partir de graus zeros de significado.<sup>30</sup>

A noção de discricionariedade, no sentido do positivismo jurídico, aparece no contexto das teorias positivistas a partir do momento da “descoberta” da indeterminação do Direito. Assim, da Escola do Direito Livre,<sup>31</sup> passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelseniano, bem como pelo positivismo moderado de Hart, há sempre um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade do intérprete.<sup>32</sup> E não parece este quadro tenha modificado esse modelo interpretativo, ainda que o Direito, a partir da segunda metade do século XX, tenha convivido com a invasão dos princípios e com a proposição, por diversos autores, de modelos pós-positivistas de interpretação.

Nessa seara, os princípios gerais de direito contribuíram e contribuem para a manutenção deste *status quo*, pois são, na realidade, técnicas positivistas de colmatação de lacunas incabíveis no paradigma do Estado Democrático de Direito, notadamente a partir do advento dos princípios advindos com a Constituição Federal de 1988, que institui novo paradigma hermenêutico no *modo-de-fazer-Direito* no Brasil:

[...] Mesmo com a vigência de um novo Código Civil desde 2003, continua em vigor a velha Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942. Um

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 517-518 e 539. Explica o autor (p. 540) que o Direito ainda é um modelo de regras e, por isso, os princípios constitucionais que emergem da tradição do segundo pós-guerra são apenas uma nova versão, mais sofisticada, do modelo dos princípios gerais de direito, já existente ao tempo das metodologias jurídicas que influenciaram o pensamento jurídico no período que sucedeu a codificação. Os princípios, assim, representa(va)m um reforço da razão prática para o Direito que seriam acionados pelo julgador no momento em que as regras codificadas não apresentassem uma resposta imediata para a questão. Essa tese ainda é prisioneira do solipsismo do sujeito epistemológico da modernidade. Na teoria da argumentação, para a qual os princípios são mandados de otimização, os velhos princípios gerais de direito ainda vigoram, acrescentados com predicados morais, inclusive sobrepondo, eventualmente, a moral sobre o próprio Direito.

<sup>31</sup> Ao lado do racionalismo que, no século XIX, assumiu a forma de crença na inquebrantável validade e cognoscibilidade das leis naturais, como uma contracorrente da história intelectual europeia surge o “irracionalismo”, nas vestes de voluntarismo. O Movimento do Direito Livre, cujo precursor foi Oskar Büllow, deixou bem claro que a decisão judicial não é apenas uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de Direito, originada pelo conhecimento. Houve, pois, uma viragem ao subjetivismo, em que o Direito passa a ser produto da vontade. Com efeito, o que leva um caso a ser interpretado extensiva ou restritivamente não são as fontes do direito, mas a vontade, o Direito Livre. Existe sempre, nessa concepção, liberdade de decidir pelo sentimento do julgador. Consultar LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 77-82.

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

dos pilares da Lei é o art. 4º, que, ao lado do art. 126 do Código de Processo Civil, funciona como uma espécie de fechamento autopoiético do sistema jurídico. Segundo o art. 4º, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

[...]

Os dispositivos, a par de sua inequívoca inspiração positivista (permitindo discricionariedades e decisionismos) e sua frontal incompatibilidade com uma leitura hermenêutica do sistema jurídico, superadora do esquema sujeito-objeto (filosofia da consciência), mostram-se tecnicamente inconstitucionais (não recepcionados). Com efeito, com relação à LICC, na era dos princípios, do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, tudo indica que não é mais possível falar em ‘omissão da lei’ que pode ser ‘preenchida’ a partir da analogia, dos costumes (quais?) e dos princípios gerais do direito. [...].<sup>33</sup>

Ademais, os princípios constitucionais estabelecidos na Carta Cidadã de 1988 não significam a positivação dos princípios gerais de direito estabelecidos na Lei de Introdução do Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>34</sup>), pois estes últimos representam a discricionariedade positivista, ao passo que os princípios constitucionais fecham a interpretação e são instrumentos contra o arbítrio judicial.<sup>35</sup>

De fato, a decisão judicial por vezes deve levar em conta questões políticas importantes. Contudo, os tribunais devem tomar decisões de princípio, não de política. As questões da moralidade política de uma comunidade devem ser debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político. Afinal, a decisão judicial deve sempre ser calcada em uma questão de princípio.<sup>36</sup> Ora, os juízes nunca devem decidir os “casos difíceis”, em que nenhuma regra explícita decide em favor de qualquer das partes, com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes, uma decisão sobre o que deveria estar lá.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 260-261.

<sup>34</sup> Lei nº 12.376/2010, a qual manteve os métodos de interpretação e aplicação positivistas do Direito, em seu art. 4º (BRASIL. *Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010*. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262-263.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão técnica: Guildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 101-102.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão técnica: Guildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 10.

Diante dessas premissas, resta evidente que essa utilização do método positivista de aplicação do Direito não está em conformidade com o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. É incompatível com a democracia uma decisão judicial em que o Magistrado crie a lei. Na democracia representativa, os cidadãos são governados por seus representantes, devidamente eleitos. Os juízes, por não serem eleitos, não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores. Nesse sentido, se um juiz, ao decidir, cria uma nova lei e a aplica (retroativamente) ao caso em decisão, a parte perdedora será punida, não por violar um dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.<sup>38</sup>

As decisões judiciais não visam a afirmar o que o Direito deveria ser idealmente. Os princípios não são meros guias para o exercício de uma atividade discricionária, nem são vinculantes em razão de uma determinada origem autoritária. O positivismo jurídico fracassa justamente por não reconhecer esse aspecto importante da posição que os princípios ocupam na interpretação e aplicação do Direito.<sup>39</sup> O juiz, ao decidir, deve descobrir um esquema de princípios que se ajuste não apenas a um precedente específico, mas ao contexto das outras decisões da sua jurisdição e às disposições constitucionais e legislativas. Sua motivação deve abranger tanto a ordenação vertical (decisões das Cortes de Vértice,<sup>40</sup> legislação e Constituição Federal) quanto a horizontal (as decisões de um nível devem ser consistentes com as demais decisões do mesmo nível). Nada disto impede que as convicções pessoais do juiz não apareçam, mas elas não devem ter nenhuma força independente na motivação.<sup>41</sup>

A decisão judicial, enquanto outorga sentido ao texto e reconstrói a ordem jurídica, abre a oportunidade para que a partir dela a comunidade jurídica dialogue com o caso concreto e com a própria ordem jurídica. O discurso voltado ao caso concreto representa direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do devido processo legal; já o discurso voltado à ordem jurídica é de ordem institucional, direcionado a promover a unidade do Direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 132.

<sup>39</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 165.

<sup>40</sup> Sobre a expressão, ver: TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo*. Saggi sulla Cassazione. Bologna: Il Mulino, 1991.

<sup>41</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, [S. l.], v. 16, n. 23, 2012, p. 385. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/572>.

<sup>42</sup> MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 125.

A aplicação das normas jurídicas a partir de um marco zero é perigosa e viola a integridade e a coerência do Direito. Daí a necessidade da compreensão do sistema adequado de aplicação de padrões decisórios (vinculantes e persuasivos). O juiz deve observar a história do Direito ao decidir. A construção do direito também se dá por meio das decisões que incorporam o sistema jurídico, motivo pelo qual não se pode conceber decisões que não se atenham ao Direito. Nesse andar, não basta referências a casos e teses aleatórias; deve-se realizar a problematização específica, considerando todas as nuances da formação do padrão decisório invocado.<sup>43</sup>

Por isso, os princípios devem possibilitar um fechamento interpretativo contra decisionismos judiciais (e não uma *abertura* interpretativa), cujo conteúdo normativo é retirado de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios são, assim, vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum da sociedade. Por isso, os princípios têm o *status* da constitucionalidade e são deontológicos.<sup>44</sup>

Mostra-se, pois, imprescindível pensar na relação originária do homem com a linguagem. O primeiro passo é superar a postura objetivante na consideração da linguagem, reconhecendo que todo o pensar já se movimenta no seio da linguagem, articulando-se em um espaço linguisticamente mediado, no qual se abrem perspectivas para a experiência do mundo e das coisas. Fala-se, pois, a partir da linguagem, sendo um *ser-no-mundo* sempre linguisticamente mediado, ocorrendo a manifestação dos entes e dos seres por meio da linguagem. E isso não é subjetividade, pois a linguagem determina o homem e nela se dá a revelação dos entes, sendo o evento de desvelamento do sentido do ser.<sup>45</sup>

O Direito passa a ser compreendido a partir desse novo lugar destinado à linguagem, nessa terceira etapa da história do conhecimento: na metafísica clássica, a preocupação era com as coisas; na metafísica moderna, com a mente, com a consciência; já no paradigma exurgente da invasão da filosofia pela linguagem, a preocupação é com a palavra, com a linguagem. Não há essências e não se define a realidade a partir da consciência assujeitadora do mundo do intérprete. A linguagem não está à disposição do sujeito; este depende daquela. Nessa linha, o Direito e os fatos sociais não são mais separados do intérprete. Não se fala mais,

<sup>43</sup> CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. *Fundamentos da decisão no novo CPC: o contraditório forte e os precedentes*. Jundiaí: Paco, 2014. p. 144-145.

<sup>44</sup> Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 35-50.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 205-206.

pois, em relação sujeito-objeto, mas sim em uma relação sujeito-sujeito. É isso que constitui a superação do paradigma da filosofia da consciência.<sup>46</sup>

O neoconstitucionalismo e a nova concepção de Direito no Estado Contemporâneo, com intenção de combater o positivismo e devolver ao pensamento jurídico os valores e a justiça, vieram a encarar os princípios como condição de possibilidade desse “novo paradigma”, mas sustentando que os princípios seriam “cláusulas abertas”, contendo espaço reservado à “livre atuação da subjetividade do juiz”, a fim de permitir a inserção dos valores e da justiça nos casos concretos. É essa última parte da ideia que deve ser rompida.

O juiz tem a responsabilidade (ética e constitucional) de proteger os direitos e garantias fundamentais, contidos na Constituição da República. O “sentido” desses direitos e garantias fundamentais exsurgirá da pré-compreensão que ele tem da Constituição, não estando à sua disposição a atribuição (solipsista) desse sentido da maneira que bem entender, não estando a palavra ao bel-prazer do intérprete. A tradição faz com que o intérprete não possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, já que, como homem, está sempre inserido em uma determinada tradição.<sup>47</sup>

Diante dessas circunstâncias postas no primeiro ponto deste ensaio, observa-se que não é possível tratar a decisão judicial como ato de vontade do intérprete e, assim, não há como permitir que se diga qualquer coisa sobre qualquer coisa. Há que se respeitar o DNA e as fontes para, a partir disso, na interpretação e aplicação do Direito, seja possível extrair-se uma adequada fundamentação da decisão judicial sem arbitrariedades. Contudo, o fato de não ser aceitável uma prática jurisdicional relegada à vontade íntima do julgador, o Poder Judiciário é e sempre será, em um Estado Democrático de Direito, o ator com a palavra final sobre o que é o Direito no caso concreto. É disso que se tratará no próximo ponto.

### **3 O Judiciário como controlador no Estado Democrático de Direito? Ou melhor: “devagar com o andor que o santo é de barro”**

Trata-se de expressão utilizada como pedido de calma, cuidado, parcimônia. Quer dizer que é preciso andar devagar, pois a precipitação pode causar grandes problemas. Como alertaria a Unidos da Tijuca, em seu samba enredo “Brasil:

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 222-223.

<sup>47</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 178-179.

devagar com o andor, porque o santo é de barro”, já em 1983: “que maravilha, que beleza tão singela, que grande arte, mas caíndo se escafela”. É preciso ter cautela acerca do que se quer acerca de legitimidade para promover a supremacia da Constituição, principalmente diante das críticas e do “avanço” argumentativo agressivo que se está vivendo em 2021, em face do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário, por determinados setores da população.

Há duas décadas movimentos mundo afora demonstram a progressão da polarização, das visões unilaterais, dos ódios e das discriminações. Esses retrocessos dão origem a Estados neoautoritários que, a prosseguirem, será de se temer a formação e a generalização de um totalitarismo de tipo novo. Escutas telefônicas ilegais, espionagem digital e reconhecimento facial. Se o retrocesso continuar, poderá ser inevitável que Estados neoautoritários se tornem neototalitários.<sup>48</sup> Em paralelo, há outro fator perigoso que incrementa o risco à autocracia: as *fake news*.<sup>49</sup> Os regimes totalitários ao longo da história se apropriaram da linguagem para controlar não apenas como as pessoas se comunicam, mas também como elas pensam. E o uso da linguagem como ferramenta para disseminar discórdia e desconfiança também contribui para colocar a democracia em xeque.<sup>50</sup>

É preciso ter cuidado com discursos populistas *antiestablishment*, que afirmem representar “a voz do povo” que guerreiem contra a legitimidade dos partidos estabelecidos e os ataquem como antidemocráticos ou antipatrióticos. Discursos populistas tendem a sugerir que o sistema eleitoral não é efetivamente democrático ou que tal sistema está corrompido ou manipulado. Devem, pois, ser levados a sério discursos que prometam devolver o poder “ao povo” e que investem contra as instituições democráticas. Esses movimentos enfraquecem a democracia.<sup>51</sup>

Talvez um dos grandes calcanhares de Aquiles das democracias contemporâneas esteja no *problema da interpretação*. Afinal: como se chegamos às respostas

<sup>48</sup> MORIN, Edgar. *É hora de mudarmos de via: as lições do coronavírus*. 2. ed. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2021, p. 50-51.

<sup>49</sup> Sobre o tema, recomenda-se: RAIS, Diego (Coord). *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>50</sup> KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade: notas sobre a mentira na era Trump*. Tradução: André Czarnobai e Marcela Duarte. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018, p. 111. O ataque à linguagem pode não se limitar a uma corrente de mentiras em geral, mas também a uma tomada de palavras e princípios intrínsecos ao Estado de Direito e sua contaminação por questões pessoais e partidarismo político. Isso substitui a linguagem da democracia e seus ideais pela linguagem da autocracia. Um líder que eventualmente exija lealdade a si próprio e não à Constituição, por exemplo, ou que espere que o Parlamento e membros do Judiciário aplaudam suas políticas e desejos, utiliza-se da linguagem para desacreditar as instituições e coloca em risco o Estado de Direito – daí porque estamos em um momento que requer, mais do que nunca, calma, cuidado, parcimônia (conforme KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade: notas sobre a mentira na era Trump*. Tradução: André Czarnobai e Marcela Duarte. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018, p. 117).

<sup>51</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018, posição 436, livro digital.



em Direito? E quem tem a palavra final sobre o que é o Direito, ou seja, quem exerce o controle jurídico das questões da sociedade em última instância? Há como controlar esse controlador? Essas perguntas são provavelmente angústias de outras democracias contemporâneas, não apenas da brasileira. Em um mundo cada vez mais conectado e as questões políticas cada vez mais publicizadas e objeto de discussão amplo – inclusive nas redes sociais, é preciso ter cuidado e respeito com as instituições democráticas estabelecidas pela Constituição Federal.

Afinal, sociedades democráticas são sociedades que toleram, diante da diversidade de grupos de opinião e de interesses em concorrência entre si; esses grupos às vezes se contrapõem, às vezes se superpõem, em alguns casos se integram e eventualmente depois se separam; ora se aproximam, ora se distanciam. No pluriverso de uma sociedade democrática, notadamente em países de grande densidade demográfica e de extensão continental, as partes em jogo são muitas e têm entre si convergências e divergências que tornam possíveis as mais variadas combinações de umas com as outras, não se podendo mais colocar os problemas sociais sob a forma de antítese, de “ou-ou”, ou direita ou esquerda.<sup>52</sup>

A Constituição Federal representa a formalização de um pacto social que instituiu o Estado de Direito brasileiro, democraticamente. E ela positiva uma série de demandas sociais que devem ser atendidas pelo Estado. Entre essas exigências, está a prestação de serviço de saúde universal, educação de qualidade para todos, promoção de segurança pública. Como também está a valorização do trabalho e da livre iniciativa, criando condições para que a iniciativa privada possa se desenvolver e contribuir com a promoção de empregos e com o desenvolvimento social e econômico do país.

Há uma série de demandas de um modelo de Estado Democrático de Direito que precisam ser observadas. Este funciona como transformador da realidade, a partir da evolução dos Estados Liberal Clássico e Social.<sup>53</sup> Tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, o impacto na comunidade e a justiça social. Portanto, o Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo que busca limitar a ação estatal, exige do Estado prestações sociais positivas, mas também a implementação de ações que transformem o *status quo*, tendo como objetivo reestruturar as relações sociais, implementando, além das garantias negativas e

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. 3. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 53.

<sup>53</sup> Sobre a evolução do Estado de Direito, consultar, por exemplo: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução: Carlo Alberto Dastoli, com a colaboração de Emilio Santoro. São Paulo: Martins Fontes, 2006; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução, prefácio e apêndice: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

das ações de cunho social (condições mínimas de vida), direitos difusos e coletivos, impactando a vida comunitária.

Portanto, tais demandas, não são resultado dessa ou daquela pessoa, desse ou daquele governo ou partido, ou consequência de uma ou outra ideologia; é resultado do pacto social instituído na Constituição Federal. Não se acredita que o Estado precisa ser pequeno (mínimo) ou grande (máximo). O Estado deve ser do tamanho suficiente para atender as demandas sociais que a Constituição lhe impôs. Essas demandas são um compromisso não apenas do Executivo e do Legislativo, mas igualmente do Poder Judiciário e da própria sociedade organizada.

A Constituição passou a ser, em sua substancialidade, o alicerce hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico, sendo a Carta Política, assim, a materialização da ordem jurídica apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, procurando concretizar os objetivos traçados em seu texto normativo.<sup>54</sup> Os direitos fundamentais são a essência do Estado Contemporâneo, e a “expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas”,<sup>55</sup> constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material, sendo a concretização desses direitos tarefa permanente: tais direitos constituem exigência imprescindível ao efetivo exercício das liberdades e garantia de igualdade de oportunidades entre os cidadãos, inerentes à noção de um Estado guiado pelo valor da justiça material.<sup>56</sup>

É preciso, em um Estado Democrático de Direito, que o Judiciário assuma uma posição *ativa* no exercício de sua função jurisdicional. O objetivo não é emancipar o juiz da observância do direito positivo – e das demais fontes do Direito, nem mesmo avaliar juízos interpretativos de conveniência pessoal e oportunidade, em dissonância com a história institucional do Direito em constante diálogo intersubjetivo. Mas o objetivo é evitar omissões na aplicação do Direito quando outros poderes se abstêm,<sup>57</sup> evitando, assim, que a atividade jurisdicional seja esvaziada ou reduzida a posição óbvia, secundária ou protocolar de aplicação das fontes legislativas do Direito – esse tempo já passou. A usurpação da unidade do Direito presente em determinada tradição jurídica deve ser vista como *arbitrio* e

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 249.

<sup>55</sup> CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 2, n. 2 e ano 3, n. 3, 2001-2002, p. 135.

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62.

<sup>57</sup> Sobre a atuação do Poder Judiciário na omissão dos demais poderes, ver: JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes na jurisdição constitucional: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

não como *ativismo*, da mesma forma que não são “ativistas” decisões abstencionistas de integração entre as fontes do Direito.<sup>58</sup>

Não se pode confundir decisões de vanguarda (e, nesse sentido, ativistas) de Tribunais Constitucionais estabelecidas dentro da multiplicidade de significados extraíveis naturalmente dos textos, com decisões cuja vanguarda advém de verdadeira ginástica hermenêutica desses textos, para deles fazer extrair aquilo que, ainda que politicamente desejável, é juridicamente inaceitável, a considerar a autolimitação, em que pese esta também padecer de inúmeras críticas, tão ou mais perigosas que a postura ativista.<sup>59</sup> Há, assim, uma ética inerente à autolimitação judicial, pois parte ela de uma declaração de humildade do juiz: aquela de dizer que o texto, que constitui sua jurisdição, há de ser maior que ele em sua jurisdição.<sup>60</sup>

É, pois, de suma importância que a responsabilidade na interpretação do Direito seja discutida no Brasil. Apenas uma interpretação constitucional responsável e pós-positivista será capaz de superar a discricionariedade – positivista – e o problema de legitimidade do Poder Judiciário. É momento de se encarar a questão da interpretação constitucional, para não se colocar a perder a dimensão reflexiva da jurisdição constitucional e sua indispensável legitimidade.<sup>61</sup>

De fato, há uma tradição opinativa e, portanto, não argumentativa na construção da resposta em Direito, a referência aos casos anteriores está muito mais enfocada no resultado do padrão decisório do que nos seus *fundamentos determinantes*, não havendo uma argumentação “sistemática” fundada mais na autoridade das decisões do que nos argumentos que justificavam o paradigma invocado. O objetivo da jurisdição está mais no resultado do que na construção argumentativa que conduz o julgador à produção intelectual da resposta ao problema jurídico posto. Diante dessas circunstâncias, parece que as obras de Habermas, Alexy e Dworkin não geraram impacto sobre o *modo-de-fazer-Direito* na prática jurisdicional brasileira.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> JOBIM, Marco Félix; DUARTE, Zulmar. Ativismo Judicial e suas múltiplas definições. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 15, volume 22, n. 3, setembro a dezembro de 2021, p. 726.

<sup>59</sup> Sobre o tema, recomenda-se: GROSTEIN, Julio. *Autocontenção judicial e jurisdição constitucional*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 341. Defende o autor: “Pondera-se, todavia, que o excesso de autocontenção – sobretudo quando os órgãos democraticamente compostos frustram expressões plurais na sociedade – pode colocar em risco o pluralismo de ideias e valores. A adoção de posturas judiciais autocontidas mesmo diante da falha ou omissão dos organismos políticos configura, sob este panorama, indesejado passivismo judicial”.

<sup>60</sup> FORSTER, João Paulo K.; HAEBERLIN, Martín. O “Iluminismo Constitucional”: a atuação do Supremo Tribunal Federal entre a autocontenção e o ativismo judicial. In: *Novos Estudos Jurídicos*, Univali, v. 24, n. 02, 2019. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14967/pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

<sup>61</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direito, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 105-106.

<sup>62</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 15.

Diante da realidade do ordenamento jurídico brasileiro, recheado de textos normativos semanticamente abertos e da possibilidade de se criar argumentações passíveis de gerar exceções mesmo em textos fechados, não há como pensar a *segurança jurídica* a partir do contexto do Estado Liberal Clássico, quando a *separação dos poderes* legava aos atos legislativos a representação maior de *legitimidade*, deixando o Poder Judiciário em uma posição secundária e subordinada, com a missão exclusiva de reproduzir e revelar as palavras da lei – e como seria impossível pensar que a lei tivesse duas vontades, toda a norma jurídica deveria ter sentido único.<sup>63</sup> A visão da segurança jurídica como aplicação dos textos por meio de uma operação lógico-formal (subsuntiva) está ligada a esta visão de separação de poderes, veículo de uma concepção de Estado de Direito (Liberal Clássico).<sup>64</sup>

O conteúdo político do textualismo está, pois, na lei como veículo da vontade do povo, manifestando-se a partir do Parlamento. Qualquer coisa diferente disso seria desrespeitar a soberania popular e uma atividade criativa por parte do juiz seria desbordar dos seus limites. Dessa forma, debruçar-se sobre esse padrão de reprodução institucional significa analisar o que se espera de um juiz e do Poder Judiciário e discutir o conceito de separação de poderes.<sup>65</sup> Como é cediço, o Estado Democrático de Direito instituído especialmente a partir do pós-guerra do século XX (re)modela o Estado de Direito, em evidente nível de evolução, com objetivo claro de alcançar outras dimensões dos direitos, estabelecer direitos fundamentais e estatuir funções outras aos Poderes do Estado, especialmente ao Judiciário.

Até porque a introdução de regras a partir do Poder Legislativo é apenas um momento do processo de produção normativa perante uma multiplicidade de expectativas normativas contraditórias existentes na sociedade. Pode ser que a inclusão de regra legal a partir do processo legislativo crie ainda mais conflitos do que os existentes antes da entrada em vigor da respectiva lei. A própria questão da diversidade de compreensões da mesma regra legal (seu sentido, âmbito de incidência e aplicação) exige a atividade judicial de estabilização e reorientação das expectativas normativas conflitantes em torno do respectivo texto de lei. E essa atividade somente poderá atingir seu objetivo, em determinadas situações,

<sup>63</sup> Por isso, não era permitido ao juiz a oportunidade de compreender a lei, mas apenas, “com a neutralidade de um matemático, resolver o problema ‘algébrico’ da descoberta de sua ‘vontade’”, eliminando-se, assim, qualquer compreensão hermenêutica do sistema jurídico. Nessa linha, o racionalismo limitou a tarefa judicial a descobrir e verbalizar a vontade da lei, devendo ficar indiferente ao conceito de justiça, para que a segurança jurídica – ideal do Estado Liberal Clássico – imperasse (conforme SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 93 e 97).

<sup>64</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 202 e 206.

<sup>65</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 206.

a partir dos princípios adequados à solução da controvérsia na seara jurídica-constitucional. Dessa forma, Legislativo, Judiciário, regras e princípios têm funções decisivas para estabilizar as expectativas normativas no âmbito de uma sociedade hipercomplexa e conflituosa.<sup>66</sup>

Para a teoria da argumentação de Robert Alexy, por exemplo, princípios são mandamentos de otimização e, por isso, exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Os princípios seriam aplicados a partir do método do *sopesamento*, um “caminho” argumentativo organizado para a busca da resposta quando a aplicação do Direito depender da interpretação do conteúdo de princípios. Estes, portanto, garantem direitos apenas *prima facie*, uma vez que não contêm um comando definitivo, devendo ser aplicados a partir da máxima da *proporcionalidade*.<sup>67</sup> Dessa forma, se a aplicação de regras e princípios depende de uma atividade interpretativa e argumentativa complexa pelo intérprete, não há como negar a atividade *produtiva* de Direito por parte do Poder Judiciário. E, assim, torna-se evidente o deslocamento do foco da *segurança jurídica* em um Estado (que se pretenda) Democrático de Direito.

O caminho não está, pois, na criação de diplomas legislativos muito detalhados, já que restringir as possibilidades de aplicação mediante regulação legal cada vez mais precisa e específica permitirá, a partir dessa proliferação de regras, que qualquer atitude encontre um texto normativo para servir-lhe de justificação, tornando impossível controlar o comportamento hermenêutico de quem interpretará e aplicará esses textos. Diante disso, a melhor forma de aproximar-se da *segurança jurídica* tão almejada é sair de um paradigma textualista e adentrar em um paradigma argumentativo, levando em conta os processos de aplicação do Direito e de fundamentação das decisões judiciais.<sup>68</sup>

Um autêntico Estado de Direito é sempre um Estado de segurança jurídica. A segurança jurídica passa, no Estado Democrático de Direito, a ter *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. A segurança jurídica deve abranger a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, impondo ao Poder

<sup>66</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. 181.

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-120. Consultar também SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Ainda, Humberto Ávila, por sua vez, também adepto da Teoria (argumentativa) dos Princípios, entende que até mesmo as regras em determinadas situações devem passar pelo processo argumentativo de ponderação. Consultar ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>68</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 210 e 214.

Público – e, assim, a todos os poderes do Estado – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas.<sup>69</sup>

O sentido não deve ser o mesmo do paradigma racionalista liberal-burguês, o qual buscou suprimir qualquer autoridade do juiz, mas deve, sim, buscar submeter as decisões a mecanismos de controle processual, sempre à luz das garantias constitucionais do processo, e a uma fundamentação qualificada dessas decisões. As respostas dependerão, sempre, de um ônus argumentativo e serão submetidas ao crivo do devido processo legal, e o debate jurídico faz parte desse jogo.<sup>70</sup> Não há uma resposta única, mas sim uma resposta adequada ao Direito, a partir de uma decisão suficientemente justificada, com estabilidade, coerência e integridade, como quer o próprio Código de Processo Civil (art. 926).

A validade do Direito está no argumento. O positivismo fracassa no seu projeto teórico justamente porque não consegue explicar esse elemento central da prática jurídica, isto é, a existência de desacordos teóricos relevantes para as práticas jurídicas. Desacordos fazem parte do dia a dia da prática jurisdicional e os fundamentos e as razões que utilizam em controvérsias em favor de um ou outro ponto de vista acerca da questão jurídica posta são os critérios de verdade que embasam as pretensões de correção das proposições e os argumentos utilizados.

Desacordos fazem parte do Direito e se evidenciam mais sensivelmente nos julgamentos colegiados dos tribunais. O Direito está nos fundamentos e nas decisões do passado e do presente que serão levados em conta nos fundamentos e nas decisões de amanhã. Por isso, conhecer o Direito é muito mais prever o que será decidido no futuro do que conhecer um conjunto de regras abstratas escritas em um texto legal.<sup>71</sup> No jogo da linguagem do Direito, o desacordo constitui-se uma de suas situações típicas, e uma das razões disso reside no fato de que nela há desacordos interpretativos, sobre conceitos interpretativos que requerem justificação. A existência de uma controvérsia seria, por definição, a inexistência de uma convenção.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 433 e seguintes. Daí a importância de se levar a sério o problema da interpretação no Brasil e da necessária superação do positivismo jurídico no Estado Democrático de Direito como condição de possibilidade para respostas adequadas ao direito, mediante coerência e integridade, como trabalhado no ponto anterior deste ensaio.

<sup>70</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 215.

<sup>71</sup> MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2010. p. 262 e 272.

<sup>72</sup> MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 176.

Encarar as respostas democraticamente é imperioso. Imaginar que a resposta jurisdicional poderia ter sido diferente e ter a possibilidade de discutir as implicações da decisão tomada pública e abertamente são questões fundamentais para a caracterização do império do direito como tal em uma democracia. Mas o *locus* do debate jurídico será sempre as cortes. Mas o debate nunca estará encerrado, senão em relação ao caso decidido, mas continuará na esfera pública e na doutrina para, de alguma forma, ser novamente aceso nos casos futuros. Há, portanto, autonomia dos órgãos jurisdicionais em julgar os casos segundo procedimentos decisórios definidos na lei e na Constituição Federal.<sup>73</sup>

O debate deve, portanto, ser visto com normalidade. E ganha importância central no processo de construção da segurança jurídica a dimensão da fundamentação das decisões, já que explicitam os argumentos que levaram os juízes a decidir. Respostas que explicitem seus fundamentos à luz das diretrizes legais e constitucionais não são arbitrárias e permitem que sejam discutidas democraticamente. Há, pois, decisiva importância nos padrões decisórios, sejam vinculantes, sejam persuasivos.<sup>74</sup> A verdade, ao final de contas, é que há uma necessária sincronia entre as razões de decidir e os provimentos jurisdicionais, servindo como critério de validade do Direito.

Ativismo judicial, portanto, não é sinônimo de controle de constitucionalidade, na medida em que o *judicial review* é legitimado pela própria Constituição Federal, seja em controle difuso, seja na modalidade do controle abstrato de constitucionalidade. Não há, no controle de constitucionalidade, em si, qualquer característica de ativismo judicial. Da mesma forma, a judicialização das políticas públicas<sup>75</sup> (ou judicialização da política) não é sinônimo de ativismo judicial, haja vista que ao Poder Judiciário é legítimo interpretar e aplicar a lei e a Constituição, inclusive nas relações entre os poderes e na eficácia dos direitos fundamentais. Por outro lado, corroboram para o ativismo judicial os  *julgamentos orientados pelo resultado*<sup>76</sup> e

<sup>73</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 216-217.

<sup>74</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 219 e 224.

<sup>75</sup> Sobre o tema, consultar, dentre outros: MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direito, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999; MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>76</sup> Os norte-americanos sustentam que os  *julgamentos orientados pelo resultado* são exemplos de *ativismo judicial* porque o Judiciário, nestes casos, fundamenta a decisão (*orienta* o julgamento) em argumentos não diretamente jurídicos, mas em política econômica e social (o que Dworkin chamaria de *argumentos de política*). Assim, quando os *justices* da USSC decidem a partir das suas visões políticas e elas incluem na *opinião* emitida pela Corte, a doutrina entende que este *julgamento orientado pelo resultado* (e não pela fundamentação em argumentos de princípio) representa *ativismo judicial*, haja vista a “vontade

a *criação judicial*<sup>77</sup> do Direito. Nestes casos, sim, haveria *ativismo*.<sup>78</sup> O *ativismo judicial* seria a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional delineadas constitucionalmente, em detrimento das funções dos demais Poderes, especialmente, do Legislativo, havendo, assim, uma incursão no núcleo essencial de atribuições dos outros Poderes. A questão está em desvelar essas linhas limítrofes. Na concepção tradicional, a separação dos poderes tem viés liberal (clássico); ocorre que há evidente evolução na hermenêutica jurídica, especialmente a partir da segunda metade do século XX, em que a diferença entre texto e norma se tornou clara, superando-se a compreensão do Direito como modelo de regras e restando patente a natureza híbrida, cognoscitiva e criativa da *atitude*

---

política” dos *justices*. Os casos *Lochner v. New York* (198 U.S. 45, 1905) e *Dred Scott v. Sandford* (60 U.S. 393, 1857) são exemplos de *juízos orientados pelo resultado*. No Brasil, um dos exemplos está na Súmula Vinculante nº 13. O verbete teve origem no julgamento de procedência da ADC 12/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a fim de ver declarada a constitucionalidade da Resolução 07/2015 do CNJ, a qual regulamentava o exercício de cargos, empregos e funções públicas por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e servidores investidos em cargos de direção e assessoramento no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário. A demanda foi julgada procedente e o STF editou a Súmula Vinculante nº 13. Os padrões decisórios são tidos como *ativistas* porque nos votos e fundamentos dos Ministros, teria ficado clara a vontade política da Corte Constitucional brasileira de compensar a hesitação do legislador em sanar o nepotismo, formando um padrão decisório vinculante a juízes, tribunais e administração pública direta e indireta, em todas as esferas, sem legislação específica para tanto. O avanço do STF estaria, também, na *criação* de graus de parentesco. Quer dizer, a ADC 12/DF tinha o objetivo de cancelar regulação do CNJ em relação ao Poder Judiciário, tendo o STF, na Súmula Vinculante nº 13, estendido o alcance dos atos normativos, inclusive criando graus de parentesco, à revelia da legislação, retratando o ideário da corte sobre nepotismo e seus limites (conforme GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 107-116 e 165-171).

<sup>77</sup> A tese da *mutação constitucional*, apresentada pelo Min. Gilmar Mendes e constante de seu voto na Reclamação nº 4.335/AC proposta no STF pela Defensoria Pública do Estado do Acre, é tida como exemplo de *criação judicial do Direito*, haja vista que se sustentou, à margem dos dispositivos constitucionais e da função clássica do controle difuso de constitucionalidade, que as decisões do Supremo Tribunal Federal teriam eficácia *erga omnes* ainda que no julgamento de recursos ou ações autônomas de impugnação e não de ações de (in)constitucionalidades próprias do modelo abstrato de controle de constitucionalidade. Teria o Min. Gilmar Mendes, acompanhado pelo Min. Eros Grau, na referida Reclamação, sustentado a “revisão do significado” do art. 52, inciso X, da CF/88, ou seja, o movimento do Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade seria meramente para dar publicidade à decisão da Suprema Corte que teria declarado a inconstitucionalidade de uma lei federal. Dessa forma, e diante das alterações constitucionais e legislativas advindas depois da promulgação da CF/88, há força normativa nas decisões do STF também nas decisões de controle concreto de constitucionalidade. A Suprema Corte americana, por sua vez, também tem suas decisões tidas pela doutrina como modelos de *criação judicial do Direito*. O caso *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436, 1966), por exemplo, é apontado como criação do Direito pela USSC. A opinião emitida no referido *case* literalmente criou, a partir da interpretação da *quinta emenda*, procedimentos quando da realização de interrogatórios, criando uma espécie de “manual” para colheita de declaração de pessoas presas (conforme GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 138-141 e 179-188).

<sup>78</sup> GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019. p. 219, 225 e 226.



*interpretativa*,<sup>79</sup> a qual propicia a aplicação e concretização do Direito em normas jurídicas. Não há, na atividade judicante, portanto, apenas reprodução do texto legal ao caso concreto.<sup>80</sup>

No debate hermenêutico da jurisdição constitucional americana, o *ativismo judicial* seria qualquer modo interpretativo que fugisse ao interpretacionismo (do originalismo ou do textualismo), fazendo com que a expressão *ativismo* tenha uma carga valorativa negativa ou positiva conforme o enfoque teórico de quem avalia as decisões judiciais. Para os originalistas, por exemplo, o ativismo teria conotação negativa, pois a interpretação “desbordaria” dos limites do texto normativo. Para os adeptos do pragmatismo, por outro lado, o juiz deve decidir de acordo com as necessidades sociais, sendo, assim, o *ativismo* um ponto positivo.<sup>81</sup> Mas nem mesmo esses acordos conceituais deixam de se contradizer, quando casos como *Brown v. Board of Education of Topeka*, por exemplo, é criticado como uma decisão ativista tanto pelos originalistas como pelos não originalistas.

Ora, o intérprete deve fazer com que o texto escrito fale novamente. Ora, um texto não é um objeto dado, mas uma fase na realização de um processo de entendimento. O recurso ao texto está sempre justificado para quem busca o Direito – as partes – como para quem dita o direito – o tribunal. Sempre que o intérprete precisa aplicar o texto, surge o “jogo da interpretação”. O texto reserva, pois, um espaço de jogo para uma concretização razoável, concretização que a interpretação deve proporcionar para uma aplicação prática.<sup>82</sup>

Em todos os pensamentos e conhecimentos do intérprete, este já foi precedido pela interpretação do mundo feita na linguagem: há uma progressiva integração no mundo. Por isso, a linguagem sempre já ultrapassou o intérprete e o parâmetro para medir seu ser não é a consciência de cada indivíduo, pois não existe consciência individual que possa conter a linguagem. Não há linguagem sem a

<sup>79</sup> A descrição do Direito como um sistema de regras, como um padrão de avaliação de condutas que segue a lógica do “tudo ou nada”, obnubila a natureza moral da complexidade da linguagem jurídica e da justificação argumentativa dos princípios. O *point moral* do Direito fica particularmente evidenciado nos princípios, ao passo que o sistema de regras não captura a dimensão interpretativa do raciocínio jurídico. Por isso, Dworkin descarta a metáfora do jogo de xadrez – estabelecida por Hart, em face da simplificação que tal metáfora apresenta para a compreensão do fenômeno do Direito, pois o “jogo jurídico” segue um “jogo de linguagem” cuja gramática difere significativamente daquela do xadrez. A linguagem dos princípios exige prática argumentativa e atitude interpretativa (conforme MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia*: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162-164).

<sup>80</sup> RAMOS, Elival Silva. *Ativismo Judicial*: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 119-122 do e-book.

<sup>81</sup> RAMOS, Elival Silva. *Ativismo Judicial*: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135-137 do e-book. Prossegue o autor (p. 132), sinalizando que, nos Estados Unidos da América, o *passivismo judicial* está radicado no *textualismo* e no *originalismo*: o primeiro focado na linguagem textual e o segundo no significado que os constituintes pretenderam dar ao texto.

<sup>82</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*: complementos e índice. 6. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução: Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 398-399.

consciência individual, mas o falar não pertence à esfera do eu, e sim à esfera do nós. A linguagem é o centro do ser humano, quando considerada no âmbito que só ela consegue preencher: o âmbito da convivência humana, o âmbito do entendimento.<sup>83</sup>

O mundo sofre mudanças constantes e lidar com as transformações da sociedade e do ordenamento jurídico sempre foi um dos maiores desafios do Direito. O direito deve servir como instrumento de acomodação dessas transformações, permitindo a transição do passado para o presente e, eventualmente, apreendendo e moldando o futuro. O papel das decisões judiciais na estabilização do Direito é, nessa senda, decisivo. Contribuem para a evolução do Direito e recaem sobre o Poder Judiciário a tarefa de mediar a relação entre direito positivo e realidade social, sempre dentro da história institucional de cada tradição. A norma jurídica se apresenta no processo de sua concreção e aplicação, não sendo a jurisdição, pois, uma atividade que se restrinja à cognição do sentido originário atribuído pelo legislador aos textos normativos.<sup>84</sup>

A legitimidade do Poder Judiciário está na fundamentação qualificada das decisões e também no *modo-de-fazer-Direito* mediante uma prática interpretativa íntegra e coerente. A fundamentação do compreendido, enquanto síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo, e o romance em cadeia, são blindagens contra decisionismos a-históricos. São faces da mesma moeda e são condições de possibilidade para adentrar no paradigma da intersubjetividade do Estado Democrático de Direito. Afinal, a Constituição é o resultado da sua aplicação, produto da intersubjetividade da produção do Direito e que emerge da complexidade das relações sociais.<sup>85</sup>

A diferença entre texto e norma, com o advento de um paradigma pós-positivista de interpretação do Direito, fere de morte a ideia de que a *segurança jurídica* está contida no texto legal ou no texto constitucional e, com isso, o *ativismo judicial*, quanto produto de uma interpretação construtiva e produtiva, aplicando o Direito a partir do conjunto das suas fontes, não deve ser visto negativamente; ao contrário, uma *atitude interpretativa* pós-positivista e alinhada com o Estado Democrático de Direito exige dos juízes e tribunais uma postura *ativa* na interpretação para efetivar a supremacia da Constituição, buscando sempre, seja qual for

<sup>83</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. 6. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução: Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 178-179 e 182.

<sup>84</sup> JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Súmula, Jurisprudência e Precedente: da distinção à superação*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 59 e 65.

<sup>85</sup> ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina: Thoth, 2021. p. 192.

a teoria da interpretação a ser adotada, estancar as arbitrariedades na aplicação do Direito. Mas sem “árbitro de vídeo”.

## 4 Considerações finais

“Não interessa o que o bom senso diz; não interessa o que diz o rei; se em um jogo não há juiz; não há jogada fora da lei”.<sup>86</sup> De fato. Em um Estado que se pretenda Democrático de Direito não há como prescindir de um ator que decida. Em última instância. E que controle os poderes políticos instituídos. Ainda que as decisões não sejam agradáveis para este ou aquele ponto de vista. Nos Estados de Direito das democracias contemporâneas, o poder do Estado está limitado pelo Direito. E aquela instituição para a qual for atribuída o poder de controle, em última instância, terá a última palavra. Sem revisão por “árbitro de vídeo”. Afinal, *ativismo* não significa ausência de imparcialidade ou mesmo de neutralidade.

Se as regras gerais decidissem verdadeiramente os casos particulares, não haveria motivo para se falar em juízes melhores ou piores. Isto porque lhes bastaria um mínimo esforço para aplicar de forma mecânica tais regras quando invocadas. Se as regras gerais se ajustassem como uma luva aos casos concretos, o Direito somente se modificaria com a promulgação de novas leis gerais, o que não ocorre, como se observa pelas inúmeras mudanças havidas na prática judicial do Direito ocorrida, significativamente em países tanto da *civil law* como da *common law*, nos séculos XIX e XX – e ainda no século XXI. Não haveria, então, desacordo entre os expertos do Direito, nem mesmo votos discordantes em julgamentos de Tribunais, e nenhum juiz honesto suportaria que lhe revogassem suas sentenças.<sup>87</sup>

As Constituições do pós-guerra, enquanto documentos estruturantes de regras e princípios a perpetrarem toda a ordem política e jurídica, informam normativamente a atuação do aplicador do Direito, impactaram decisivamente nas funções do intérprete do Direito, até então com as vestes exegetas e pretensamente neutras da modernidade, culminando em uma necessária atividade ativa, apta a encarnar as vicissitudes da história humana. O Estado e a legislação não esgotam a juridicidade de uma República. Legislador, jurisprudência, ciência e práxis estão envolvidos em uma obra de construção. Interpretar é lidar com algo que exorbita a subjetividade solitária e se relaciona com uma realidade externa ao intérprete; interpretar é, sempre, pesquisa e constatação (procurar e apreender).<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Trecho da música *Exército de um Homem Só*, Engenheiros do Hawaii.

<sup>87</sup> PUIG BRUTAU, José. *A jurisprudência como fonte do direito*. Tradução: Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 51. (Coleção Ajuris, 5).

<sup>88</sup> GROSSI, Paolo. Da interpretação como *invenção*: a redescoberta pós-moderna do papel inventivo da interpretação. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 13, n. 1, janeiro-abril de 2021. p. 7-9.

É claro que a decisão final nem sempre será o fim do debate. Não precisa ser; afinal, é uma democracia. No jogo democrático, os Poderes Legislativo e Executivo são instituições políticas que exercem o poder que emana do povo; o Poder Judiciário exerce o controle jurídico do exercício do poder. O poder, portanto, é desde-já-sempre controlado e não há controle do controlador; dessa forma, o debate – acerca da aplicação do Direito – cessa no órgão que interpreta e aplica o Direito por último. A decisão final serve como *principium* argumentativo<sup>89</sup> para os casos a serem decididos no futuro, bem como para eventuais movimentos legislativos que o Parlamento venha a fazer.

É razoável, evidentemente, exigir que as decisões do Supremo Tribunal Federal sejam cada vez mais fundamentadas adequadamente. Mas vivemos em um Estado de Direito e precisamos entender que a costura argumentativa e justificatória das decisões são identidade desse Estado também, construídas a partir de um intenso debate dialógico entre todos os atores que deveriam estar envolvidos na concretização das promessas constitucionais. Diante disso, elimina-se a crítica atribuída aos Tribunais de que seriam as decisões fruto exclusivo de uma atividade monológica do magistrado, quando, pelo debate, a atividade monológica distribui e organiza o trabalho para um refinamento interpretativo.

O ativismo deve ser estudado com cautela. Alocar sob seus ombros um desvirtuamento do texto constitucional e infraconstitucional, pela caneta exclusiva de juízes, talvez não seja a melhor forma de enxergá-lo. Também compreendê-lo à luz dos graves problemas que o passivismo judicial confere pode ser uma saída para sua releitura em solo brasileiro.

---

### Judicial activism and VAR: Who controls the controller in the Democratic State of Law?

**Abstract:** The Judiciary Branch has been assigned new functions, largely due to the opening that exists in the text of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in terms of individual and collective rights and guarantees, as well as in the already consolidated doctrine that gives the legal text a bit of a starting point for, based on the interpretation, a standard is reached, which becomes its final product. The article intends, starting from this premise, to analyze the legitimacy that the Judiciary has to

---

<sup>89</sup> Gize-se que a fixação de um padrão decisório não será, jamais, o “fim da história”, mas sim será sempre um *principium* a partir do qual se desenvolverá, na apreciação dos casos seguintes, a história institucional da matéria nele enfrentada. Diante dessas circunstâncias, trabalhar com padrões decisórios exige a análise dos seus fundamentos determinantes, para usá-lo como *principium* argumentativo, confrontando o caso julgado com o caso posteriormente submetido à apreciação, a fim de verificar se é ou não legítima a aplicação do padrão decisório anteriormente formado ao caso novo que agora deve ser decidido. E isto não se faz com a mera alusão a ementas ou a enunciados de súmulas. É preciso fazer um exame do inteiro teor do padrão decisório para verificar se as circunstâncias que estavam presentes no caso julgado se manifestam no caso presente em apreço. Não agir assim é não trabalhar com padrões decisórios (conforme CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 277 e 281).

attribute the meaning to the text, creating behaviors that should be standardized in identical situations. To do so, it used the idea of the VAR – Video Assistant Referee – with the intention of demonstrating that there must be levels of corrections in the system.

**Keywords:** Judicial Activism. Legitimacy. Judiciary Power. Interpretation. Democratic Rule of Law.

**Summary:** **1** Initial considerations – **2** On the necessary overcoming of Legal Positivism in the Democratic State of Law: from judicial subjectivity to adequate responses to the Law – **3** The Judiciary as controller in the Democratic State of Law? Or rather: “slowly with the barrow the saint is made of clay” – **4** Final considerations – Theoretical references

---

## Referências

ADEODATO, João Maurício. *Retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina: Thoth, 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. Salvador: Juspodivm; São Paulo: Malheiros, 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*. 3. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta e os direitos fundamentais. In: BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legalidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. O pensamento jusfilosófico de Friedrich Müller: fundamento de uma nova hermenêutica. In: BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legalidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. *Fundamentos da decisão no novo CPC: o contraditório forte e os precedentes*. Jundiaí: Paco, 2014.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, [S. l.], v. 16, n. 23, 2012. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/572>.

- CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano 2, n. 2 e ano 3, n. 3, 2001-2002.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. Revisão técnica: Guildo Sá Leitão Rios. Revisão da tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FORSTER, João Paulo K.; HAEBERLIN, Martín. O “Iluminismo Constitucional”: a atuação do Supremo Tribunal Federal entre a autocontenção e o ativismo judicial. In: *Novos Estudos Jurídicos*, Univali, v. 24, n. 02, 2019. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/14967/pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*: complementos e índice. 6. ed. Tradução: Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução: Marcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2011.
- GROSSI, Paolo. Da interpretação como *invenção*: a redescoberta pós-moderna do papel inventivo da interpretação. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 13, n. 1, janeiro-abril de 2021.
- GROSTEIN, Julio. *Ativismo Judicial*: análise comparativa do direito constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019.
- GROSTEIN, Julio. *Autocontenção judicial e jurisdição constitucional*. São Paulo: Almedina, 2021.
- GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- GUASTINI, Riccardo. Sobre el concepto de Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*: ensayos escogidos. Madrid: Trota, 2007.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- JOBIM, Marco Félix; DUARTE, Zulmar. Ativismo Judicial e suas múltiplas definições. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 15, volume 22, n. 3, setembro a dezembro de 2021.
- JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes na jurisdição constitucional*: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- JOBIM, Marco Félix; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. Súmula, Jurisprudência e Precedente: da distinção à superação. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- KAKUTANI, Michiko. *A morte da verdade*: notas sobre a mentira na era Trump. Tradução: André Czarnobai e Marcela Duarte. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018, livro digital.

- MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2010.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo. *Enciclopédia Jurídica da PUC/SP*, Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediadjuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, set. 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 2.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. *Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direito, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- MORIN, Edgar. *É hora de mudarmos de via: as lições do coronavírus*. 2. ed. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2021.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Carine de. *Entre o apofântico e o hermenêutico: notas sobre a dupla estrutura da linguagem em ser e tempo de Heidegger*. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/anais/semanadefilosofia/XIII/4.pdf>. Consulta em: 03 set. 2021.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PUIG BRUTAU, José. *A jurisprudência como fonte do direito*. Tradução: Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.
- RAIS, Diego (Coord). *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- RAMOS, Elival Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Substancialização e efetividade do direito processual civil: a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC*. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial: o velho realismo e outras falas. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo*. Saggi sulla Cassazione. Bologna: Il Mulino, 1991.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ANTUNES DA CUNHA, Guilherme; JOBIM, Marco Félix. Ativismo judicial e VAR: quem controla o controlador no Estado Democrático de Direito? *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 47, p. 93-124, jul./dez. 2022.

---

Recebido em: 16.11.2021

Pareceres: 06.12.2021, 22.02.2022, 23.02.2022

Aprovado em: 23.02.2022