

**UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL**

**VANDER LUIS MÉNDEZ WISSMANN**

**LINGUAGEM, HERMENÊUTICA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA CRÍTICA  
AO DECISIONISMO JUDICIAL.**

Ijuí (RS)

2019

**UNIJUÍ - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO  
GRANDE DO SUL**

**VANDER LUIS MÉNDEZ WISSMANN**

**LINGUAGEM, HERMENÊUTICA JURÍDICA E ATIVISMO JUDICIAL: UMA CRÍTICA  
AO DECISIONISMO JUDICIAL.**

Monografia final do Curso de Graduação  
em Direito objetivando a aprovação no  
componente curricular Trabalho de  
Conclusão de Curso – TCC.  
Universidade Regional do Noroeste do  
Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI.  
DCJS - Departamento de Ciências  
Jurídicas e Sociais.

Orientador: Dr. Doglas Cesar Lucas

Ijuí (RS)

2019

– “Se todos aspiram a conhecer a Lei”, disse o homem. – “Como é que, durante todos esses anos, ninguém mais, senão eu, pediu para entrar?”. O guarda da porta, apercebendo-se de que o homem estava no fim, grita-lhe ao ouvido quase inerte: – “Aqui ninguém mais, senão tu, podia entrar, porque só para ti era feita esta porta. Agora vou-me embora e fecho-a”  
Franz Kafka.

## RESUMO

O Direito é linguagem. Esta pesquisa trata das diversas relações entre sujeito, texto, sentido, referência e interpretação no Direito. Desse modo, questiona-se, qual seria a maneira mais adequada para a formação de uma decisão judicial livre de concepções morais intrínsecas à subjetividade do operador do Direito? Qual o meio mais adequado para guiar uma interpretação condizente com a complexidade da ordem social e jurídica, especialmente na contemporaneidade? Assim, o presente estudo pretende verificar quais são as principais formulações produzidas pelos principais pensadores que tratam do tema, acerca do processo hermenêutico normativo. O primeiro capítulo perfaz um breve histórico sobre a linguagem, na contemporaneidade, sendo que optou-se por trazer as percepções intrínsecas à natureza da lógica da linguagem por Frege, Russel e Wittgenstein. No Direito, a hermenêutica será abordada por Kelsen, Hart, Dworkin, Heidegger, Gadamer e Lenio Streck. No segundo capítulo serão abordados os fenômenos da Judicialização da Política, Ativismo Judicial e a possibilidade de um consequente efeito *Backlash*. A metodologia é do tipo exploratória, utilizando-se a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e internet. Na sua realização é utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Hermenêutica. Judicialização da política. Linguagem.

## ABSTRACT

Law is language. This research deals with the various relations between subject, text, meaning, reference and interpretation in law. Thus, the question arises, what would be the most appropriate way to form a judicial decision free of moral conceptions intrinsic to the subjectivity of the operator of the Law? What is the most appropriate means to guide an interpretation consistent with the complexity of the social and legal order, especially in contemporary times? Thus, the present study intends to verify which are the main formulations produced by the main thinkers that deal with the theme, about the normative hermeneutic process. The first chapter gives a brief history of language in contemporary times, and it was decided to bring intrinsic perceptions to the nature of language logic by Frege, Russell and Wittgenstein. In law, hermeneutics will be addressed by Kelsen, Hart, Dworkin, Heidegger, Gadamer and Lenio Streck. The second chapter will address the phenomena of Judicialization of Politics, Judicial Activism and the possibility of a consequent Backlash effect. The methodology is exploratory, using data collection from bibliographic sources available in physical and internet. In its realization the hypothetical-deductive approach method is used.

Keywords: Judicial Activism. Hermeneutics. Judicialization of Politics. Language.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 LINGUAGEM E HERMENÊUTICA JURÍDICA.....</b>	<b>8</b>
1.1 Um itinerário filosófico sobre a linguagem e o surgimento da hermenêutica filosófica.....	9
1.2 Linguagem e os limites interpretativos nos positivismos jurídicos.....	14
1.3 Hermenêutica jurídica em tempos de pós-positivismos.....	17
<b>2 ATIVISMO JUDICIAL E SEUS DESDOBRAMENTOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.....</b>	<b>24</b>
2.1 Estudo de casos: a ADI 4.983 e a ADPF 347.....	24
2.2 Ativismo judicial e judicialização da política: aspectos históricos e conceituais.....	34
2.3 Ativismo no Brasil: as (in)devidas relações entre direito e política.....	39
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>45</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>47</b>

## INTRODUÇÃO

Os sistemas linguísticos por meio dos quais os seres humanos se comunicam são complexos, assim como seus pensamentos. É recorrendo a sinais e símbolos que o indivíduo intenta repassar o que ocorre em seu intelecto, explicando assim, suas ideias do que se entende por realidade. Interpretar é explicar, esclarecer, indicar o conteúdo da palavra, frase ou norma. É com base na linguagem que o ser torna presente aquilo que está distante (*re-presenta*), da mesma forma, é com alicerce nestas representações dos objetos e da realidade que o ser humano definirá o seu modo de viver, e assim, se relacionar com outros membros da sociedade.

Qualquer que seja o sistema jurídico de uma nação que se diga democrática, é essencial que as normas e as fundamentações dos julgadores sejam expressos pela língua escrita. A compreensão do tema é de suma importância para a compreensão do Direito. Não há Direito sem sociedade, não há sociedade sem indivíduos, e os indivíduos só se comunicam por meio da linguagem. Apesar da segurança que a norma escrita traz para o sistema jurídico, tal garantia não é absoluta, uma vez que o texto normativo sempre dependerá de interpretação do sujeito que o interpreta. Todos os elementos da comunicação (emissor, receptor, objeto, canal comunicativo, mensagem e referente) são passíveis de induzir ao erro. A linguagem, talvez, jamais conduza o indivíduo a algo absoluto, inquestionável ou imutável, mas ela pode conduzir a uma assintótica aproximação da verdade.

O Direito é linguagem. Esta pesquisa trata das diversas relações entre sujeito, texto, sentido, referência e interpretação no Direito. Desse modo, questiona-se, qual seria a maneira mais adequada para a formação de uma decisão judicial livre de concepções morais intrínsecas à subjetividade do operador do Direito? Qual o meio

mais adequado para guiar uma interpretação condizente com a complexidade da ordem social e jurídica, especialmente na contemporaneidade? Assim, o presente estudo pretende verificar quais são as principais formulações produzidas pelos principais pensadores que tratam do tema, acerca do processo hermenêutico normativo, bem como elucidar consequências de cunho político da excessiva judicialização da vida e da interferência do judiciário nas demais esferas do poder estatal.

O primeiro capítulo perfaz um breve histórico sobre a linguagem, na contemporaneidade, sendo que optou-se por trazer as percepções intrínsecas à natureza da lógica da linguagem por Frege, Russel e Wittgenstein. No Direito, a hermenêutica e a questão interpretativa serão abordadas por Kelsen, Hart, Dworkin, Heidegger, Gadamer e Lenio Streck. A hermenêutica jurídica é apresentada de modo a afastar o solipsismo e possibilitar uma moderação no modo de decidir dos julgadores por meio de uma adequação entre o tecido social e o texto constitucional.

O segundo capítulo aborda decisões de grande repercussão política protagonizadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como o modo de argumentação de alguns ministros da corte máxima brasileira, tal abordagem se faz necessária para na sequência apresentar um estudo pormenorizados dos aspectos que caracterizam a Judicialização da Política, o Ativismo Judicial, e seus fenômenos consequentes.

A metodologia é do tipo exploratória, utilizando-se a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e internet. Na sua realização é utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo.



## 1 LINGUAGEM E HERMENÊUTICA JURÍDICA

O Direito é expresso por meio do sistema da linguagem verbal, assim consideradas como a escrita a fala, se diferenciado da linguagem não-verbal, expressa por meio de sinais corporais, expressões faciais, gestos, símbolos, cores e qualquer outro meio que não envolva palavras.

Houve a proposta de ver a linguagem (assim com o ocorreu com o próprio Direito) como um subproduto da lógica, um ramo do conhecimento objetivo, independente e absoluto, separado até mesmo do pensamento. De fato, existem sistemas de linguagem super-rígidos, que não admitem duplas interpretações, nos quais as relações entre os signos resultam em uma determinada resposta invariável, a exemplo destes sistemas, podemos dizer dos sistemas de programação de computadores, como Java, C#, Visual Basic, etc.

A história da linguagem é tão profunda quanto à história da humanidade. Este capítulo abordará dois momentos importantes da filosofia da linguagem. De início, será discorrido sobre a considerada primeira obra de filosofia da linguagem, o escrito *Crátilo* de Platão, do ano de 388 a.C. No segundo momento serão abordados os pensamentos de três matemáticos que impulsionaram a chamada “virada linguística”, entre o final do século XIX e início do século XX, em que ocorreu um desenvolvimento maciço em análise lógica, vindo a influenciar significativamente os fundamentos filosóficos de uma visão de mundo científica: Frege, Russell e Wittgenstein.

Ocorre que a consciência humana é fruto de uma concatenação infindável de informações, sentimentos, regras e experiências pessoais, que resultam em linguagens mutáveis, que podem alterar o seu sentido e seu significado conforme o tempo, a sociedade, e até mesmo conforme o estado de espírito do indivíduo. A propensão à volatilidade é imensa.

O reconhecimento desta subjetividade do indivíduo ao interpretar a norma é fundamental. Tendo em vista os diferentes contextos sociais, não é possível

interpretar a norma com uma concepção absoluta do que ela seja, pois o que se tem é apenas a ideia subjetiva do que o sujeito entende a partir dela.

A primeira obra de filosofia da linguagem foi escrita por Platão, trata-se do texto *Crátilo*, no qual é discutida a relação de significado e objeto: se esta relação é puramente arbitrária (tese convencionalista), ou se o nome que o objeto leva é algo intrínseco a ele (tese naturalista) (STRECK, 2014).

No século XX, com o desenvolvimento da filosofia analítica por Frege, Russell e Wittgenstein, novos alicerces racionais culminam no desenvolvimento do Positivismo Lógico, sistema filosófico resultante das discussões decorrentes dos encontros do Círculo de Viena.

Espera-se neste primeiro capítulo demonstrar alguns aspectos relacionais da linguagem com o objeto a ser representado. Tal relação não é limitada ao objeto e sua forma de ser representado ou referenciado, o sentido a ser atribuído também pode ser variável. As limitações subjetivas serão tratadas mais adiante, bem como as formas que elas influem no processo comunicativo.

### **1.1 Um itinerário filosófico sobre a linguagem e o surgimento da hermenêutica filosófica**

A linguagem é um sistema de signos. Segundo Charles Sander Peirce (1977) o signo é uma coisa que está no lugar de outra sob algum aspecto. As coisas são representadas por meio de símbolos, a partir destas definições simbólicas de objetos, ações, qualidades, estados, representa-se o que aquilo que se compreende. Este aspecto representativo do símbolo será abordado no diálogo platônico *Crátilo*, no qual Sócrates é convidado para intermediar o debate acerca da natureza dos nomes, onde estão em conflito as teses de Crátilo (natural) e a de Hermógenes (convencional):

[...] para ele (Crátilo) a relação entre o nome e a coisa nomeada se manifesta por algo intrínseco ao ser, que faz parte dele, e somente por ele, pelo nome, pode ser revelado [...]

Na concepção de Hermógenes, o nome é atribuído às coisas da maneira que foi convencionalizado como certo. Havendo necessidade de mudança e adequação desse nome, esta deve ser a ele atribuída,

todavia, um nome não passará a ser certo e o outro errado, ambos serão nomes do mesmo objeto. Portanto, para ele, o critério é o hábito, pois em sua concepção, nada tem um nome correto e por isso defende a tese convencionalista, segundo a qual o nome de algo consiste em um acordo, uma convenção que permite a mudança do nome sempre que houver necessidade. (SOUZA, 2013, p. 22)

Esta oposição também é revelada da seguinte forma: o *nómos*, atribuído no sentido de costume, uso, tem algo de artificial, que pode ser arbitrado de qualquer forma, por aqueles que pretendem dar determinado sentido a palavra; a *phýsis*, imutável e autônoma, essência natural das coisas, independente do agir humano (ARAÚJO, 2004). O que está em jogo nesta primeira análise é a adequação entre objeto e o nome que tal objeto leva, se esta relação é correta ou não.

A posição de Hermógenes guarda correlação com o pensamento de Protágoras, segundo qual o homem é a medida de todas as coisas. Se o homem pudesse arbitrar qualquer nome as coisas, não haveria segurança ao tentar transmitir uma determinada ideia, na medida que o objeto pode significar qualquer coisa. Isto vai de encontro ao objetivo da linguagem, que é estabelecer uma comunicação entre os indivíduos, um compartilhamento de informação.

Crátilo e sua teoria naturalista serão decorrentes da época que a filosofia era concebida como oposição ao mitológico, na tentativa de explicara a natureza das coisas de um modo racional, a *phýsis*, essência natural de todas as coisas.

Platão defende a possibilidade do conhecimento das coisas sem qualquer intermediação, uma vez que:

é possível conhecer as coisas sem os nomes, portanto, como já dito, sem a linguagem. A linguagem é apenas um instrumento. Seu papel é secundário [...] pois, o que ele pretende, com essa discussão das diferentes teorias vigentes de seu tempo, é mostrar que na linguagem não se atinge a verdadeira realidade, (*alé-theia ton onton*) e que o real só é conhecimento verdadeiramente em si (*aneu ton onomaton*) sem palavras, isto é, sem a mediação linguística (STRECK, 2014, p. 180).

Desenvolvedor da Teoria das Formas, Platão sustenta que as coisas são detentoras de algum tipo de existência universal independente de lugar e tempo

(MAGEE, 2013). Em seu “Mito da Caverna”, Platão nos ensina como o mundo em que vivemos e não questionamos pode se tratar de uma aparência grotesca da verdadeira realidade. O mundo real seria então aquele ideal, decorrente de um desenvolvimento racional. Isso se reflete na linguagem como o meio de se chegar ao mundo ideal platônico, ela é uma ferramenta, nunca e coisa em si. A relação com que o objeto mantém com o seu significado é o seu elo com o mundo. Esta reflexão importa na medida em que um dos objetivos da linguagem é transmitir determinada informação com determinada precisão, evitando ambiguidades.

Costa (2003) destaca a importância de Frege ao aplicar a lógica analítica como fundamento de todo sistema linguístico e aritmético. Os escritos de Frege são determinantes para a construção de um método independente do próprio pensamento (MAGEE, 2013). As distinções entre conceito e objeto (*Begriff und Gegenstand*), sentido e referência (*Sinn und Bedeutung*) inovaram a lógica que permanecia sem grandes contribuições desde o período clássico.

Como introduz Magee ao explicar a objetividade lógica de Frege:

[...] a lógica não são “leis de pensamento”, aliás, nada tem a ver com pensamento. As relações lógicas são independentes do pensamento humano. É claro que nós, humanos, podemos conhecê-las, aprendê-las, desconsiderá-las, entendê-las erradamente, e assim por diante, mas podemos fazer isso com muitas outras coisas que existem independentemente de nós. (MAGEE, 2013, p. 194).

Araújo (2014) estabelece a distinção entre pensamentos e representações em Frege: representações pertenceriam a uma dada pessoa, são atribuíveis a alguém num tempo e num espaço. O pensamento não de alguém em particular, pois permanece em sua identidade, mesmo que indivíduos, épocas e lugares variem. O sentido seria “[...] o mediador entre a expressão (nome próprio, termo conceitual ou sentença) e seu referente” (FREGE, 2009, p.132).

Em relação a Wittgenstein, pode-se dividir o pensamento do filósofo em dois momentos. Isto porque o filósofo, em seu segundo momento, vem a reconhecer erros cometidos em sua primeira fase, mas os considera essenciais para a

compreensão do que pretende explicar em sua segunda fase. No primeiro momento, como bem descreve Moreira (2011, p. 124):

Wittgenstein concebe o mundo composto de fatos e não de objetos, portanto, todas as possibilidades de fatos de qualquer mundo são determinadas por sua ontologia em âmbito lógico. Essa ontologia composta de fatos possíveis é demarcada pelo espaço lógico, que é a unidade lógica de todos os mundos possíveis. Cada ocorrência factual nesse espaço de possibilidades lógicas é demarcada pelo filósofo como um estado de coisas. E aqui chegamos ao ponto suprainimportante para nossa investigação proposta: o “estado de coisas” é a unidade mínima da ontologia wittgensteiniana.

A verdade da proposição lógica de Wittgenstein é desvinculada da sua real ocorrência no mundo, o mundo mencionado por Wittgenstein é o espaço de possibilidades lógicas. A proposição é bipolar, tem a propriedade de ser verdadeira ou falsa (MOREIRA, 2011). A potencialidade de uma proposição ser verdadeira determinaria sua validade: “O pensamento é a proposição com sentido” (WITTGENSTEIN, 2001, p. 165). O que garantiria o sentido da proposição seria se ela descreve uma situação possível no mundo. Este é o entendimento do primeiro Wittgenstein em que toda a linguagem se limita à perspectiva da descrição dos fatos (SAES, 2013).

Neste sentido, para Russell, o verdadeiro significado de uma proposição era revelado na diferença observável faz sua validade ou falsidade para o modo como as coisas realmente são. Se não há diferença observável, a proposição não tem significado. Magee (2013, p. 200) ressalta a correlação deste pensamento com os pragmatistas americanos, porém com uma formulação mais restrita: “somente proposições empiricamente verificáveis são empiricamente significativas; e o significado real de qualquer proposição dada é revelado pelo modo de sua verificação.”

Rodrigues (2013) aponta ainda que para Russell as proposições podem classificadas ser simples (compostas de objetos, propriedades e relações) ou complexas (são como fórmulas da lógica forma, possuindo conectivos, quantificadores e variáveis). Já as sentenças apresentam o mesmo significado se exprimirem a mesma proposição, sendo bem formadas quando isso ocorre.

O segundo Wittgenstein por sua vez, não acredita ser possível reduzir a linguagem a uma única função, uma vez que linguagem se constitui de múltiplos e variados jogos de linguagem. Dessa forma o sentido seria dependente das formas de vida e destes jogos, sem a existência de uma possível lógica formal que regularia toda a linguagem. A linguagem pode fazer diversas coisas além de representar a realidade. Por este ângulo é de grande contribuição a teoria dos “atos de fala” de Austin, pela qual, conforme Magee (2013), as pessoas ao dizer algo sempre estão fazendo alguma ação, sendo possível distinguir diversas ações distintas que as pessoas realizam ao enunciar palavras. Afirmando que se não houvesse nenhuma circunstância imaginável em que o enunciado fosse usado, então ele seria desprovido de significado.

Esta teoria traz consigo profundas consequências no que diz respeito à filosofia em geral, pois:

Os filósofos deixaram-se enredar nas teias dos chamados “problemas filosóficos” porque se iludiram procurando descobrir a essência da linguagem, algo que estivesse oculto atrás dela. Na verdade, não existem “problemas” filosóficos, tão somente “perplexidades”, de nada adianta ao filósofo tentar encontrar soluções, procurando uma suposta realidade escondida; em filosofia, nada existira de oculto e todos os dados do chamado dos chamados “problema” estão sempre ao alcance da filosofia (WITTGENSTEIN apud BRUNI, 1999, p. 14)

Com estas argumentações, Wittgenstein critica o círculo vicioso que é a constante busca pela essência da linguagem. Tentar explicar a linguagem por meio da própria linguagem resulta neste impasse. Porém, não se deve concluir que as questões filosóficas são desprovidas de sentidos, segundo Bruni, para Wittgenstein a filosofia tem um sentido profundo, o qual consiste em mostrar as raízes da perplexidade e como elas se vinculam ao pensamento humano. A filosofia estaria em permanente conflito contra o “enfeitiçamento” da linguagem.

Nesse aspecto, é necessário ponderar que foi Heidegger quem mostrou que, em filosofia, é equivocado pensar nas palavras como fonte de “essências de significado”. A crítica de Heidegger amparava-se no argumento que a “filosofia da

linguagem” desconsiderava o lugar mais originário de onde a questão da linguagem surge:

Nessa medida, depois de demonstrar como o enunciado é um modo derivado da interpretação (que por sua vez foi possibilitada por uma [pré] compreensão existencial), aparece a seguinte afirmação no parágrafo 34 de *Ser e Tempo: das significações brotam palavras; estas, porém, não são coisas dotadas de significados*. Note-se: não é nas palavras que devemos buscar os significados do mundo (ou do direito, para ser mais específico), mas é para significar (*o direito*) que *necessitamos de palavras*. É para isso que as palavras servem: para dar significado às coisas! Para haver compreensão, basta que a articulação do significado dado às coisas (ou ao Direito) esteja provido de sentido. Isto significa dizer: o *Dasein*, em seu modo prático de ser-no-mundo, desde sempre já se move – compreensivamente – em um todo de significados – que em *Ser e Tempo* recebe o nome de *significância* – e é desta relação fática de compreensão afetivamente disposta que brotam as significações das palavras. Dito de outro modo: articulamos as palavras que temos disponíveis projetando sentidos a partir deste todo de significados. Ou seja, o discurso – que é o modo de manifestação da linguagem – é articulado sempre imerso nesta dimensão de (pré) compreensibilidade da significância (STRECK, 2010/2011, p. 17)

A oposição ao relativismo é marcada por Heidegger na sua obra *Ser e Tempo*. Escrito numa época de pessimismos (social, econômico e filosófico) o livro postula a verdade como dimensão em que o ser-aí (*Dasein*) desde sempre se movimenta. “Nessa medida, a questão da significância, da estrutura prévia do enunciado e da constituição existencial (prévia) da compreensão são as questões nucleares para a correta introdução ao problema da pré-compreensão e sua relação com a verdade” (STRECK, 2010/2011 p. 18).

## 1.2 Linguagem e os limites interpretativos nos positivismo jurídicos

Criticando a ciência jurídica tradicional desenvolvida nos séculos XIX e XX, Hans Kelsen propõe, com a delimitação de uma teoria do conhecimento do Direito, acabar com a confusão até então existente entre Sociologia e a Psicologia, entre a Ética e a Teoria Política, evitando “um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do objetivo” (KELSEN, 1998, p. 02).

Em direção diversa a do jusnaturalismo, o qual trata essencialmente se o Direito é justo ou não, a trajetória do positivismo concentra-se na questão das

condições de validade do Direito. Ou seja, o “jusnaturalismo sempre se preocupou com a dimensão deontológica do Direito (com a questão de seu sentido, de sua justiça) e o positivismo dedicou sua atenção para a questão ontológica (a questão do ser do Direito, de sua forma) (BEDIN; LUCAS, 2015, p. 215).

Streck (2016) observa que o juspositivismo se readaptou e apresentou fundamentos diversos. Assim, da mesma maneira, a discricionariedade foi ressignificada.

O positivismo exegético (ou positivismo primitivo) o tinha por atributo a separação entre direito e moral, bem como fundava-se na proibição de interpretar. Esta vedação interpretativa ainda persiste no imaginário jurídico, haja vista a ideia de aplicação por subsunção e da desnecessidade de interpretação na clareza da norma (STRECK, 2010).

“O positivismo exegético ou primevo, em sua gênese, teve como referência as ciências exatas e/ou naturais, sendo delas extraído o padrão de objetividade buscado. Desse modo, tudo aquilo que não fosse redutível ao crivo da experimentação era lançado para o campo do metafísico, do irracional. O objeto de estudo deveria ser mensurável, podendo a ele ser aplicada uma racionalidade matematizante. Logo, o direito natural baseado na ideia de uma ordem jurídica preexistente e superior deveria ser rejeitado diante do direito como um fato social, como uma construção humana” (STRECK, 2016, p. 227).

Essa conotação de que o (re)corte seria somente naquilo que está posto, positivado, deriva do próprio termo “positivismo jurídico” (do latim *iuspositivum* ou *iuspositum*). Com isto, na Escola da Exegese, há uma vinculação da legislação como enunciação última do direito. O Direito torna-se lei, a positivação permite um conhecimento objetivo, com exatidão, recusando, dessa forma, a inclusão de juízos valorativos ou metafísicos na análise do direito (STRECK, 2016).

O positivismo normativista, por seu turno, tem alicerce na concepção de que não é possível realizar-se um “fechamento semântico” do direito. Esta forma do positivismo entendeu a interpretação como uma questão em segundo plano, delegado aos agentes judicantes. A preocupação reside, portanto, na questão da validade das normas. Nesta vereda, o que constantemente caracterizou o



positivismo foi o fato de que a postura metodológica por intermédio da qual se analisa o fenômeno jurídico é marcada pela restrição à análise das fontes sociais (STRECK, 2010).

Diante disso, a ideia central era a de que os códigos abarcariam toda a realidade, de modo que aos juízes caberia apenas declarar o direito. A atividade jurisdicional seria, portanto, como um ato mecânico por meio de juízos silogísticos, em que, a partir da subsunção, enquadrariam os fatos às regras. O direito teria sempre as respostas antes do surgimento das perguntas, o que ensejaria, pretensamente, que não houvesse espaço para a discricionariedade judicial. Almejava-se um juízo neutro em que a subjetividade do intérprete estaria vinculada à literalidade das leis. Ainda, que tal discricionariedade fosse rejeitada no contexto da aplicação concreta do direito, isso não caberia ao Poder Legislativo (STRECK, 2016).

Considerando que a interpretação do direito é preenchida por subjetivismos advindos de uma razão prática solipsista, Kelsen acredita que esse “desvio” é impossível de ser corrigido. Em *Teoria Pura do Direito*, o autor fala que as normas jurídicas (considerando que normas nessa obra não equivalem *stricto sensu* à lei) são aplicadas na esfera de sua “moldura semântica”. Assim, o modo de corrigir essa “inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada a partir de uma terapia lógica – da ordem do a priori – que garantisse que o Direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso” em que tal campo “seria o lugar da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito” (STRECK, 2010, p. 161).

De acordo com a matriz kelseniana, o vínculo entre verdade e validade dava-se da seguinte maneira:

a validade é atributo das normas jurídicas, enquanto prescrições objetivas da conduta, ao passo que a verdade é uma qualidade própria das proposições jurídicas que, na sistemática da Teoria Pura do Direito, descrevem – a partir de um discurso lógico – as normas jurídicas. Ou seja, novamente estamos diante da principal operação epistemológica operada por Kelsen que é a cisão entre Direito e Ciência Jurídica. O Direito é um conjunto sistemático de normas

jurídicas validas; enquanto a Ciência Jurídica é um sistema de proposições verdadeiras. Disso decorre o óbvio: *normas jurídicas* ou *são válidas* ou *inválidas*; *proposições jurídicas* são *verdadeiras* ou *falsas* (STRECK, 2010/2011, p. 06)

Segundo Heidegger é possível dizer que esse “conceito corrente de ciência (como um universo teórico de proposições válidas-verdadeiras) esconde um modo mais originário do fenômeno da verdade”. Isso ocorre porque a verdade “deve ser percebida já em meio à lida com o mundo-prático e não reduzida ao universo teórico das ciências. Afinal, a própria verdade teórica das ciências é produto da interpretação projetada pela compreensão” (STRECK, 2010/2011, p. 08).

Lenio Streck (2010/2011, p. 09) afirma que o “modelo excessivamente teórico de abordagem (do positivismo) gera uma espécie de *asfixia da realidade*, do mundo prático”. Ou seja, o campo de análise das teorias positivistas não abarca o contexto prático das relações humanas concretas, que é onde de fato surge o direito. Essa situação gera problemas, tendo em vista que nenhuma das duas teorias consegue resolver o problema da eficácia do sistema.

Considerando o contexto em que se encontra a crise do modelo liberal-individualista-normativista, é visível a problemática, por parte do Direito brasileiro, da não superação do positivismo normativista. Isso ocorre devido à má diferenciação conceitual de positivismo exegético (sintático) e positivismo normativista (semântico) pela dogmática jurídica. A partir disso, o neoconstitucionalismo se tornou um modo de continuação do positivismo (STRECK, 2014).

### **1.3 Hermenêutica jurídica em tempos de pós-positivismos**

Tendo em vista a cotidianidade do direito em que a hermenêutica jurídica é praticada, Gadamer critica o processo interpretativo clássico, “que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar)”. Neste cenário, a impossibilidade dessa cisão implica na “impossibilidade de o intérprete ‘retirar’ do texto ‘algo que o texto possui em-si-mesmo’, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos”. Para Gadamer, a partir de sua hermenêutica filosófica, o

“intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão – que não passa de um dualismo metafísico – afasta qualquer possibilidade de fazer ‘ponderações em etapas’”, sendo essa circunstância que “coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência”. Assim, “o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*Horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos” (STRECK, 2010, p. 161)

Verifica-se que a crise que “atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX”. As diversas tentativas de estabelecer regras ou modelos para o processo interpretativo

a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem ontológico-lingüística (especialmente com Heidegger e Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto. Essa viragem – que, se registre, supera o “primeiro” *linguistic turn* de viés analítico (e neopositivista) – deve ser compreendida a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*) e pela diferença ontológica (*ontologische Differenz*) (STRECK, 2010, p. 159).

Lenio Streck afirma ser necessário recordar que com a publicação de *Sein und Zeit* por Martin Heidegger, em 1927, e a publicação, anos depois, de *Wahrheit und Methode*, por Hans-Georg Gadamer, em 1960, é possibilitada uma viragem hermenêutico-ontológica que foi fundamental para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. “A partir dessa *ontologische Wendung*, inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista (aristotélico-tomista) e subjetivista (filosofia da consciência)”, sendo estes que “de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado, de um lado, as teses exegético-dedutivistas-subsuntivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica”, sendo suficiente “verificar a cisão feita pelas teorias da argumentação entre casos fáceis, solucionáveis por subsunção, e os casos difíceis, que exigiriam a ‘presença’ dos princípios, e, de outro, um ingênuo ‘livre atribuir de sentidos’” (STRECK, 2010, p.

159), que resultou de uma equivocada compreensão da obra *Teoria Pura do Direito*, mais precisamente o capítulo oitavo.

Clarissa Tassinari ao referenciar o pensamento de Ronald Dworkin, afirma que para ele a divisão entre direitos enumerados e não enumerados é um engano semântico, pois “a chave da questão não é de referência (isto é, de se saber quais são os direitos textualmente previstos), mas de interpretação”. Assim, “mesmo diante de um direito considerado enumerado, como a liberdade de expressão, a controvérsia surge a partir do questionamento sobre se esse direito é aplicável a determinada situação”, em que Tassinari usa como exemplo se tal direito pode dar guarida “ao ato de queimar a bandeira de seu país, o que depende de uma teoria constitucional, construída através de uma leitura moral da Constituição, que fundamente tal direito”. Diante disso, “em última análise, significa que os direitos não decorrem da grafia de seu texto” (TASSINARI, 2012, p. 68).

A minha visão é de que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política: decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 2000, p. 101).

Sobre o pensamento de Hart, é possível verificar que se insere dentro do positivismo, tendo em vista que busca delimitar o universo jurídico, evitando os reflexos controvertidos produzidos pela ética ou pela política. Assim, na compreensão do positivismo jurídico encontra-se a compreensão do próprio pensamento de Hart (BEBER; BITENCOURT, 2014). Em seu *Conceito de direito*, compreende que nos casos difíceis “dentro da zona de penumbra, em que não haveria critérios de públicos de verificação de sua correção, seria inescapável a discricionariedade judicial”, que deveria ser usada com “parcimônia e seria um preço a ser pago democraticamente, como modo de resolver esses casos específicos”. Assim, seria um “juízo discricional limitado aos *hard cases* e sem se esquecer de toda uma tradição jurídica que, apesar de não conclusiva, lhe serviria como um direcionamento, uma fonte” (HART apud STRECK 2016, p. 229).

Alexy (2003) identifica “problemas centrais concernentes à natureza do direito, dois dos quais dizem respeito às dimensões do direito, que o jurista alemão subdivide em dimensão real ou fática e dimensão ideal ou crítica do direito”, em que

a primeira é representada pelos elementos da publicação/aplicação competente e eficácia social, dimensão em que estariam as relações entre direito e coerção, direito e procedimentos de institucionalização da criação e aplicação das normas e direito e da aceitação, esta relacionada intrinsecamente à segunda dimensão, na qual Alexy (2003) questiona justamente a relação entre direito e moral, afirmando que o direito necessariamente levanta uma pretensão de correção, a qual compreende uma pretensão de correção moral. O jurista chega à conclusão de que há casos em que o discurso jurídico não dá conta, devido à sua textura aberta – os chamados *hard cases*. Nesses casos, a moral é empregada complementarmente para resolvê-los. (STRECK, 2016, p. 230)

Alexy (2003) argumenta que importância da solução da colisão de princípios vai além do caso concreto, pois através dela serão estabelecidas relações de prioridade, que poderão influenciar na decisão de novos casos. Além disso, Alexy entende que as relações de prioridade estabelecidas em um determinado caso não podem fornecer uma única resposta para cada situação, pois pode existir um novo caso com combinações de características diversas, porém, essas relações de prioridade possibilitam um procedimento de argumentação que não ocorreria sem elas.

Dworking compara o trabalho do juiz com o de um romancista em cadeia. “Esse romance em cadeia, escrito de forma coletiva, impõe a quem incumbe dar continuidade um dever de coerência”. Desse modo, “quanto mais se desenvolvem os capítulos, maior é a vinculação narrativa/histórica do próximo autor, que também é um intérprete, visto que precisa reconstruir o passado”. Assim, um juiz está sempre vinculado a uma cadeia de precedentes, que, ao considerar o passar do tempo, o vínculo torna-se maior. Tal perspectiva “impede que o autor/intérprete seguinte proceda de modo subjetivista – no sentido de que a história começa nele e, por isso, poderia fazer o que quisesse”. Neste cenário, “a ideia não é um conjunto de crônicas ou contos com os mesmos personagens, mas uma única história, iniciada antes dele e continuada como se escrita por um só, mesmo sendo uma obra de inúmeras mãos” (STRECK 2016, p. 235)

Ora, cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então [...] Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos, para todos os romancistas após o segundo, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas (Dworkin, 2000, p. 236-237).

Para o jusfilósofo, “há uma interpretação da história que deve ser coerentemente reconstruída e adequadamente continuada. Não é somente o ontem, também não é só o hoje, tampouco apenas intérprete ou tão só autor”. A jurisdição deve interligar a “história jurídico-institucional do passado construída coletivamente com as exigências do hoje” e o juiz, ao decidir, necessita interpretar as decisões anteriores e, “como resultado, proceder de forma que encontre maior adequação (*dimension of fit*) e que torne determinada prática legal a melhor possível (*dimension of value, dimension of political morality, justification*)” (STRECK, 2016, p. 236).

Ainda que Dworkin e Alexy sejam considerados pós-positivistas, os dois possuem diferentes percepções sobre a discricionariedade judicial. “Enquanto para o primeiro é algo que pode e deve ser evitado, para o segundo é algo inexorável, que pode ser ao menos minorado por intermédio de uma racionalização do discurso”. Diante dessa diferenciação, Lenio Streck afirma saltar “aos olhos como concepções tão distintas compõem um mesmo movimento” e questiona: “o que é isso – o pós-positivismo? Uma continuidade (sofisticada) ou uma ruptura com o positivismo jurídico?” (STRECK 2016, p. 236).

O “drama” da discricionariedade o qual Streck critica é que esta transforma os juízes em legisladores. E mais do que transformar os juízes em legisladores, o “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica problemática que remete a questão ao solipsismo característico da filosofia da consciência no seu mais exacerbado grau. Ou seja, *concebe-se a razão humana como “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade*. Nesse paradigma, as coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista (no caso, o

juiz, enfim, o Poder Judiciário). E isso acarreta consequências graves no Estado Democrático de Direito (STRECK, 2013, p. 594)

A busca equivocada pelo sentido mais adequado da norma mistura de uma vez só o objetivismo com o subjetivismo, na medida que se procura uma suposta essência que lhe é própria ao mesmo tempo em que se busca escolher um de seus vários significados (LUIZ, 2013). A própria legislação, quando dá margem ao livre convencimento motivo, livre apreciação da prova, ponderação de valores, etc. incentiva a essas práticas ativistas (STRECK, 2016).

O que possibilita uma teoria da decisão judicial é, portanto, o elemento interpretativo presente no direito. Neste aspecto Peter Häberle ocupa lugar de destaque nas discussões que envolvem a afirmação da força normativa da Constituição e o papel da jurisdição constitucional para a consecução desse desiderato. Isso porque Häberle foi um dos primeiros constitucionalistas que se preocupou em equacionar o problema do monopólio judicial na interpretação da Constituição (Jurisdição Constitucional), buscando promover meios de participação da sociedade civil no processo de interpretação da Constituição (STRECK, 2010/2011, p. 04)

A tese lançada por Häberle em seu *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição) possui uma indiscutível relevância democrática na medida em que procura estabelecer meios de contenção do trabalho interpretativo realizado pelo Tribunal Constitucional através da diluição da atividade interpretativa em todo o tecido social. (STRECK, 2010/2011. p.04)

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (...) Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (HÄBERLE 1997, p. 26)

Para Häberle (1997, p. 26) o processo político está atrelado pela interpretação constitucional, pois “não existe apenas uma política por meio da interpretação constitucional, mas uma interpretação constitucional por meio de política”.

O debate sobre a função do judiciário também está por trás de toda a discussão hermenêutica, a questão fundamental sobre como os paradigmas de racionalidade podem construir a válvula de escape e calibração da legitimidade ou verem-se inutilizados pelo casuísmo trazido por uma exacerbação da discricionariedade dos julgadores e da importância dos participantes na lide concreta (ADEODATO, 2019, p. 164-165)



## **2 ATIVISMO JUDICIAL E SEUS DESDOBRAMENTOS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO**

Dois marcos são fundamentais para caracterizar um Estado Democrático de Direito: a positivação dos direitos fundamentais em uma constituição, para limitar e controlar os poderes do Estado; e a separação dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, que ao mesmo tempo em que consolida a independência dos mesmos, garante as liberdades do indivíduos face do poder estatal.

A passagem tardia do estado liberal-individualista, formal-burgues para um estado de bem-estar social, no contexto brasileiro, ao mesmo tempo que permitiu a imersão principiológica no Direito, deu azo a uma intensa procura ao judiciário para a consolidação dos direitos previstos na Carta Maior.

Este capítulo aborda decisões de grande repercussão política protagonizadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como o modo de argumentação de alguns ministros da corte máxima brasileira, tal abordagem se faz necessária para na sequência apresentar um estudo pormenorizados dos aspectos que caracterizam a Judicialização da Política, o Ativismo Judicial, e seus fenômenos consequentes, como, por exemplo, o chamado efeito *Backlash*.

### **2.1 Estudo de casos: a ADI 4.983 e a ADPF 347.**

Em junho do ano de 2013 (MPF) o Ministério Público Federal ajuizou a ADI 4.983, buscando a declaração de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, da Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, que visava regulamentar a vaquejada como prática desportiva e cultural. Em votação acirrada, por seis votos a cinco, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela procedência do pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da lei.

A ação envolvia o conflito entre normas constitucionais – de um lado o artigo 225, que assegura o direito ao meio ambiente, e de outro o artigo 215, que garante o direito às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade. O MPF entendia ser necessário dar maior peso à preservação do meio ambiente, uma vez

que a lei impugnada não encontrava respaldo na Constituição da República, violando o disposto no artigo 225, § 1º, inciso VII (BRASIL, 2016).

A vaquejada é uma prática considerada esportiva e cultural no Nordeste do Brasil, na qual dois vaqueiros, montados em cavalos distintos, buscam derrubar o touro, puxando-o pelo rabo dentro de área demarcada. O caráter histórico da atividade está ligado à antiga necessidade de os fazendeiros reunirem o gado, e, com o tempo, a prática transformou-se em espetáculo altamente lucrativo, movimentando um valor estimado em R\$ 14 milhões por ano.(BRASIL, 2016).

Os maus-tratos iniciam-se antes da prática, propriamente dita, quando “os bovinos são enclausurados, açoitados e instigados. Isso faz com que o boi corra quando aberto o portão, sendo, então, conduzido pela dupla de vaqueiros até uma área assinalada com cal, agarrado pelo rabo, que é torcido até ele cair com as quatro patas para cima e, assim, ser finalmente dominado” (BRASIL, 2016, p. 03).

A petição inicial que originou a ADI 4.983 estava instruída, dentre outros documentos, com laudo técnico que demonstrava a presença de “lesões traumáticas nos animais em fuga, inclusive a possibilidade de a cauda ser arrancada, com conseqüente comprometimento dos nervos e da medula espinhais, ocasionando dores físicas e sofrimento mental” (BRASIL, 2016, p. 03). Além dos danos ao bovino, havia um estudo da Universidade Federal de Campina Grande, Paraíba, que revelava “lesões e danos irreparáveis sofridos também pelos cavalos utilizados na atividade, considerado percentual relevante de ocorrência de tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica” (BRASIL, 2016, p. 03).

O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental de terceira geração, fundado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado “de altíssimo teor de humanismo e universalidade” (BONAVIDES, 2001, p. 523).

Para resolver a questão, o relator do acórdão, Marco Aurélio, aduz que o problema consiste em conhecer até que ponto “o nível de sacrifício que os

indivíduos e a própria coletividade podem e devem suportar para tornar efetivo o direito”(BRASIL, 2016, p. 10). Diante desse conflito com outros direitos fundamentais, tanto individuais, como o da livre iniciativa, quanto igualmente difusos, como o concernente às manifestações culturais enquanto expressão da pluralidade, cumpre ao Supremo, tendo em conta princípios constitucionais, harmonizar esses conflitos inevitáveis (BRASIL, 2016).

Ao proferir seu voto para declarar inconstitucional Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, Marco Aurélio evidencia sua preocupação com a violência empregada:

O argumento em defesa da constitucionalidade da norma, no sentido de a disciplina da prática permitir seja realizada sem ameaça à saúde dos animais, não subsiste. Tendo em vista a forma como desenvolvida, a intolerável crueldade com os bovinos mostra-se inerente à vaquejada. A atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo, sem os quais não mereceria o rótulo de vaquejada, configura maus-tratos. Inexiste a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento (BRASIL, 2016, p. 13).

O ministro Luis Roberto Barroso, antes de proferir seu voto, solicitou vista dos autos para melhor informar-se e colher opiniões técnicas, destacando que no caso havia uma implicação relevante de saber se efetivamente há crueldade e o nível de crueldade da vaquejada, não sendo esta uma questão de escolha, nem de ponderação em abstrato, mas sim, um fato da vida. (BRASIL, 2016,)

Após apurada análise, o ministro Barroso expõe que solução do caso exige o equacionamento de duas questões principais que não podem ser respondidas a partir apenas de raciocínios jurídicos, uma vez que exigem também a consideração de questões relacionadas a aspectos fáticos da atividade, bem como à ética animal: “(i) a vaquejada consiste em prática que submete animais a crueldade? (ii) Ainda que submeta animais a crueldade, a vaquejada é protegida pela Constituição, haja vista ser uma manifestação cultural?” (BRASIL, 2016, p. 21).

Barroso reconhece a vaquejada como uma atividade esportiva e cultural com importante repercussão econômica em muitos Estados, sobretudo os da região

Nordeste do país, porém lastima o impacto que sua posição produz sobre pessoas e entidades dedicadas à vaquejada. No entanto, tal sentimento é inferior ao que sentiria caso permitisse a continuação de uma prática que submete animais a crueldade.

Se os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer. Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sencientes, têm eles, pelo menos, o direito moral de não serem submetidos a crueldade. Mesmo que os animais ainda sejam utilizados por nós em outras situações, o constituinte brasileiro fez a inegável opção ética de reconhecer o seu interesse mais primordial: o interesse de não sofrer quando esse sofrimento puder ser evitado (BRASIL, 2016, p. 55).

Uma importante observação a respeito do aparente conflito entre os dispositivos constitucionais, é destacado pela Ministra Rosa Weber, uma vez que na visão da Ministra

se a Constituição diz que essas manifestações culturais devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado, no artigo 215, também diz, no artigo 225, § 1º, inciso VII, que são proibidos atos cruéis contra os animais. Então ela está dizendo, na minha leitura, com clareza solar, em primeiro lugar, que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas também que ele não tolera crueldade contra os animais. Ou seja, concluo eu, o Estado não incentiva, nem garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais (BRASIL, 2016, p. 64).

Luiz Fux, por outro lado, argumenta a necessidade de consonância entre Judiciário e Legislativo, pois se há uma colisão de princípios, ou o Judiciário faz a ponderação, ou a ponderação é legislativa. Se a ponderação é legislativa, como no caso em questão, o Judiciário tem que ser deferente ao Legislativo, uma vez que o legislador teria a capacidade de avaliar todas as condições dessa prática desportiva, pois é considerada uma competição, verificando assim, com esses cuidados, que é possível a realização da vaquejada (BRASIL, 2016). O ministro Fux, em relação aos argumentos que destacam a violência durante a vaquejada, utiliza-se de um artigo chamado "Como o boi vira filé" para ressaltar o modo com que os bovinos são abatidos para posterior consumo.

[...]Aí ele vai engordando. O abate se aproxima e a engorda é acelerada. Os bois são castrados e, para não perder peso, passam

quase 3 meses sem andar. Mas a ração é de primeira: capim, cereais, melaço de cana, vitaminas e sais.

Depois, o boi tem que apresentar mais ou menos 450 kg e, se apresentar menos, ele é morto. Ao atingir esse peso, o animal é enviado ao matadouro. A viagem é estressante. O animal urina e sua mais do que o normal e chega a perder até 3% do peso.

Uma hora antes do abate, os bois são examinados. Quem passar no teste vai para a fila do abate. Os doentes são mortos separadamente. Se a doença for grave, a carcaça é incinerada.

Normalmente, há curvas para que os animais não saibam o que está acontecendo. E, nas paredes, dispositivos antiempaque dão choques leves ou emitem ruídos. Um banho evita que a sujeira contamine a carne.

Tiro certo.

No boxe de atordoamento, o animal recebe um tiro com pistola de pressão – ou um dardo que perfura o cérebro – e desmaia. A partir daí, para que não corra o risco de acordar, o boi deve ser morto em no máximo 3 minutos.

Uma portinhola se abre e o animal cai desacordado numa espécie de esteira. Ele será içado pelas patas para ficar com o pescoço para baixo.

Primeiro, um corte na pele do pescoço. Depois, é só esticar o braço e chegar à jugular: o boi está oficialmente morto. Durante 3 minutos, seus 20 litros de sangue escorrerão numa canaleta para ser vendidos a fábricas de ração para cães e gatos.

Sem prejuízo. Além do boi virar filé, vaca sem filho vai para a Bolívia, boi doente vira vela - fazem vela com o produto do boi doente. (BRASIL, 2016, p. 76-77).

O procedimento de abate é ilustrado de forma tão impactante que levou o ministro-relator a indagar: “Vossa Excelência não está preconizando que sejamos, todos, vegetarianos?”(BRASIL, 2016, p. 77).

De modo imperioso, Fux finaliza a narrativa com um questionamento comparativo que tem por objetivo relegar a violência empregada durante as vaquejadas: “É assim que se alimenta a humanidade, e a Constituição Federal estabelece que a alimentação é um direito social, inalienável. Eu pergunto a Vossas Excelências, no plano empírico: existe meio mais cruel de tratamento do animal do que o abate tradicional no Brasil, que não é vedado pela Constituição?” (BRASIL, 2016, p. 77).

Gilmar Mendes, seguindo o voto do ministro Luiz Fux, traz à baila uma questão interpretativa a respeito da expressão “processo civilizatório”:

não se pode, em um processo civilizatório primado pelo respeito das diferenças, alterar costumes tradicionalmente constitucionais,

tornando-os inconstitucionais pelo simples argumento de avanço civilizatório. E quem diz o que é avanço civilizatório? Todos os atores envolvidos foram ouvidos para chegar ao consenso dos aspectos normativos do que seria tal “avanço” e de seus limites? Cabe ao Supremo Tribunal Federal ditar quais marcos civilizatórios estão corretos e devem ser observados pela população?(BRASIL, 2016, p. 75).

Mendes (2016) não vê a necessidade de aplicação da regra do “tudo ou nada” (sic) no caso em comento, tendo em vista, no seu entendimento, a possibilidade do Estado garantir tal manifestação cultural, ao mesmo tempo que pode repelir determinadas práticas nocivas ou cruéis.

Outra ação de suma importância para a compreensão de ativismo judicial é a ADPF 347. Ajuizada com intuito de que o STF reconhecesse a figura do “Estado de Coisas Inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, a arguição postulava também a adoção de uma série de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos (BRASIL, 2015).

O Estado de Coisas Institucional foi pela primeira vez instituído pela Corte Constitucional Colombiana em 1997, o qual, em síntese, tem como pressupostos: a violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais; a exigência de expedição de remédios e ordens dirigidas por diversos órgãos governamentais (CAMPOS, 2015)

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015, sem numeração) explicita que

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de

políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.

Dentre os pedidos ADPF 347, constava a elaboração e implementação de planos de ação sob monitoramento judicial; realização das audiências de custódia; fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão, a fim de reduzir o número de prisões provisórias; descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN (BRASIL, 2015).

As consequências da inadequação do sistema carcerário comprometem a segurança de toda a sociedade, uma vez que não há possibilidade de reabilitação e ressocialização, proporcionando índices de reincidência que superam 70%(BRASIL, 2015).

O ministro-relator do acórdão, Marco Aurélio, posicionando pela procedência, em parte, dos pedidos, ilustrou as condições de miserabilidade que vivem os presidiários:

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual (BRASIL, 2015, p. 23).

Também foram apontadas diversas irregularidades quanto à infraestrutura dos presídios e delegacias, as quais não oferecem condições salubres mínimas. Os detentos são expostos constantemente a agentes causadores de infecções diversas, em função da precariedade das condições das estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas. Escorrem urina e fezes nas áreas de banho sol. Não há acesso à água para hidratação e banho, e, em muitas vezes, a alimentação chega aos presos estragada. Não há material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. As detentas femininas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual. (BRASIL, 2015)

Os casos de massacres, homicídios, violências sexuais, decapitações, extirpações e esquartejamentos são diversos dentro do sistema prisional. A falta de acesso à educação e opções de trabalho também influenciam na precariedade dentro do sistema, além de torturas por parte dos policiais, espancamentos, choques elétricos e tiros de borracha. A situação não é exclusiva de uma ou outra penitenciária, fazendo parte de um contexto geral das prisões brasileiras, o que demonstra a falência do próprio sistema prisional (BRASIL, 2015).

Neste cenário, o Supremo é capaz de superar os bloqueios políticos e institucionais que impedem o avanço de soluções. Isso leva ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, de modo que se catalisem os debates e novas políticas públicas, coordenando as ações e monitorando os resultados. Tal prerrogativa é o que se aguarda deste Tribunal, não sendo possível exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os meios políticos se encontrarem obstruídos, sob pena de se chegar a uma grande quantia de inércias injustificadas. Os bloqueios da espécie se tornam barreiras na efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos (BRASIL, 2015).

Quando comparado à saúde pública, se verifica defeitos estruturais nesse campo, mas grande vontade política em resolvê-los. Isso é visível quando em períodos de campanhas eleitorais, não há candidatos que não coloquem em pauta melhorias neste sistema. A saúde pública possui diversas ações referentes aos *déficits* na sua efetiva realização, entretanto, não corre risco de piorar significativamente em função de ignorância política e ou desprezo social. A questão da saúde, portanto, encontra apelo democrático, ao contrário do sistema prisional (BRASIL, 2015).

Barroso (2015), em seu voto, enfrenta outro tópico de relevância, que é se há ou não legitimidade do Poder Judiciário para atuar nessa matéria. Afirma não ser necessário maior aprofundamento na questão carcerária, tendo em vista ser notório que os presos são uma minoria invisível, não sendo representada politicamente, o que os torna incapazes de reclamar suas reivindicações. É necessário considerar que são pessoas que têm seus direitos fundamentais mais elementares violados, o



que demonstra a essência da legitimação da atuação da jurisdição constitucional. Diante desse cenário, se verifica que a essência dessa atuação é precisamente a proteção de direitos fundamentais, principalmente de minorias. O preso se encontra no sistema carcerário por uma decisão do Estado, estando em uma relação especial de sujeição em que este ente tem deveres de proteção em relação a este indivíduo encarcerado.

O ministro Luiz Fux aponta que se tem verificado em várias cortes constitucionais que é este ativismo judicial-dialógico que visa implementar os direitos fundamentais elencados nas constituições dos respectivos países. Cita como exemplo a corte colombiana que tem dado ênfase a essa implementação de políticas públicas. Entende que, em um estado de inércia e passividade em que os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, cabe ao Judiciário interferir. Recorda casos da Índia, África do Sul e Colômbia em que as cortes supremas determinam a prática de uma política pública e acompanham coordenando essas práticas. No caso discutido referente ao Brasil, o que se alega é que já há previsão constitucional e legal, e que tais previsões, ancoradas em direitos fundamentais não estão sendo cumpridas (BRASIL, 2015).

Uma relevante dificuldade apontada pelo ministro Fux é a resistência da sociedade, que não demonstra boa vontade toda vez que se tenta mudar o modelo carcerário (BRASIL, 2015). Tal resistência será abordada posteriormente podendo, eventualmente, caracterizar o fenômeno denominado *Backlash*.

Luiz Fux continua seu voto alegando que a legitimidade do Supremo Tribunal Feral advém de um cenário em que as políticas públicas não são enfrentadas pelos demais poderes, pois enfrentá-las pode ocasionar um preço social para aqueles a quem compete decidir sobre essas matérias. Essa omissão faz com que o STF ocupe um papel de destaque na garantia da governabilidade: declina-se a competência para os magistrados, pois estes são concursados, não eleitos, não possuem compromisso com um eleitorado. Conclui Fux que o Judiciário deve, sim, estabelecer regras:

Esse ativismo, essa suposta judicialização de questões que, segundo alguns, não nos dizem respeito, nos diz respeito na medida em que a Constituição Federal nos obriga a prover tão logo provocado. Se nós tivéssemos nos Estados Unidos, talvez a Suprema Corte de lá pudesse se pronunciar ou não - "não julgo, acho que a sociedade não está preparada". Mas, aqui, não. Aqui, nós estamos diante de uma ação que vai permitir ao Poder Judiciário estabelecer regras de como devem agir os juízes, pedagogicamente, com eficácia **erga omnes** e sem prejuízo de nós não nos assustarmos com o cabimento de reclamação. (BRASIL, 2015, p. 117).

Daniel Sarmiento (2008) critica o discurso que predominava na doutrina e jurisprudência, pelo qual os direitos sociais constitucionais não passariam de normas programáticas, diretrizes futuras para atuação dos órgãos estatais: eram tidas como indevidas as intromissões do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo que implicassem controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais.

Hodiernamente no entanto, houve uma inversão deste panorama. Espalharam-se pelo país decisões determinando a prestação material aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente previstos. Sarmiento considera essa mudança altamente positiva, pois o judiciário brasileiro trata com seriedade os direitos sociais. A via judicial parece ter sido definitivamente incorporada aos instrumentos colocados à população da população hipossuficiente para a busca de inclusão social e a garantia de uma vida digna (SARMENTO, 2008).

O contraponto fundamenta-se na escassez de recursos, uma vez que os recursos disponíveis são escassos e o atendimento às demandas sociais envolvem altos custos. Nestas condições, não há como imediatamente satisfazer todos os direitos sociais em seu grau máximo.

“O grau de desenvolvimento socioeconômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar” E a escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras ‘escolhas trágicas’, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridades dentre várias demandas igualmente legítimas”(SARMENTO, 2008. p. 03).

Conclui Sarmiento que, para a concretização dos direitos sociais, tais contrapontos são insuficientes para afastar a atuação do Poder Judiciário. Uma vez

consolidada a “nova cultura constitucional que emergiu no país em 1988, a jurisprudência brasileira deu um passo importante, ao reconhecer a plena justiciabilidade dos direitos sociais” (SARMENTO, 2008, p. 37). Porém, as dificuldades devem ser consideradas. Para cumprir o objetivo de racionalizar o processo de afirmação dos direitos prestacionais, Sarmento propõe como parâmetros a orientar a intervenção judicial, categorias que vêm sendo muito discutidas na dogmática jurídica a reserva do possível, o mínimo existencial, o princípio da proporcionalidade, na sua dimensão de vedação à proteção deficiente, e o princípio da proibição do retrocesso social.

## **2.2 Ativismo judicial e judicialização da política: aspectos históricos e conceituais**

Ocorrido há mais de duzentos anos nos Estados Unidos, o julgamento do caso *Marbury versus Madison* (em 1803) é apresentado como a origem do controle judicial de constitucionalidade das leis e o marco histórico do qual o Judiciário assumiu definitivamente a defesa da Constituição (SANTIAGO, 2017)

Marshall ao julgar procedente da pretensão de William Marbury de ser empossado no cargo de juiz de paz do Distrito de Colúmbia, fundamenta seu voto acerca da competência da Suprema Corte para analisar a ação.

Põe-se, então, a questionar a possibilidade de as competências originárias do Tribunal, definidas constitucionalmente, serem remanejadas, o que houvera acontecido por força de lei que atribuía a prerrogativa de conceder alvarás de *mandamus* a funcionários públicos (Seção 13 do *Judiciary Act*, de 1789). Era preciso definir se “[...] uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição pode tornar-se lei do país [...]”. A Corte se recusou a admitir que uma lei alterasse suas competências constitucionais, criando atribuição não prevista originalmente (SANTIAGO, 2017, p. 345)

Sintetizando, o voto de Marshall evoca a “limitação dos Poderes, a supremacia constitucional, a prerrogativa dos juízes de interpretar as leis em conformidade com a Constituição e o poder de rever os atos contrários à ordem suprema como uma prerrogativa inerente ao sistema constitucional” (SANTIAGO, 2017, p. 346).

Acrescenta Santiago (2017) que o voto de Marshal descreveu as ideias que há tempos estavam incorporados nas bases do modelo constitucional norte-americano, originados no sistema consuetudinário inglês da *Common Law* e no modelo de soberania popular e divisão de Poderes, de matriz contratualista. O caso *Marbury vs. Madison* representou o ápice de uma batalha política pela afirmação não apenas do Judiciário, mas de toda linhagem federalista, em cujo nome os juízes da Suprema Corte falavam.

Recorda Diogo Rasia Escobar (2014), que a expressão ativismo judicial está correlacionada ao estudo pormenorizado das decisões judiciais da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, principalmente referente à mudança de rumo, primeiramente conservadora e posteriormente progressista. Trata de um termo originário deste cenário, que por sua vinculação ao exercício impróprio do Poder Judiciário, acaba revelando uma conotação negativa da expressão.

A partir de um artigo intitulado “The Supreme Court: 1947” do jornalista Arthur Schlesinger Jr., publicado em 1947, a locução ativismo judicial surge tratando das divisões ideológicas entre os nove membros da Suprema Corte norte-americana. As decisões eram taxadas como ativistas pois não surgiam de uma correta análise da Constituição, e sim de uma arbitrariedade das preferências do intérprete (ESCOBAR, 2014).

Ganhador do prêmio Pulitzer, Arthur foi responsável por uma obra crítica ao sistema social americano, evidenciando a exploração do liberalismo por importantes políticos na história do país. Traçou uma linha divisória entre juízes ativistas e aqueles que exercem uma auto-limitação, sendo um reflexo de uma tendência liberal ou conservadora a partir do exercício da sua atividade de juiz (TAVARES; VIEIRA; VALLE, 2008).

Barroso (2012, p. 24), define como Judicialização a circunstância que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

De modo geral, seria possível pensar que as decisões judiciais atenderiam demandas sociais que são funções dos Poderes Legislativo e Executivo. Como o Judiciário entrou em cena, os demais Poderes não se preocuparam em dar respostas às demandas. Diante deste cenário, se questiona se caberia ao Judiciário fornecer estas respostas ou se deveriam ser encaminhadas a quem de fato possui tal função de acordo com a teoria da tripartição de poderes. Assim, se adentra na discussão entre Judicialização, Judicialização da Política e Ativismo Judicial (DEMARCHI, 2017)

Clarissa Tassinari (2012) ressalta a importância de se diferenciar ativismo judicial e judicialização da política para a compreensão do problema daquele. A judicialização da política envolveria a percepção da interação entre Direito, Política e Judiciário, sendo que o próprio constitucionalismo demonstra o modo que dá a relação entre tais elementos (especificamente, o Direito como limitador da Política). A judicialização não seria uma postura do Judiciário, mas uma questão social independente da vontade órgão judicante, o qual se origina na amplitude de reconhecimentos de Direitos Fundamentais pela Carta Magna, passa pela incapacidade do Estado em garantir tais Direitos, desembocando, por fim, no Judiciário.

Exemplifica Barroso, que a postura ativista se manifesta por meio de múltiplas formas, as quais incluem:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 26).

Na perspectiva de estabelecer elementos do Ativismo Judicial, William P. Marshall propõe sete indicadores:

- (1) ativismo contramajoritário, quando os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos;
  - (2) ativismo não originalista: quando os tribunais negam originalismo na interpretação judicial, desconsiderando as concepções mais estritas do texto legal ou, então, a intenção dos autores da Constituição;
  - (3) ativismo de precedentes: quando os tribunais rejeitam a aplicação de precedentes anteriormente estabelecidos;
  - (4) ativismo jurisdicional: quando os tribunais não obedecem os limites formais estabelecidos para sua atuação, violando as competências a eles conferidas;
  - (5) ativismo criativo: quando os tribunais criam, materialmente, novos direitos e teorias por meio da doutrina constitucional;
  - (6) ativismo remediador: quando os tribunais usam seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para controlar o cumprimento das medidas impostas;
  - (7) ativismo partidário: quando os tribunais decidem com a finalidade de atingir objetivos nitidamente partidários ou de determinado grupo social.
- (MARSHALL, 2002, p. 104 – tradução livre).

Com ênfase no indicador relativo ao ativismo jurisdicional, Tavares, Vieira e Valle (2008, p. 7717) defendem a tese de que “o Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os Poderes”

Como consequência dessa alteração no equilíbrio entre os Poderes decorrente de decisões judiciais de cunho político de temas polêmicos, por vezes, a sociedade reage fortemente em oposição à decisão judicial proferida, tal fenômeno é chamado de *Backlash*.

A noção de *Backlash* é definida pelo Dicionário de Cambridge (2019): “*a strong feeling among a group of people in reaction to a change or recent events in society or politics*” ou seja, como “um forte sentimento entre um grupo de pessoas em reação a uma mudança ou eventos recentes na sociedade ou na política”.

No Brasil, uma importante manifestação recente do fenômeno *Backlash*, de clara reação legislativa e ativismo congressual pode ser notada no caso da

vaquejada, observado no julgamento da ADI 4983/CE pelo STF, seguido da aprovação pelo Congresso Nacional da emenda constitucional EC 96/2017.

Marmelstein descreve em sete etapas o efeito *Backlash* e a forma como grupos conservadores se articulam para modificar decisões judiciais contrárias a seus interesses.

O processo segue uma lógica que pode assim ser resumida. (1) Em uma matéria que divide a opinião pública, o Judiciário profere uma decisão liberal, assumindo uma posição de vanguarda na defesa dos direitos fundamentais. (2) Como a consciência social ainda não está bem consolidada, a decisão judicial é bombardeada com discursos conservadores inflamados, recheados de falácias com forte apelo emocional. (3) A crítica massiva e politicamente orquestrada à decisão judicial acarreta uma mudança na opinião pública, capaz de influenciar as escolhas eleitorais de grande parcela da população. (4) Com isso, os candidatos que aderem ao discurso conservador costumam conquistar maior espaço político, sendo, muitas vezes, campeões de votos. (5) Ao vencer as eleições e assumir o controle do poder político, o grupo conservador consegue aprovar leis e outras medidas que correspondam à sua visão de mundo. (6) Como o poder político também influencia a composição do Judiciário, já que os membros dos órgãos de cúpula são indicados politicamente, abre-se um espaço para mudança de entendimento dentro do próprio poder judicial. (7) Ao fim e ao cabo, pode haver um retrocesso jurídico capaz de criar uma situação normativa ainda pior do que a que havia antes da decisão judicial, prejudicando os grupos que, supostamente, seriam beneficiados com aquela decisão (MARMELSTEIN, 2015, sem numeração)

Depreende-se dessas situações que a postura ativista do STF tem contribuído para a ascensão do conservadorismo. “Em verdade, a mudança jurídica decorrente da decisão judicial obriga que os conservadores explicitem seus pontos de vista claramente e, nesse processo, um sentimento de intolerância que até então era encoberto pela conveniência do *status quo* opressivo tende a surgir de modo menos dissimulado”. (MARMELSTEIN, 2015, sem numeração)

Outra reação frente ao ativismo judicial é a resposta oriunda do Poder Judiciário. Intitulam-se leis “*in your face*” as respostas legislativas infraconstitucionais que colidam frontalmente a jurisprudência estabelecida pelo STF.

O que esses casos parecem sugerir é que, mesmo depois de proferida a *última* palavra pelo Supremo Tribunal Federal sobre a

interpretação da Constituição, resta espaço para a (re)ação do Poder Legislativo, que efetivamente tem (re)agido nos casos em que foi de seu interesse se manifestar nesse sentido. Desse modo, no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, mesmo se caracterizando como um modelo forte, a *última* palavra do STF não encerra por completo a discussão constitucional (ARABI, 2016, sem numeração).

### **2.3 Ativismo no Brasil: as (in)devidas relações entre direito e política**

Contemporaneamente, no mundo inteiro há casos que ilustram a fluidez dos limites entre política e justiça, porém, ressalta Barroso (2012) o caso brasileiro é especial, tanto pela extensão quanto pelo volume. Chegam ao Supremo Tribunal Federal as mais diversas circunstâncias, associadas à Carta Magna, à realidade política e às competências dos Poderes.

Com base nas observações da aproximação entre os apontamentos norte-americanos e o atual cenário constitucional brasileiro, Tassinari (2012, pg. 92) traz à tona dois importantes aspectos da expressão ativismo judicial “à brasileira”: o primeiro é a atribuição do fenômeno como experiência que não é própria do contexto brasileiro. Por outro viés, é possível estar implícita uma crítica à utilização destes termos de modo desvinculado do contexto de seu surgimento, “o que implica, a um tempo, a transposição equivocada de um conceito e, a outro, a ausência de uma necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano”.

Como destacam Copetti Santos e Lucas (2017 p. 199) ao referenciar o pensamento de Boaventura de Sousa Santos (2009), é necessária uma leitura diferenciada em países semiperiféricos como o Brasil, pela qual

o nível de desenvolvimento econômico e social afeta o desempenho dos juízes em dois sentidos fundamentais: por um lado, condicionando o tipo e o grau de litígio social e, por consequência, o de litígio judicial; por outro, ainda que não se possa estabelecer uma correlação exata entre desenvolvimento econômico e político, os sistemas políticos de países menos desenvolvidos ou de desenvolvimento intermediário são em geral mais instáveis, com períodos mais ou menos longos de ditadura, alternados com períodos mais ou menos curtos de democracia de baixa intensidade, fato que afeta sensivelmente a atuação judicial.



Barroso (2012) elenca três grandes causas que possibilitaram a judicialização da vida no contexto brasileiro: a primeira foi a redemocratização do país, que teve como ponto crucial a promulgação da Constituição de 1988, a qual fortaleceu a magistratura, evoluindo o Judiciário de um departamento técnico-especializado para se transformar em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a lei maior, inclusive em confronto com os demais Poderes.

A segunda causa seria a abrangência da constitucionalização, que trouxe para o texto constitucional diversos assuntos que antes eram deixados para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Tendo sido esta prática uma propensão mundial que teve início com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978) e, posteriormente, potencializada entre nós com a Constituição de 1988.

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial (BARROSO, 2012, p. 24).

Por fim, aponta Barroso para a terceira e última causa da judicialização “o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo.” Apontado como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas distintos: o americano e o europeu. A fórmula americana de controle incidental e difuso, adotada desde o início da República brasileira, permitiu a qualquer juiz ou tribunal deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. O controle de ação direta, adotado pelo modelo europeu, permitiu que determinadas matérias fossem levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.

Os Poderes da República estão condicionados às leis e orçamentos aprovados pelo Poder Legislativo. As escolhas políticas deverão ser guiadas a partir de critérios minuciosos observando os limites de gastos do Estado. Com isto, não é função do Poder Judiciário tomar decisões que inviabilizem ou forcem os demais

poderes a realizar determinadas tarefas que demandam a execução orçamentária para garantir direitos que não podem ser arcados pelos cofres públicos. Essa gestão faz parte de decisões políticas que devem escolher as opções de gastos baseadas em prioridades, de modo que garantam lugar no orçamento a partir de tais escolhas, não cabendo ao Judiciário decidir sobre tais questões (LUCAS; COPETTI SANTOS, 2017).

Sempre que haver uma decisão judicial concedendo um direito que exigirá uma demanda de grande quantia de dinheiro do poder público é necessário questionar se há de fato dinheiro no orçamento para a efetivação daquele direito, considerando ainda a possibilidade de ter de garanti-lo às demais pessoas situadas no mesmo enquadramento jurídico. Entretanto, juízes e tribunais não conhecem a realidade orçamentária inserida na efetivação de determinados direitos, o que reflete em decisões sem preocupações quanto a esse fato, comprometendo muitas vezes a efetivação desses mesmos direitos aos demais cidadãos ou até mesmo a afetados alguns projetos sociais. Neste cenário é refletida a política por parte do Judiciário, que não possui tal competência, desrespeitando a lei orçamentária criada pelo Legislativo (LUCAS, COPETTI SANTOS, 2017).

Outro exemplo de judicialização no Brasil, há o setor da saúde, em que são alvos de litigiosidade diversas ações de medicamentos e tratamentos experimentais, muitos sem aprovação da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária (e que não possuem reserva orçamentária. As decisões deferindo tais demandas assistem discricionariamente determinados cidadãos, obrigando deslocar recursos e intervindo outros setores públicos. Tratando de um direito social coletivo, o direito à saúde disposto no art. 196 da Constituição Federal deve ser implementado por políticas públicas e econômicas que busquem um acesso universal e igualitário, o que acaba não sendo respeitado pelos Tribunais Brasileiros (LUCAS, COPETTI SANTOS, 2017).

O fenômeno tem uma face positiva, destaca Barroso: demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento estão sendo supridas pelo Judiciário, a exemplo de assuntos como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é o desvelamento das

dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo, dentre as quais a inautenticidade partidária decorrente do distanciamento entre a classe política e a sociedade civil, uma vez que não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.

Apesar do aspecto positivo, Barroso insiste em três importantes objeções à crescente judicialização e ao ativismo judicial brasileiro:

A primeira objeção é o risco para a legitimidade democrática. Apesar dos julgadores não serem eleitos pelo voto popular, eles desempenham, inegavelmente, um poder político. A teoria constitucional define como *dificuldade contramajoritária* a possibilidade de um órgão jurisdicional não eletivo sobrepor-se a uma decisão do Chefe do Poder Executivo – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular. Com estes dados, Barroso apresenta duas justificativas para legitimar os tribunais a invalidar decisões dos representantes populares.

A justificativa de natureza normativa, é marcada pelas decisões dos magistrados que ao aplicarem a Constituição e as leis, concretizam decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Uma vez que ao decidir determinada causa, cabe inevitavelmente ao magistrado atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito tendo em vista que não desempenham uma atividade puramente mecânica.

Para explicar a justificativa de natureza filosófica, Barroso decompõe a expressão Estado Constitucional Democrático. Por *Constitucionalismo*, compreende-se como poder limitado e respeito aos direitos fundamentais; por Estado de Direito, como expressão da razão; Já *democracia*, como soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. As situações de tensão e conflito aparente podem surgir nas relações entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria. Por isto a Carta Magna deve desempenhar dois grandes papéis: estabelecer as regras do jogo

democrático, assegurando amplitude na prática popular, e proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Neste possível embate, a interpretação final da Constituição fica a cargo do Supremo Tribunal Federal, pois esta é a instituição com o papel “de velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios – não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas” (BARROSO, 2012, p. 29).

Contra Barroso, Streck contesta que o ministro aduz que para não ser conservador, é necessário se sobrepor ao texto constitucional. Como se cumprir a Constituição à risca fosse inadequado. Resulta deste pensamento que, toda vez que os fatos se apresentarem potentes, o texto Constitucional fica em segundo plano, uma vez que “valores” poderiam valer mais do que a força normativa do texto constitucional. “Quais “valores”? Aqueles que, de forma discricionária, o Judiciário disser que é” (STRECK, 2018, sem numeração).

A segunda objeção é o risco da politização da Justiça. Para Barroso, o Direito teria uma aparente contradição de ser e não política (a evidente não-contradição é resultado dos diversos sentidos que é possível atribuir à palavra “política”).

O direito é política no sentido de que: a) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; b) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; c) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.(BARROSO, 2012, p. 29).

Ao mesmo tempo, Direito *não* é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias, devendo encontrar seus limites mediante o emprego

de argumentação racional e persuasiva, ocasionado um traço distintivo relevante da função jurisdicional e possibilitando a ela uma específica legitimação.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: a) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; b) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; c) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (isto é, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das majorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático (BARROSO, 2012, p. 29-30).

A terceira e última objeção à crescente judicialização e ao ativismo judicial brasileiro apresentada por Barroso é o risco referente a capacidade institucional do Judiciário. Esta envolve “a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico” (BARROSO, 2012, p. 30). Este limite abarcaria o risco de *efeitos sistêmicos*: uma vez que o juiz normalmente estará preparado para realizar a justiça em determinado caso específico, ele nem sempre disporá do necessário (informação, tempo e conhecimento) para mensurar o impacto da respectiva decisão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A linguagem é um instrumento de possibilidade, por meio dela é possível representar as situações, coisas e seres. Tal representação se dá de forma assintótica, visto que não há um meio que represente com integral fidelidade aquilo que se deseja representar. Dito de outro modo, a linguagem é resultado da própria limitação que a consciência humana pode alcançar, pois ela é fruto desta.

Esta pesquisa abordou no primeiro capítulo um breve histórico da evolução da linguagem e seus elementos. Verificou-se que na linguagem, assim como no Direito, houve uma metodificação sistemática que buscava uma pureza lógica desvinculada à subjetividade do intérprete. Esse discurso lógico teve a pretensão de descrever as normas jurídicas atribuindo sua validade conforme um conjunto sistemático hierarquizado. Com isso, a tese era de que os códigos poderiam abarcar toda a realidade, cabendo aos magistrados apenas declarar o direito, que, por subsunção, enquadrariam os fatos às regras. Porém esse campo de análise falha, justamente, ao deixar de lado o contexto prático das relações humanas, que é onde de fato surge o direito.

A teoria de Hart oferece uma abertura ao voluntarismo moderado ao compreender que nos casos difíceis, *hard cases*, nos quais não há critérios de verificação de sua correção, seria inescapável a discricionariedade judicial, a qual deveria ser usada sem deixar de lado a tradição jurídica, que lhe serviria como um direcionamento. Já em Dworkin, a discricionariedade deve ser evitada por meio de decisões principiológicas vinculadas a uma cadeia de precedentes. Alexy reconhece a discricionariedade como inexorável, de modo que, para resolver os *hard cases*, apresenta um procedimento de etapas de ponderação de princípios.

O ativismo judicial manifesta-se com uma tendência que vai além do Poder Judiciário, visto que o fenômeno ocorre em diversas sociedades do mundo. Essa atuação expansiva e proativa decorre de uma hermenêutica constitucional que não acompanhou as contribuições interpretativas ontológico-linguísticas, superadoras do esquema sujeito-objeto.

A postura ativista, no caso brasileiro, decorre de uma passagem tardia do estado liberal-individualista, formal-burgues para um estado de bem-estar social. Este atraso, ao mesmo tempo que permitiu o reconhecimento de Direitos Sociais como Fundamentais, possibilitou uma intensa procura ao judiciário para a consolidação desses Direitos. Desse modo, ao superar bloqueios políticos que impedem o avanço de soluções, o Poder Judiciário extrapola os limites de sua jurisdição, atingindo matérias que não estão presentes no texto constitucional.

A judicialização da política e o Ativismo Judicial resultam dessa transformação tardia causando intenso impacto na sociedade, a qual reage com articulações como o chamado efeito Backlash e as respostas legislativas denominadas “leis *in your face*”, que por sua vez podem ocasionar um atraso no reconhecimento de liberdades individuais.

Dessa forma, ressalta-se a dificuldade em encontrar a maneira mais adequada para a formação de uma decisão judicial livre de concepções morais intrínsecas à subjetividade do operador do Direito, uma vez que toda a decisão judicial, em maior ou menor grau, está sujeita a alguma discricionariedade. Por sua vez, o meio mais adequado para guiar uma interpretação condizente com a complexidade da ordem social e jurídica, especialmente na contemporaneidade, é aquele de acordo com os princípios previstos no ordenamento jurídico democrático vigente, de modo a garantir que os Direitos Fundamentais sejam preservados em face da maioria ou do Poder Estatal.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? In: **A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas H.; PAULSON, Stanley L.; POGGE, Thomas W. **Rights culture and the law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ARABI, Abhner Youssif Mota. O caso da vaquejada e a última palavra sobre a Constituição. **Revista CONJUR**, 06/12/2016, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/abhner-arabi-vaquejada-ultima-palavra-constituicao>>, acesso em 10. nov. 2019.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Do signo ao discurso: introdução à filosofia da linguagem**. São Paulo: Parábola Editorial, 2004.

ARISTÓTELES. De interpretatione. In: ANGIONI, Lucas (seleção, tradução e comentários). **Textos didáticos: onteologia e pregação em Aristóteles**. Campinas: IFCH/Unicamp, nº 41, fev. 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v.5, n. 1, 2012, p. 23-32, disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>, acesso em 10. nov. 2019.

BEDIN, Gilmar Antônio; LUCAS, Doglas Cesar. ,O positivismo jurídico Maduro e o Projeto da Construção de uma Teoria Pura do Direito: uma aproximação do núcleo central do pensamento de Hans Kelsen. In: GELAIN, Itamar Luis (organizador). **Uma Introdução à filosofia do Direito**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2015. p.213- 238.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4983, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, DJ 17.10.2016. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>>, acesso em 10. nov. 2019.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347, Tribunal Pleno, Relator Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, DJ 14.09.2015. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>, acesso em 10. nov. 2019.

Cambridge Dictionary. Disponível em <<https://dictionary.cambridge.org/pt>>, acesso em 10. nov. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Revista CONJUR**, 01/09/2015, disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=twitter](https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural?utm_source=dlvr.it&utm_medium=twitter)>, acesso em 10. nov. 2019.

COSTA, Claudio Ferreira. **Filosofia da linguagem**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

DEMARCHI, Clóvis. Limites ao ativismo judicial diante da crise do Estado, da Democracia e do Governo. In: **Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. Organizadores: Anízio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal. Porto Alegre: FMP, 2017 p. 15-32.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FREGE, Gottlob. **Lógica e Filosofia da Linguagem**. Trad. Paulo Alcoforado. São Paulo: Edusp, 2ª Ed., 2009.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contrição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sergio Antônio Farbis Editor, 1997.

HART, Herbert, **O conceito de Direito** (tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª edição, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1996)

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Volume I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Bachado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRUG, Luiza Kitzmann. Hermenêutica Filosófica e Direito: Contribuições Teóricas. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/ UFRGS**. Porto Alegre, v. VIII, nº 1. p. 349- 379. 2013.

LUCAS, Douglas Cesar; COPETTI SANTOS, André Leonardo . Crítica do protagonismo do Poder Judiciário, O ativismo judicial entre reconhecimento e redistribuição. **Revista Direito e Justiça** – Reflexões Sociojurídicas – Ano XVIII – Nº 29 p 197-230 – novembro 2017

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

MAGEE, Edgar Bryan. **História da filosofia**. Tradução Marcos Bagno. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Efeito *Backlash* da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-Backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>, acesso em 10. nov. 2019.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**. v. 73, sept. 2002, disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=330266](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266), acesso em 10. nov. 2019.

MOREIRA, Jorge Henrique Lima. **Entrepalavras**. Fortaleza, ano 1, v.1, n.1, p. 117-128. 2011.

NIETZSCHE, Friedrich. Verdade e mentira no sentido extramoral. In: **Revista Comum**, Rio de Janeiro, v.6 - nº 17. p. 05-23 - jul./dez. 2001.

PEIRCE, Charles S. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 46.

PLATÃO, Crátilo, IN: SOUZA, Luciano Ferreira, Platão Crátilo. Estudo e Tradução. Biblioteca digital da USP. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8143/tde-14062011-133520/en.php>>, acesso em 10. nov. 2019.

RODRIGUES, Cassiano Terra. **Filosofia da Linguagem I: Guia de Estudos**. Lavras: UFLA, 2013, p. 54-63.

SAES, Sílvia Faustino de Assis. **A linguagem**. São Paulo: Editora WMFF Martins Fontes, 2013.

SANTIAGO, Marcus Firmino. As origens do *judicial review*: porque Marbury vs. Madison é apenas um elo de uma longa cadeira. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 44, n. 143, Dezembro, 2017, p. 331 – 355

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología Jurídica Crítica**. Para un nuevo sentido en el derecho. Madrid/Bogotá: Trota/Ilsa, 2009

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. Rio de Janeiro, 2008, disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-a-protecao-judicial-dos>>

direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>, acesso em 10. nov. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

\_\_\_\_\_. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 18, n. 1, p. 221-245, jan./abr. 2016**.

\_\_\_\_\_. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Revista CONJUR**, 13/06/2013, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>, acesso em 10. nov. 2019.

\_\_\_\_\_. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 07/01/2016, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>>, acesso em 10. nov. 2019.

\_\_\_\_\_. E o que seria a discricionariedade transparente do ministro Roberto Barroso? **Revista CONJUR**, 26/02/2018, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionariedade-transparente-barroso>>, acesso em 10. nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude Positivista? **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173, 2010, disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>, acesso em 10. nov. 2019.

\_\_\_\_\_. A interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar Juristocracias: A Importância De Peter Häberle Para A Superação Dos Atributos (*Eigenschaften*) Solipsistas Do Direito. In: **Observatório Da Jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011, disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/561/373>>, acesso em 10. nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Jurisdição e ausência de uma Teoria da Decisão **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI**. Valparaíso, Chile, 2013, p. 577 – 601.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012

TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**, disponível em <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15\\_639.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf)>, acesso em 10. nov. 2019.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Edusp, 3<sup>a</sup> Ed., 2001.