

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS UNIDADE
ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO PROGRAMA DE
PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
NÍVEL DOUTORADO WILDEMAR FÉLIX ASSUNÇÃO E SILVA**

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DE
DWORKIN**

**SÃO LEOPOLDO
2025**

WILDEMAR FÉLIX ASSUNÇÃO E SILVA

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DE DWORKIN

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Filosofia, pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos , UNISINOS. Orientador(a): Prof. Dr. Inácio Helfer

**SÃO LEOPOLDO
2025**

S586a Silva, Wildemar Félix Assunção e
Ativismo judicial e judicialização na perspectiva de Dworkin /
por Wildemar Félix Assunção e Silva. – 2025.
120 f. : 30 cm.

Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2025.

Orientador: Prof. Dr. Inácio Helfer.

1. Ronald Dworkin. 2. Ativismo judicial. 3. Judicialização da
política. 4. Princípios e regras. 5. Democracia. 6. Integralidade.
I. Título.

CDU 340

Catalogação na Publicação:
Bibliotecária Vanessa Borges Nunes - CRB 10/1556

WILDEMAR FÉLIX ASSUNÇÃO E SILVA

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DE DWORKIN

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS.

Aprovado em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Inácio Helfer – UNISINOS

Prof. Dr. Denis Coitinho da Silveira – PPG Filosofia - UNISINOS

Prof. Dr. Luiz Rohden – PPG Filosofia - UNISINOS

Prof. Dr^a. Caroline Muller Bitencourt – PPG Direito - UNISC

Prof. Dr. Francisco José Borges Motta – PPG da Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela oportunidade de concluir mais um trabalho com muita fé e esforço.

Agradeço à minha esposa e aos meus filhos por entenderem a minha ausência quando da elaboração deste trabalho.

À instituição, por proporcionar um ensino muito profícuo e que deixará lições para sempre. Aproveito para parabenizar pela estrutura da Universidade, impecável em todos os sentidos.

Por fim, um muito obrigado ao meu orientador, Inácio Helfer, sempre disposto a ajudar, e ao professor Luiz Rohden pelo apoio.

RESUMO

As questões políticas têm sido tradicionalmente decididas no âmbito dos poderes executivo e legislativo, pelo que a intervenção judicial em decisões de políticas públicas ou em questões científicas ou moralmente contestadas tem sido criticada. O objetivo deste estudo é analisar o conceito de “ativismo judicial” a partir do arcabouço teórico de Ronald Dworkin e sua possível implicação na atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e no judiciário em geral brasileiros no período de 2019 a 2023 na resolução de casos difíceis, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Por meio de uma pesquisa qualitativa, descritiva e exploratória, utilizando uma abordagem bibliográfica, este estudo se propõe a analisar se, e em caso positivo, como as ideias de Dworkin seriam aplicadas na jurisprudência do STF e no judiciário em geral. Constatou-se que, ao analisar o arcabouço filosófico e doutrinário de Dworkin, o STF e o judiciário em geral estariam autorizados a zelar pelo normal funcionamento do processo democrático deliberativo e as decisões jurídicas próprias de sua alçada prevista no texto Constitucional, não interferindo na determinação das especificidades da condução política.

Palavras-chave: Ronald Dworkin. Ativismo judicial. Judicialização da Política. Princípios e Regras. Democracia. Integralidade.

ABSTRACT

Political issues have traditionally been decided within the executive or legislative branches, so judicial intervention in public policy decisions or in scientific or morally contested matters has been criticised. The objective of this study is to analyze the concept of "judicial activism" from the theoretical framework of Ronald Dworkin and its possible implication in the action of the Brazilian Supreme Court and in the judiciary in general Brazilian in the period of 2019 to 2023 in the resolution of difficult cases, after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. Through qualitative, descriptive and exploratory research, using a bibliographic approach, this study aims to analyze whether, and if so, how Dworkin's ideas would be applied in the jurisprudence of the STF and in the judiciary in general. It is noted that, when examining Dworkin's philosophical and doctrinal framework, the STF and the judiciary in general would be allowed to take care of the normal functioning of the deliberative democratic process and the legal decisions specific to it provided for in the Constitutional text, not interfering in the determination of the specificities of political conduct.

Keywords: Ronald Dworkin. Judicial activism. Judicialization of Politics. Principles and Rules. Democracy. Completeness

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 2 A BUSCA PELA RESPOSTA NORMATIVAMENTE CORRETA..... | 12 |
| 2.1 A crítica de Ronald Dworkin | 12 |
| 2.2 Uma raposa em busca de presas..... | 16 |
| 2.3 A insuficiênci a do criticismo..... | 19 |
| 2.4 A edificação de uma teoria do direito abrangente e integrativa | 21 |
| 2.5 Objeções de um ouriço..... | 24 |
| 2.6 Testando a resistência da teoria de Dworkin..... | 25 |
| 2.7 Sobre raposas e ouriços..... | 26 |
| 3 DIREITO E POLÍTICA | 32 |
| 3.1 Richard Posner X Ronald Dworkin | 34 |
| 3.1.1 O Papel dos Juízes: Pragmatismo Econômico e Integridade Jurídica | 34 |
| 3.1.2 Interpretação da Lei: Flexibilidade Econômica versus Coerência Moral..... | 35 |
| 3.1.3 Ativismo Judicial: Limites e Justificativas..... | 36 |
| 3.1.4 Judicialização da Política: Reflexos no Sistema Jurídico | 36 |
| 3.2 Relativizando a resposta correta | 41 |
| 3.3 O liberal igualitário x libertário..... | 43 |
| 3.4 Reconstrução contrafactual e teoria da interpretação de Dworkin | 44 |
| 3.5 Deduções das proposições de Ronald Dworkin em situações hipotéticas ... | 46 |
| 4..... UNIDADE NARRATIVA E ADEQUAÇÃO DEMOCRÁTICA | 51 |
| 4.1 A judicialização da política..... | 51 |
| 4.2 Experiência de judicialização na política brasileira | 56 |
| 4.3 Condições de legitimidade da democracia brasileira | 65 |
| 4.4 Riscos e possibilidades da Judicialização | 71 |
| 4.5 Liberdade, igualdade e democracia..... | 77 |
| 5..... CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL PELO STF..... | 80 |
| 5.1 O pensamento de Dworkin | 80 |
| 5.2 A Lei como integridade atemporal no edifício teórico de Dworkin..... | 89 |
| 5.3 Dworkin e o ativismo judicial | 93 |
| 6 CONCLUSÃO | 103 |
| 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 106 |

1 INTRODUÇÃO

A estrutura da sociedade humana é baseada em diversos princípios políticos e econômicos que abordam os modos de produção e as relações sociais no convívio diário. Essas relações, predominantemente marcadas por conflitos de interesses na sociedade capitalista, têm origem principalmente nas contradições entre as classes sociais, refletindo questões como: criminalidade, disparidade econômica, disputas de propriedade privada e concorrência de mercado.

O enfoque do tema foi definido como o ativismo judicial, destacando, como um dos principais instrumentos para mitigar dilemas sociais como desigualdade e vulnerabilidade. Contudo, o termo "ativismo judicial" tem sido alvo de críticas devido à sua ambiguidade, juntamente com desafios na utilização, análise e classificação de decisões específicas. Surgem, assim, controvérsias sobre sua utilidade e eficácia na prática jurídica, acompanhadas de tentativas de teorização e formulação de um escopo conceitual em diversas disciplinas para avaliar suas possibilidades de aplicação nas decisões legais.

Ao analisar o ativismo judicial, torna-se essencial avaliar as limitações jurídicas e as possibilidades constitucionais atribuídas ao poder criativo e normativo do STF. Isso deve ser feito considerando o equilíbrio necessário que estrutura a harmonia da sociedade, conforme estabelecido constitucionalmente entre os Três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais têm a responsabilidade de cumprir rigorosamente suas obrigações institucionais para evitar desequilíbrios.

Embora o ativismo judicial apresente aspectos positivos, como abordar demandas sociais negligenciadas por outros poderes, há também aspectos negativos relacionados à reação questionadora do legislativo e executivo, que interpretam as ações do Judiciário como intromissões em suas atribuições. O desafio normativo surge ao considerar que o ativismo judicial deveria ser mais do que um instrumento para desdobrar as obrigações legais, mas também para tornar efetivo o texto constitucional por meio de uma aplicação coerente.

Koerner (2013) sustenta a ideia de que o ativismo compromete com os tribunais de justiça e os direitos morais do indivíduo em sua interação social com o Estado. Isso requer o desenvolvimento de princípios de legalidade e igualdade, sujeitos a revisão periódica à luz da visão moral da Suprema Corte ao julgar as

práticas do Congresso Nacional e toda a organização política. Assim, o Judiciário deve adotar uma prática alinhada aos princípios, mantendo coesão com a realidade em que está inserido.

Dessa maneira, conforme afirmado por Appio (2018), a teoria de Dworkin fundamenta-se principalmente em uma abordagem inovadora que concebe o direito como integridade. Nessa perspectiva, os juízes não possuem discricionariedade política para criar novos direitos, estando vinculados a parâmetros tangíveis de decisão que formam uma rede ordenada de princípios ao longo do tempo (APPIO, 2018). Essa estrutura visa equilibrar a prática interpretativa dos juízes com os princípios constitucionais que fundamentam as decisões jurídicas, especialmente ao interpretar outras dimensões, como a dos demais poderes. Tal interpretação deve ser cuidadosa, evitando contradições com os princípios constitucionais.

Através de uma pesquisa qualitativa, descritiva e exploratória, com abordagem bibliográfica, este estudo propõe-se a examinar no que consistem as ideias de Dworkin concernentes ao tema do “ativismo judicial” e como seriam ou não aplicadas na jurisprudência do STF e no judiciário em geral brasileiro no período de 2010 a 2023. Conclui-se que, ao analisar o arcabouço filosófico e doutrinário de Dworkin, o STF e o judiciário em geral têm a autorização para preservar o funcionamento normal do processo democrático deliberativo e tomar decisões jurídicas de acordo com sua alçada estabelecida na Constituição, sem interferir nas especificidades da condução política.

O objetivo deste estudo é analisar o conceito de “ativismo judicial” a partir do arcabouço teórico de Ronald Dworkin e sua possível implicação na atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e no judiciário em geral brasileiros no período de 2010 a 2023 na resolução de casos difíceis. A interpretação desempenha um papel crucial na construção do caso e na tomada de decisão, uma vez que cada situação possui particularidades que não podem ser abordadas de maneira generalizada (KOERNER, 2013). Os objetivos específicos incluíram debater o ativismo judicial de Dworkin, questionar o papel do Poder Judiciário na autonomia jurídica, discutir as atribuições legais do ativismo judicial e analisar a possível instauração de desequilíbrio entre os poderes, marcando uma fronteira entre política e direito.

A problemática da pesquisa se deu em torno da seguinte questão: " Qual é o

conceito formulado por Ronald Dworkin acerca do “ativismo judicial” e pode-se afirmar que haja uma assimilação dele na atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro e no judiciário em geral brasileiros no período de 2019 a 2023 na resolução de casos difíceis, após a promulgação da Constituição Federal de 1988?

A hipótese do trabalho se baseou nas teorias de Dworkin, visto que o ativismo judicial é caracterizado pela defesa de princípios, visto que a atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro (STF) e do judiciário brasileiro em geral no período de 2019 a 2023, na resolução de casos difíceis, não pode ser caracterizada como “ativismo judicial” segundo o conceito de Ronald Dworkin. Apesar da promulgação da Constituição Federal de 1988. Portanto, a análise dos julgamentos e decisões tomadas nesse período revelará a ausência desses elementos fundamentais para a definição de ativismo judicial segundo Dworkin, invalidando a assertiva de que o STF e o judiciário brasileiro, nesse contexto temporal, estejam exercendo um ativismo judicial conforme descrito por Dworkin.

O capítulo 1 expõe as bases da teoria de Ronald Dworkin, destacando a busca pela resposta normativamente correta e considerando fatores além das próprias regras ao decidir o que aplicar e descartar. O capítulo 2 sobre Direito e política aborda concepções filosóficas que questionam a arbitrariedade na tomada de decisão de um juiz, considerando-a uma expressão de seus interesses pessoais. O capítulo 3 sobre Unidade narrativa e adequação democrática examina elementos dworkianos que afirmam a legitimidade democrática da Justiça como guardião dos direitos fundamentais, sem a criação deliberada de políticas públicas. O capítulo 4, Crítica ao ativismo judicial praticado no Brasil pelo STF segundo o pensamento de Dworkin, avalia que a interpretação do juiz não deve ser uma escolha baseada em convicções pessoais, destacando a importância do pensamento de Dworkin para evitar a discricionariedade e manter o Estado de Direito e a democracia.

2 A BUSCA PELA RESPOSTA NORMATIVAMENTE CORRETA

A crítica de Ronald Dworkin à discricionariedade positivista de Herbert Hart (2001) elevou a teoria da resposta certa ao destaque na teoria jurídica. Dworkin destacou que, mesmo nos casos chamados de difíceis, a legitimidade política do procedimento reside no direito das partes de tomar decisões específicas. Posner (2012, p.25) ressalta, com base em Dworkin (2011, p. 324), que o magistrado, ao decidir questões, não está criando direito, mas apenas aplicando-o. Essa ação ocorre dentro de sua autoridade constitucional e das funções delegadas, o que elimina a necessidade de exercer a modéstia de um juiz presente na teoria jus-positiva de Hart (2009).

Dworkin argumenta que não é preciso afirmar que direito e política pertencem a mundos totalmente distintos e separados. Da mesma forma, seria incorreto afirmar que direito e política são exatamente a mesma coisa, e que os juízes que decidem casos difíceis votam unicamente com base em suas convicções políticas pessoais. Segundo Dworkin, os juízes devem impor apenas crenças políticas que sinceramente acreditam estar em conformidade com a interpretação geral da cultura jurídica e política da sociedade. Logo no capítulo 2.1 serão apresentadas algumas das principais críticas de Ronald Dworkin no que diz respeito a legitimidade política.

2.1 A crítica de Ronald Dworkin

Embora juristas possam discordar razoavelmente sobre quando essa condição é satisfeita, Dworkin destaca que convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias, podem passar no teste, enquanto outras não. Um juiz que aceita essa limitação, independentemente de suas crenças serem marxistas, burguesas ou derivadas de alguma crença religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à sociedade em nome da lei, mesmo que as julgue nobres ou esclarecidas, pois isso necessitaria de uma interpretação geral coerente.

A integridade é a terceira virtude política depois da justiça e do devido processo, e refere-se ao compromisso do governo de tratar todos os cidadãos

de maneira consistente e baseada em princípios, a fim de estender os padrões básicos de justiça e equidade a todos os cidadãos (DWORKIN, 1999, p.30).

Outro elemento conceitual da integridade está ligado à legitimidade política, originando-se de um modelo de propósito fundamentado em princípios na prática colaborativa. Nesse contexto, comunidades e membros reconhecem que estão unidos por princípios compartilhados, transcendendo simplesmente regras estabelecidas por acordos políticos.

Eles reconhecem que seus direitos e obrigações políticas não se esgotam nas decisões específicas contidas nas regras, mas dependem mais amplamente do corpo de princípios que essas decisões pressupõem (DWORKIN, 1999, p.30).

A concepção do direito como integridade pressupõe que a verdadeira criadora de direitos e deveres legais é a comunidade personificada, uma fiel guardiã da justiça e da equidade. Essa criação ocorre com base em um conjunto de princípios que justificam decisões específicas à medida que surgem. A importância da história se destaca, pois, esse conjunto de princípios deve fundamentar o status e o conteúdo das decisões passadas.

Bitencourt e Sobrinho (2011) destacam que, ao analisar a prática do juiz Hércules, Dworkin argumentou que não apenas o conjunto de normas que envolvem o caso precisa ser examinado, mas também todas as questões fáticas relevantes devem ser consideradas. É crucial que os juízes tomem decisões alinhadas com a complexidade do caso, considerando os fatos, o ordenamento jurídico e a melhor conexão entre os fatos relevantes e a lei aplicável.

Isso implica examinar não apenas as normas pertinentes, mas também todos os fatos relevantes para tomar decisões coerentes com o restante do ordenamento jurídico. Assim, ao investigar todas as normas aplicáveis, é necessário considerar que outras normas podem não mais ser aplicáveis, mas permanecem no ordenamento, impactando sua eficácia em relação ao conjunto normativo.

A complexidade dessa tarefa reflete a dificuldade de julgar casos legais desafiadores, como proposto pela teoria da integridade. Analogamente, Dworkin

compara a tarefa do juiz com a de um romancista, onde a interpretação dos capítulos anteriores e a escolha do gênero a ser escrito são essenciais. Cada juiz é equiparado a um romancista, tendo a responsabilidade de ler o que outros juízes escreveram no passado, não para entender suas opiniões, mas para tirar conclusões sobre o que esses juízes coletivamente realizaram.

Contextualizando a questão no período entre 2019 e 2023, durante o cenário de intensa polarização política no Brasil, é possível identificar oposição a uma possível decisão judicial, com destaque para duas respostas baseadas em valores morais. Alguns argumentariam que o aborto é considerado um ato de assassinato, o que, segundo essa visão, impediria o exercício da liberdade do indivíduo abortado. Por outro lado, defensores do direito da mulher à interrupção da gravidez alegariam que tal ação representa um exercício de liberdade e privacidade, sustentando que uma lei que proíba o aborto, mesmo com o apoio majoritário na câmara, em contraposição ao entendimento social fundamentado em uma moral rígida, resultaria em um conflito de interpretação (DWORKIN, 2011, p. 42). Diante dessas circunstâncias, Dworkin propõe o seguinte:

No entanto, alguém pode sair do sistema das suas ideias morais e refletir sobre essas ideias como um todo. Pode colocar questões externas sobre os seus valores morais e os das outras pessoas, em vez de questões internas de valor moral. (DWORKIN, 2011, p. 42).

Dentro desse contexto, incluem-se questões sociocientíficas, como a análise de se as circunstâncias econômicas ou outras explicam por que nos inclinamos a convicções morais que são rejeitadas por outras culturas com circunstâncias diferentes. A distinção entre questões internas e externas pode ser aplicada a qualquer conjunto de ideias (DWORKIN, 2011, p. 42). O autor sugere que, ao considerar a universalidade de um princípio, o juiz pode tomar a decisão correta no caso em questão.

A tese da única resposta certa representa uma contribuição significativa da teoria de Dworkin para a compreensão do direito democrático. Sua evolução demonstra uma resistência fundamental aos argumentos advogados por concepções convencionalistas e pragmáticas, especialmente aquelas que minam a discricionariedade judicial e ancoram a legitimidade da regulação estatal na integridade do cumprimento da lei.

A distinção entre princípios e regras, conforme postulada por Dworkin, não

deriva de características morfológicas, mas sim de argumentos lógicos, refletindo a virada linguística. Ao analisar a evolução do pensamento de Dworkin ao longo do tempo, observamos que, na década de 1960, o problema foi apresentado com foco na natureza orientadora de ambos os conjuntos de normas, indicando decisões específicas sobre obrigações legais em circunstâncias particulares.

Galuppo (2002, p. 25) destaca que os princípios estabelecem direitos individuais e estão vinculados a demandas universais, enquanto as diretrizes políticas visam objetivos coletivos relacionados ao bem-estar de partes específicas da sociedade. Argumentos baseados em princípios são considerados trunfos, prevalecendo sobre argumentos baseados em normas políticas nas discussões, conforme sugerido por esse autor. A defesa da discricionariedade judicial, nesse contexto, aponta para a ausência de regras diante de casos difíceis, não de normas.

A primeira parte da teoria de erros de Dworkin envolve duas distinções: a autoridade de qualquer evento institucional para produzir suas consequências propostas e a força gravitacional desse evento. A classificação de um evento como um erro depende da avaliação de sua força gravitacional, tornando-o inutilizável, sem comprometer sua autoridade específica. A segunda parte envolve um esquema de princípios para leis e julgamentos, sustentando que se um princípio que justifica decisões anteriores não produz novas decisões, seu argumento de justiça é inválido.

Além disso, as decisões alcançadas não seguem um processo de reconstrução que indica com segurança uma única resposta certa. Duas ideias cruciais para entender a proposta de Dworkin são a metáfora literária do romance e a comunidade de princípios. A atividade decisória dos juízes não ocorre no vácuo, mas em constante diálogo com a história, evidenciando a influência da hermenêutica.

Assim, a compreensão adequada do romance em cadeia revela que nem todo romancista possui liberdade criativa. Sua responsabilidade é escolher a melhor interpretação para criar um texto único e contínuo, em vez de uma série de histórias independentes. Esse exercício literário envolve começar com o material dado por predecessores, adicionando contribuições próprias e considerando o que o sucessor gostaria ou poderia acrescentar.

É uma arena de debate sobre quais princípios a sociedade como sistema deve adotar, quais conceitos de justiça, igualdade e devido processo legal devem existir, em vez de diferentes imagens que se encaixam em outros modelos, nos quais cada um tenta se valer como amplo espectro possível manter suas crenças dentro de seus poderes ou regras (DWORKIN, 1999, p.32).

Os direitos e deveres políticos dessa comunidade não estão simplesmente ligados a decisões específicas tomadas no passado, mas também dependem do sistema de princípios pressupostos ou respaldados por essas decisões. A integridade é, portanto, compreendida como um ideal amplamente aceito e, nesse sentido, revela-se um compromisso das pessoas, mesmo quando há discordância sobre a moralidade política (DWORKIN, 1999).

2.2 Uma raposa em busca de presas

No livro "Levando os Direitos a Sério", o autor introduz a estrutura de sua obra, que ilustra a reconstrução sistemática dos sistemas jurídicos. Ele propõe abordar os seguintes temas (DWORKIN, 2010, p. 26).

A primeira seção apresenta uma teoria sobre o que constitui o direito. Em termos mais neutros, trata-se de uma teoria sobre as condições necessárias e suficientes para a veracidade de uma proposição jurídica. Esta é a teoria do positivismo jurídico, que argumenta que a verdade das proposições jurídicas se baseia em fatos relacionados às regras estabelecidas por instituições sociais específicas, sem mais considerações. A segunda seção oferece uma teoria sobre o que o direito deveria ser e como as instituições jurídicas familiares deveriam se comportar. Esta é a teoria do utilitarismo, que defende que o direito e suas instituições devem servir ao bem-estar geral e nada mais. Ambas as partes da teoria principal derivam da filosofia de Jeremy Bentham (DWORKIN, 2002, p. 24).

Dworkin está em processo de reconstrução teórica, revisitando toda a sua formação e influência. Ele destaca que contra as ideias se posiciona, ao mesmo tempo em que admite certas ideias dessas escolas como objeto de análise para investigar a validade ou veracidade de suas próprias proposições. A teoria da legislação deve incluir uma teoria da legitimidade, descrevendo as circunstâncias nas quais um indivíduo ou grupo específico está autorizado a legislar, e uma teoria da justiça legislativa, que delinea o tipo de leis que estão autorizados ou obrigados

a criar (DWORKIN, 1999, p. 32).

Conter uma teoria da controvérsia, que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos jurídicos difíceis, e uma teoria da jurisdição, que explique por que e quando os juízes, e não outros grupos ou instituições, devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia. A teoria da observância da lei deve discutir e distinguir dois papéis. (DWORKIN, 2002, p. 9).

Ao avançar em sua exposição com rigor metodológico e precisão, o autor estabelece os elementos que considera cruciais para a composição ou complementaridade das teorias jurídicas que estão no centro de sua crítica. Ele destaca um caráter normativo e sistemático ao abordar a teoria da legislação. Esta deve incorporar uma teoria do respeito à lei, que analise a natureza e os limites do dever do cidadão em obedecer à lei, abrangendo suas diversas manifestações nos diferentes tipos de Estado e em várias circunstâncias. Além disso, é essencial incluir uma teoria da execução da lei, que identifique os objetivos da aplicação e punição, e descreva como os representantes públicos devem reagir diante das distintas categorias de crimes e infrações.

Uma teoria geral do direito incluirá assuntos que não pertencem a nenhuma dessas categorias, é um tópico que pertencer a uma poderá igualmente pertencer a outras. A questão politicamente sensível do constitucionalismo, por exemplo, diz respeito à teoria da legitimidade. Por que os representantes eleitos da maioria não deveriam estar habilitados, em qualquer circunstância, a sancionar leis que lhes parecessem equânimes e eficientes (DWORKIN, 2002, p.32).

Os princípios políticos expressos na Constituição fazem parte do direito, mesmo não sendo resultado de decisões sociais ou políticas deliberadas, o direito pode ser considerado natural e um argumento a favor das restrições impostas pela constituição ao poder da maioria. Tanto questões conceituais quanto questões de jurisdição e legitimidade têm uma incidência evidente sobre a teoria da observância da lei (DWORKIN, 2002, p. 32). Dworkin não se limita a restringir sua reconstrução ao âmbito da teorização abstrata, portanto, ele busca conciliar princípios que parecem abstratos com práticas concretas e integrá-los em um todo coerente.

Os principais representantes do positivismo jurídico, Kelsen e Hart, aparentemente não abordaram a teoria dos princípios jurídicos. As concepções jurídicas desses autores não se concentram nos princípios como normas jurídicas (DWORKIN, 2002, p. 32). Kelsen desenvolveu o conceito de validade com base na chamada norma de pressuposto fundamental. A validade das normas jurídicas decorre de um nível superior de normas anteriores às normas finais, ou seja, essa

norma básica pressuposta, hipotética. O conceito de direito de Hart diferencia entre normas primárias (mandamentos ou atos diretos) e secundárias, que parasitam as primeiras. Nesta última, Hart incorpora a chamada regra do conhecimento, uma regra que confere caráter jurídico às normas fundamentais, distinguindo-as das regras de onduta extralegal ou de obrigação moral (DWORKIN, 1999, p. 32).

A obra mencionada consiste, na realidade, em uma série de artigos publicados entre 1967 e 1974, nos quais Dworkin defende uma teoria liberal do direito, baseada na defesa da liberdade individual perante o Estado ou contra a "maioria".

No entanto, ele adverte que sua teoria não deve ser confundida com o que ele chama de teoria jurídica dominante, que também é considerada liberal (DWORKIN, 1999, p. 32). Dworkin divide a teoria jurídica dominante em duas seções: uma teoria das condições necessárias e suficientes para a verdade de proposições jurídicas (positivismo jurídico) e uma teoria sobre como as leis devem existir (utilitarismo), ou seja, que as leis e suas instituições devem servir ao bem público e apenas ao bem público.

Retornando à teoria positivista, quando a doutrina menciona "discrição", o autor entende que o termo é usado, pelo menos em alguns casos, em um sentido forte. Descrever a proposição de que a discricionariedade deve ser usada em julgamentos onde não há regras disponíveis é uma tautologia. Ele observa que tais alegações são irrelevantes para a questão da interpretação dos princípios jurídicos.

Para o positivismo, a doutrina da discricionariedade seria uma percepção, não uma tautologia; como se estivesse relacionada à análise dos princípios. Para reforçar sua posição de que os positivistas utilizam a discricionariedade em um sentido forte, o autor cita Hart. Para o autor, ao exercer sua discricionariedade, o juiz não está mais vinculado à norma, mas à norma que costuma adotar. Portanto, para Hart, os princípios seriam extrajudiciais, e os juízes estariam livres para aplicá-los. Em resumo, as normas legais que não são regras e que são citadas pelos juízes não são obrigatórias para os positivistas, conforme (DWORKIN, 2002, p. 32). O autor analisa três argumentos utilizados pelos positivistas na teoria do poder discricionário:

Uma delas é referente a ideia de que o positivismo afirma que esses princípios não são obrigatórios. Em resposta a esse argumento, Dworkin

argumenta que em casos difíceis, quando um juiz não utiliza um princípio, ou mesmo o considera, seus críticos diriam que é dever do juiz ponderar entre os princípios envolvidos no caso. Para Dworkin, não basta dizer que os tribunais têm uma obrigação "moral" ou "institucional" de considerar os princípios. Mesmo assim, os autores advertem que será uma questão de porque esse tipo de dever (de prestar contas de princípios) é diferente do que as regras impõem aos juízes, e porque seria correto dizer que princípios e políticas não fazem parte do Direito (DWORKIN, 2002, p. 32).

Assim, ao questionar esses três argumentos, o autor renuncia à segunda premissa positivista de que os juízes têm discricionariedade na ausência de regras e sugere que os princípios se tornarão parte integrante do direito. Para respaldar sua argumentação, o autor menciona a capacidade de alterar as regras da common law no Reino Unido e nos Estados Unidos. Logo, se os tribunais tiverem a prerrogativa de modificar as regras estabelecidas, não haverá regras obrigatórias, e a teoria positivista estará sujeita a falhas.

Os positivistas, portanto, precisam argumentar que existem padrões obrigatórios para determinar quando os juízes podem ou não revogar ou alterar regras estabelecidas. Dworkin observa que esses critérios se transformam em princípios, desempenhando dois papéis distintos.

Primeiramente, as mudanças favorecem certos princípios, mas não pode haver justificativa para alterar as regras com base na discricionariedade dos juízes. Alguns princípios têm mais relevância do que outros. Em segundo lugar, ao contemplar alterações nas regras, os juízes também devem considerar princípios, incluindo o princípio da "supremacia legislativa" e o "princípio do precedente", que favorecem a manutenção do status quo sem impô-lo. Novamente, o autor argumenta que os juízes não têm liberdade para escolher entre os princípios e políticas que compõem essas doutrinas. Portanto, ao analisar a regra e os princípios que a sustentam, o juiz deve avaliar se eles são mais significativos do que os princípios que fundamentam a mudança.

2.3 A insuficiência do criticismo

A teoria jurídica tem se mostrado relevante no contexto jurídico, destacando-se a importância da hermenêutica constitucional, que essencialmente aborda a interpretação das normas jurídicas à luz da Constituição. Gadamer (2003, p.45) enfatiza que a proeza da interpretação, envolvendo uma compreensão mais

aprofundada do texto, corresponde à aplicação da lei, culminando no fechamento do ciclo hermenêutico, como ressaltado por Canotilho (1998, p.34), que destaca a finalidade da aplicação das normas constitucionais como uma atividade interpretativa.

Em um país democrático sob o estado de direito, a busca pela justiça material individual, para além da justiça formal, é essencial. Em uma democracia regida pelo direito, a efetividade do poder judiciário se torna crucial, constituindo o princípio da equidade, conforme destaca Streck (2004), o qual acredita que o propósito de um país democrático de direito é buscar a legitimidade social e a justiça material na sociedade contemporânea, ajustando a efetividade dos direitos básicos e da democracia.

Seguindo a filosofia de Hart, a moralidade, de acordo com Bustamante (2012, p.45), implica uma aproximação da função original do direito. A filosofia jurídica, inspirada na perspectiva interna de quem aplica e faz cumprir suas normas, difere do positivismo jurídico, que não consegue compreender o direito por meio da observação externa de amostras contínuas.

Ao abordar a teoria geral do direito, Dworkin (2002, p.23) destaca em sua obra uma parte conceitual e normativa, apresentando teorias bem definidas da legitimidade, da justiça legislativa, da jurisdição e da controvérsia. Esses componentes são habilmente articulados por uma teoria política e moral utilitarista, bem como uma teoria metafísica empirista mais ampla. Embora tenha sido desenvolvida e aprimorada por diversos autores, a teoria do direito que prevalece nas universidades inglesas e norte-americanas permanece, segundo Dworkin, uma teoria benthamiana.

Como convededor da teoria jurídica positivista, que mantém certa conexão com o utilitarismo, Dworkin identifica Herbert Hart como herdeiro dessa tradição em suas críticas. Ele considera essa versão contemporânea do positivismo influente na abordagem de problemas gerais do direito, destacando o aprimoramento da parte normativa da teoria de Bentham com a introdução da análise econômica na teoria do direito.

Para Dworkin: “a análise econômica fornece padrões para identificar e medir o bem-estar dos indivíduos que compõem uma comunidade embora a natureza desses padrões seja matéria de muita discussão” (DWORKIN, 2002, p.34).

O autor defende que as questões normativas relacionadas à legitimidade, justiça legislativa, jurisdição e controvérsia, assim como ao respeito à lei e seu cumprimento, devem ser abordadas considerando a hipótese de que as instituições jurídicas formam um sistema vinculado ao objetivo geral de promover o maior bem-estar possível para os indivíduos. Essa teoria normativa geral destaca algo frequentemente negligenciado pelas versões anteriores do utilitarismo: a segurança promove esse objetivo atribuindo diferentes tipos de questões a diferentes instituições, de acordo com alguma teoria da competência institucional, ao invés de supor que todas as instituições são igualmente capazes de calcular o impacto de uma decisão política específica sobre o bem-estar geral (DWORKIN, 2002, p. 23).

Nesse sentido, o novo constitucionalismo incorpora a moralidade como uma de suas características distintivas. Fernandes (2014, p.34) reconhece que, mesmo sendo decisivo, o neoconstitucionalismo é frequentemente caracterizado por uma posição intermediária entre direito e moral, considerado por alguns como um moralismo jurídico ou uma interpretação moral da Constituição, que traz à tona a conexão cada vez mais presente entre direito e moral nas discussões filosóficas sobre o direito.

A constitucionalização do ordenamento jurídico aproxima o direito e a moral, resultando em uma considerável descentralização da influência política do Legislativo sobre a jurisdição constitucional. Nesse contexto, Dworkin (2006, p.45) argumenta a favor da racionalidade da interpretação moral da Constituição pelos juízes, especialmente diante da controvérsia sobre o princípio individual abstrato da Carta Magna. Além disso, a leitura moral é uma estratégia para que juristas e juízes ajam de boa-fé, sendo qualquer estratégia de interpretação válida (DWORKIN, 2006, p.45).

2.4 A edificação de uma teoria do direito abrangente e integrativa

Para Dworkin, não existe uma divisão clara entre a lei e a moral, pois ambas estão integradas. Ao analisarmos essa afirmação sob a perspectiva de uma teoria que é objeto de crítica por parte de Dworkin, o positivismo jurídico, que concebe o

direito como uma esfera distinta e separada da moral e da política, podemos inferir que, de acordo com essa abordagem, a validade da lei está atrelada ao seu pedigree (linhagem, origem). Assim, se as leis do ordenamento cumprirem os requisitos operativos de pedigree, os juízes podem aplicá-las ao decidirem casos específicos.

Portanto, para o positivismo jurídico, a justiça é uma questão alheia ao direito positivo, cuja validade decorre da sua criação conforme os procedimentos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Kelsen argumenta que a essência do direito reside em sua validade jurídica e destaca que, embora a norma jurídica se distinga pela sua coercitividade, isso não implica que o direito válido seja automaticamente justo. Para Kelsen, a questão da justiça é um problema ético, enquanto o problema jurídico concentra-se na validade das normas (REALE, 2002, p. 45).

Diante dessa perspectiva, não surgem problemas, desde que as leis possam ser aplicadas por dedução lógica. A lei figura como a premissa fundamental, os fatos como a premissa secundária, e a decisão judicial forma a conclusão, estabelecendo uma tríade que se complementa na aplicação prática. Contudo, surge a indagação: e no caso de uma lei ser obscura ou ambígua?

Possivelmente, os positivistas sustentariam que, nesse cenário, os juízes teriam liberdade de ação, podendo utilizar o direito para agir como legisladores e preencher as lacunas deixadas pelo legislador no texto legal do ordenamento. Como expressa um positivista: "nos casos mais importantes, há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente significa" (HART, 2001, p.45).

Podemos inferir, portanto, que é da nossa organização que emerge a norma, assemelhando-se à teoria tridimensional do direito de Miguel Reale. Ao atribuirmos um valor objetivo aos fatos, uma norma é criada, pois o valor atribuído ao fato reflete em sua consequência jurídica. Compreende-se que o Direito, em seu substrato fático, tenha sido obscurecido pelo Direito como conteúdo de avaliação, vinculado ao sentimento do justo, revelado em expressões irracionais. A primeira intuição foi do Direito, ou melhor, da "ordem social" em que o Direito estava em germe, pois o Poder ainda não estava formalmente organizado. A primeira imagem talvez tenha sido uma imagem de valor, uma vivência confusa de valores, mantendo

inseparáveis a concepção do universo físico e a do mundo moral (REALE, 2003, p.54).

Dessa conjunção, emerge a possibilidade do direito como integridade, conduzindo à resolução de conflitos políticos. Esses pontos inevitavelmente afetam a vida social e política, e suas implicações são tais que o Direito e a economia podem ambos ser compatíveis com a tese da única resposta certa, que é resultado da integridade do Direito, contribuindo para o estabelecimento de um Estado mais justo.

Entretanto, para Dworkin, esses dois elementos, isoladamente e sem integridade, são considerados insuficientes para estabelecer princípios na sociedade, pois acabam transformando princípios em política (DWORKIN, 1999, p.54). Desse modo, lei e moral se articulam por meio da busca por aquilo que é mais justo e equitativo, não sendo essa tarefa exclusiva do direito ou da economia. Surge, então, a necessidade de compreendermos o conceito de equidade em política segundo Ronald Dworkin, para quem “em política, a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos, métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado, que distribuem o poder político da maneira adequada” (DWORKIN, 1999, p.45).

Não há necessidade de se preocupar com a urgência do tempo e dos casos pendentes, e não existe dificuldade, como naturalmente ocorre com qualquer juiz mortal, em encontrar uma linguagem e uma argumentação suficientemente ponderadas para introduzir quaisquer ressalvas que julgue necessárias, inclusive às suas caracterizações iniciais do direito (DWORKIN, 1999, p.43).

Existe uma diferença significativa entre a Constituição e as leis comuns. A Constituição é o fundamento para a criação de outras leis, e por esse motivo, a interpretação dada por Hércules ao documento como um todo, bem como às suas cláusulas abstratas, deve ser fundamental. Ela deve ajustar-se às disposições mais básicas do poder político da comunidade e ser capaz de justificá-las, o que significa que deve ser uma justificativa extraída dos aspectos mais filosóficos da teoria política. Os juristas são sempre filósofos, pois a doutrina faz parte da análise de cada jurista sobre a natureza do direito, mesmo quando é mecânica e de contornos pouco nítidos. Na teoria constitucional, a filosofia está mais próxima da superfície do argumento e, se a teoria for boa, ela é explicitada nela (DWORKIN, 1999, p.46).

Após a exposição desse trecho, percebemos que o Hércules de Dworkin não é tão abstrato assim, pois o autor compara juízes a filósofos, os quais, historicamente, buscaram a compreensão daquilo que é essencial. Se Hércules pode analisar as condições como um todo, juízes podem conjecturar-las como um todo, assim como filósofos em busca da essência, da unidade.

2.5 Objeções de um ouriço

Ao explorar as ideias de Dworkin no contexto de sua obra "Justiça para Ouriços", percebemos que o que ele apresenta nas primeiras páginas do livro constitui a conclusão da obra. Fica claro que a exposição completa das proposições do livro já ocorre na introdução e que tudo o que se segue são desenvolvimentos e explicações. Portanto, consideramos essas exposições iniciais como um ponto de partida para compreender o que Dworkin propõe como justiça e como ela se relaciona com o princípio da igualdade.

Em primeiro lugar, deve mostrar igual preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica domínio. Em segundo, deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida algo de valioso. (DWORKIN, 2011 p.45). Contudo, recomenda algumas críticas, frente a questões de valores morais e a estrutura de um estado justo na leitura Da república de Platão, sugerindo que: "Platão se esforça, como deve fazer qualquer filósofo que usa uma abordagem interpretativa, por mostrar que a sua concepção de justiça não é demasiado fora do senso comum para ser considerada uma concepção dessa virtude. (DWORKIN, 2011 p.45).

Não se trata do bem-estar que, conforme exposto pelo autor, implica o estado emocional do agente; na verdade, trata-se de um apelo à justiça que pertence ao mundo das formas, ao ser metafísico essencial ao qual, como destacado por Platão e Aristóteles, o homem é inclinado pela virtude. As ideias mencionadas por Platão não são meros conceitos ou representações puramente mentais (embora mais tarde o termo tenha adquirido esse significado), mas sim "entidades", "substâncias".

É nesse sentido que o autor coloca como a investigação metaética pode tomar ares de permissividade ou incentivo ao abandono cínico da questão moral e ética. Ora, se se deduz que um indivíduo, de modo isento, pode lançar questionamentos 'não morais' acerca de temas morais, o que garante que esse mesmo sujeito não possui uma moralidade intrínseca ou ética pessoal enviesada.

Expondo as ideias de Dworkin aqui, dentro do conjunto de sua obra, podemos ler ainda em *Justiça para ouriços* que aquilo que ele explica nas primeiras páginas do livro é a conclusão do livro, deixando claro que a exposição integral das pretensões do livro já se dá na introdução e que tudo o que vem depois são desdobramentos, explicações, assim, tomamos essas exposições iniciais como pretexto para saber o que Dworkin indica como justiça e como ela se identifica com Igualdade. "Um governo só é legítimo se subscrever dois princípios dominantes.

Em resumo, as Ideias não são simples pensamentos, mas aquilo que o pensamento contempla quando liberado da esfera sensível: elas constituem o "verdadeiro ser", o "ser por excelência". Em outras palavras, as Ideias platônicas representam as essências das coisas, ou seja, aquilo que determina a identidade de cada coisa. Platão também utilizou o termo "paradigma" para indicar que as Ideias representam o "modelo" permanente de cada coisa (REALE e ANTISERI, 2007).

Esse ponto parece evidenciar que as interpretações de Ronald Dworkin se baseiam mais no princípio do ideal liberal igualitário, compatível com as democracias modernas defendidas pelo autor, do que na busca efetiva pela integridade. Isso considerando as diversas interpretações possíveis para um fato ou dado histórico, ou mesmo para os textos platônicos.

2.6 Testando a resistência da teoria de Dworkin

Deixando de lado as questões ontológicas concernentes à relação entre o direito e a moral, a tese da resposta certa de Dworkin parece superior ao aparente arbítrio positivista, positivismo que Dworkin entende ser incompatível com o paradigma democrático do estado de direito. Se de fato os positivistas estão distantes de compreender, dada a sua adesão ideológica, os problemas das democracias modernas e apontar soluções, então temos que comparar ambas propostas, entendendo que já apresentamos parte suficiente das ideias de Ronald Dworkin para elucidar tal equação.

Para implodir o sistema positivista, a teoria de Dworkin tenta expor aquilo que o positivismo é incapaz de alcançar, mas somente a sua tese da resposta certa pode satisfazer: consenso sobre princípios, legitimidade comprovada dos princípios com as

regras, validade integral dos princípios invocados no curso da resolução de casos difíceis; e que a aplicação dos princípios relevantes realmente conduz a uma única resposta certa ao invés de uma pluralidade de respostas certas.

A teoria de Dworkin não recebeu críticas apenas no âmbito jurídico. O filósofo inglês Roger Scruton faz o seguinte comentário sobre Ronald Dworkin: “o radical americano é um esnobe inveterado e persistente”. No entanto, Dworkin mantém a fé na democracia, essencial para sua autoimagem. Ele se considera um defensor do homem comum contra o jugo do capitalismo e da liberdade individual contra as “estruturas” de autoridade e poder. Sua reação aos hábitos do homem comum em relação à propriedade está impregnada de idealismo (SCRUTON, 2014, p. 43).

Voltando ao tema do Direito, do ponto de vista do realismo jurídico e suas concepções, o direito é indeterminado, permitindo uma pluralidade de interpretações em qualquer caso específico, tornando toda decisão judicial, em última instância, dependente de algo extrínseco ao material jurídico envolvido. Em resumo, para o realismo jurídico, o direito não se fundamenta em um ideal de justiça nem se confunde com os ordenamentos jurídicos constituídos. Pelo contrário, o direito surge da realidade social, onde os comportamentos humanos moldam e desfazem as normas de conduta. Direito não é a norma justa (segundo uma ética filosófica específica) ou a norma válida (de acordo com um ordenamento específico), mas sim a regra eficaz que emerge da vida vivida pelos homens (REALE e ANTISERI, 2006, p.43).

Por outro lado, para a teoria jurídica crítica, inspirada na escola de Frankfurt, a maioria das doutrinas jurídicas é tendenciosa e cheia de exceções, permitindo que um juiz decida casos de acordo com suas convicções políticas, reduzindo assim o direito à política. De acordo com Reale e Antiseri (2006, p.34), a teoria crítica não é propositiva e busca oferecer uma compreensão totalizante e dialética, de inspiração marxista, da sociedade humana em vários níveis, revelando uma luta pelo poder que é sempre ideologizada. Isso é semelhante ao empreendimento de Dworkin de criticar teorias jurídicas para, das ruins, construir seu edifício teórico, com a ressalva de que Dworkin é propositivo.

2.7 Sobre raposas e ouriços

De acordo com a abordagem pós-moderna delineada por Stanley Fish (1989,

p.34) e outras correntes de crítica cultural, o autor emergiu como um comentarista jurídico influente ao incorporar suas noções de teoria literária pós-estruturalista no âmbito do direito; nesse contexto, a lei é, em última análise, redutível à arte da persuasão.

O autor sugere que a expressão é inherentemente viciada pelos objetos e símbolos comuns da cultura. Assim, a teoria do autor proclama que todo texto carece de significado fora de um conjunto prévio de pressupostos, que incluem a definição de cada caractere de uma palavra e os limites de sua interpretação. Isso resultaria em um ambiente excessivamente caótico e incompreensível, uma vez que se poderia logicamente deduzir que a teoria do autor não escaparia de um viés ideológico, ecoando o argumento de Dworkin contra a Metaética.

Entretanto, é possível situar o autor em seu contexto cultural, condicionado por sua adesão ao ideal liberal igualitário que defende. O contexto cultural geralmente incorpora uma intenção "moral" do escritor, embora não esteja estritamente limitado a isso. O autor afirma que interpretamos textos como membros de uma comunidade interpretativa que molda nossa leitura e interpretação. No entanto, ele também ressalta que não podemos determinar se alguém faz parte de nossa comunidade interpretativa, pois qualquer ato de comunicação que possa esclarecer isso teria de ser interpretado, resultando em um raciocínio circular que pouco contribuiria para a compreensão de qualquer assunto.

Sob essa abordagem, o que os juízes devem fazer, recorrendo ao uso de retórica, é utilizar o material da argumentação jurídica para chegar a uma decisão que pareça ser legal, não moral ou política, e que parece consistente com a doutrina prevalecente, seja ela fática ou não. Em outras palavras, a justificação de uma decisão judicial estaria no poder persuasivo de sua retórica, desconsiderando sua real conexão com outras decisões relevantes ou seus fundamentos factuais ou culturais. Segundo a visão de Fish, isso implicaria em tantas respostas "certas", porém sofísticas, para casos difíceis quantas as habilidades retóricas dos juízes pudessem alcançar.

Da mesma forma, a ideia de Mannheim é apresentada da seguinte forma: A pertença a uma determinada classe, como a classe burguesa ou proletária, influencia as ideias morais, religiosas, políticas, econômicas e até mesmo o modo de fazer ciência de quem faz parte dela. Mannheim afirma que existem aspectos do

pensamento que não podem ser adequadamente interpretados enquanto suas origens sociais permanecerem obscuras (REALE e ANTISERI, 2006, p.43).

Entretanto, como mencionado anteriormente, poucos defendem uma teoria rigorosamente deontológica dos direitos. Assim, a maioria dos juízes pensará que, mesmo quando os direitos morais e políticos estiverem em jogo, argumentos consequencialistas desempenham um papel na definição das dimensões desses direitos (DWORKIN, 2006, p.56).

A objeção do autor à teoria jurídica crítica sugere que o direito não deve ser reduzido à política, pois isso o transformaria em uma arte para sofistas. A argumentação é ancorada no pressuposto de que os juízes podem decidir casos orientados pelos princípios associados à filosofia política igualitária liberal nos moldes dworkinianos. Mais uma vez, assim como nos argumentos do autor contra os positivistas, a força de suas objeções aos teóricos jurídicos críticos depende, em parte, de uma condicionante: um apelo a princípios essenciais pode levar juízes comuns ou um juiz mais bem preparado, como pode ser descrita por Scruton, 2014, p.43:

Os três princípios juntos definem a ideia de direito como um sistema de comando, que não responde a nenhum limite interno além daquele da consistência, e oriundo de uma autoridade suprema e soberana preocupada com a regulação do comportamento social. A aplicação da lei através das cortes é uma questão de verificação, primeiro da lei, depois dos fatos e, por fim, da aplicação de um ao outro. Esta ideia está errada, diz Dworkin, como estão todos os três princípios dos quais ela emerge (SCRUTON, 2014, p.43).

Na ótica de Dworkin (2002, p.45), direito e política são entidades distintas, uma vez que o direito evolui no domínio dos princípios, configurando-se como uma questão intrínseca a esses princípios, ao passo que a política atua no cenário do desenvolvimento social progressivo, marcado por sua mutabilidade. Se a distinção entre princípio e política, estabelecida pelo autor, for questionada, a recomendação de que os juízes decidam os casos com base nos princípios igualitários liberais pode ser interpretada como uma simples declaração de que esses juízes decidem casos difíceis orientados por uma perspectiva política específica, mesmo que seja a do ideal liberal igualitário.

Essa posição, em última instância, não contradiz a afirmação dos teóricos jurídicos críticos de que o direito pode ser reduzido à política. Ao contrastar a tese de Dworkin com a de teóricos pós-modernos como Stanley Fish ou Mannhein, cabe a

Dworkin demonstrar que sua proposta de interpretação jurídica não se limita meramente à retórica ou ao condicionamento social. Para evitar que princípios e, consequentemente, o direito sejam reduzidos à esfera da retórica ou do condicionamento social, é imperativo estabelecer um método que permita determinar a interpretação correta ou a mais qualitativa.

Considerando que o autor não se posiciona como um fundamentalista textual que adere rigidamente ao sentido dicionarizado das palavras e frases, mas sim como um escritor elegante, dotado de fina ironia em seus textos, é necessário destacar esse caráter mais intersubjetivo de sua proposta.

Contudo, podemos incluir o autor dentro do seu contexto cultural e condicionado por sua própria adesão ao ideal liberal igualitário que defende, pois, o contexto cultural comumente inclui uma intenção “moral” de quem escreve, embora não esteja limitado a isso. O autor afirma que interpretamos textos por sermos membros de uma comunidade interpretativa que estrutura e influencia nosso modo de ler e interpretar. Além disso, diz ele, não podemos saber se alguém é ou não parte da nossa comunidade interpretativa, porque qualquer ato de comunicação em que podemos nos engajar, para dizer se somos parte da mesma comunidade interpretativa, teriam de ser interpretados. Um raciocínio circular que não nos levaria ao entendimento de praticamente nenhum assunto.

O que os juízes devem fazer, sob essa abordagem, apelando ao uso de retórica, é usar o material da argumentação jurídica para chegar a uma decisão que pareça ser legal e não moral ou política, e que parece consistente com a doutrina prevalecente, seja de fato ou não. Dito de outro modo, o que justificaria uma decisão judicial seria o poder de persuasão, de sua retórica, sem levar em conta sua real conexão com outras decisões relevantes ou seus fundamentos factuais ou mesmo culturais. Desnecessário dizer que, de acordo com a visão de Fish, há tantas respostas “certas”, mas sofistas, para casos difíceis quanto as habilidades retóricas dos juízes poderiam alcançar.

Em sentido semelhante, a ideia de Mannheim é exposta assim: O fato de pertencer a determinada classe, como, por exemplo, a classe burguesa ou proletária, implica o que para as ideias morais, religiosas, políticas, econômicas, ou para o próprio modo de fazer ciência de quem a ela pertence? E como são condicionadas as produções mentais de quem pertence a uma Igreja, a uma camada social, a um partido ou a uma geração em função dessa participação? Na realidade, escreve Mannheim,

há aspectos do pensar que não podem ser adequadamente interpretados enquanto suas origens sociais permanecerem obscuras" (REALE e ANTISERI, 2006, p.43).

Mas, como afirmei anteriormente, poucas pessoas defendem uma teoria dos direitos rigorosamente deontológica. Assim, a maior parte dos juízes irá pensar que, mesmo quando os direitos morais e políticos estão em jogo, os argumentos consequencialistas têm um papel a desempenhar na definição das dimensões desses direitos. (DWORKIN, 2006, p.56).

Especificamente, a alegação do autor contra a teoria jurídica crítica equivale a uma afirmação de que o direito não deve ser reduzido ou limitado à política porque viraria uma arte para sofistas, e não há necessidade nem é razoável que assim seja, desde que os juízes decidam os casos orientados pelos princípios associados à filosofia política igualitária liberal nos moldes dworkinianos.

Novamente, como nos argumentos do autor contra os positivistas, a força de seus argumentos contra os teóricos jurídicos críticos depende, em parte, de uma condicionante: um apelo a princípios essenciais pode levar juízes comuns ou um juiz mais bem preparado, Hércules, à única resposta normativamente certa. Também depende, em parte, da validade da distinção do autor entre princípio e política, que será explorado mais detalhadamente abaixo.

Segundo, todas as dificuldades e indeterminações na lei são resolvidas por "discricionariedade judicial", e não pela descoberta de respostas genuínas a questões legais independentes. Finalmente, uma obrigação legal existe quando, e somente quando, um Estado de direito a impõe. Os três princípios juntos definem a ideia de direito como um sistema de comando, que não responde a nenhum limite interno além daquele da consistência, e oriundo de uma autoridade suprema e soberana preocupada com a regulação do comportamento social. A aplicação da lei através das cortes é uma questão de verificação, primeiro da lei, depois dos fatos e, por fim, da aplicação de um ao outro. Esta ideia está errada, diz Dworkin, como estão todos os três princípios dos quais ela emerge (SCRUTON, 2014, p.43).

Na verdade, para Dworkin (2002, p.45), o direito é distinto da política, na medida em que o direito se desenvolve no domínio dos princípios e é ele próprio uma questão de princípios, ao passo que a política opera no domínio do desenvolvimento social progressivo, portanto, mutável. Assim, se a distinção entre princípio e política colocada pelo autor não for válida, a prescrição do autor de que os juízes decidem os casos em conformidade com os princípios igualitários liberais se equipara a não mais do que uma afirmação de que os juízes decidem os casos difíceis de acordo com um determinado tipo de orientação política, mesmo que seja o ideal liberal igualitário.

Em última instância, isso não contradiz a afirmação dos teóricos jurídicos críticos de que o direito é redutível à política. Contraposta a tese de Dworkin a dos teóricos pós-modernos como Stanley Fish ou Mannhein, Dworkin tem de demonstrar que a interpretação jurídica como propõe não é redutível à mera retórica ou condicionamento social. Para que os princípios e por consequência o direito não sejam redutíveis à retórica ou condicionamento social, deve haver uma maneira de estabelecer a interpretação correta ou a melhor interpretação, qualitativamente.

3 DIREITO E POLÍTICA

A abordagem fundamentada em princípios de Dworkin visa opor-se à ideia de que a tomada de decisões judiciais precisa ser, de alguma forma, arbitrária. Nesse sentido, Dworkin insiste que a tomada de decisões judiciais adere de maneira sólida ao princípio da integridade. Dada a complexidade dos sistemas jurídicos contemporâneos, os princípios integrais não podem ser aplicados de maneira mecânica aos textos jurídicos submetidos à interpretação judicial, como Dworkin critica os positivistas.

Concluo que devemos abandonar a concepção positivista em prol de uma concepção diferente [...]. Essa concepção torna a prática institucional e a história de cada jurisdição importantes para a verdade das proposições sobre direitos jurídicos, embora não necessariamente decisivas. Disso decorre que, em algumas jurisdições, os direitos jurídicos claramente divergem de qualquer moralidade política de fundo defensável. Eles se sustentam, apesar dessa divergência, por sanção institucional. Contudo, isso não ocorre pelo fato de o positivismo oferecer uma boa concepção dos direitos jurídicos para essas jurisdições, mas antes porque a concepção certa produz a conclusão nesse caso. (DWORKIN, 2002, p. 540).

A vinculação hermenêutica dos princípios aos textos jurídicos está em jogo para preservar a unidade e a coerência do sistema jurídico. A adesão ao princípio da integridade deve orientar os juízes comuns ou até mesmo Hércules para a interpretação correta, mantendo essa unidade e coerência. Portanto, a questão de se o princípio da integridade impõe ou não restrições interpretativas significativas aos juízes é um fator crucial para o sucesso do empreendimento hermenêutico de Dworkin.

No âmbito do direito, a legislação é resultado da atuação dos legisladores e das negociações em torno dos interesses a serem atendidos. Essas negociações, segundo Robert Alexy (2002), são permeadas por princípios morais que orientam a criação e interpretação das normas, impondo aos juízes a responsabilidade de interpretar esses princípios incorporados à legislação e resolver as disputas decorrentes de maneira coerente e fundamentada. Dessa forma, a legislação não é apenas um instrumento técnico, mas um espaço de mediação entre direito e moralidade, no qual se busca garantir a justiça e a proteção dos direitos fundamentais.

Ronald Dworkin, renomado filósofo do direito, oferece uma perspectiva profunda e complexa sobre a interseção entre direito e política. Para Dworkin, o direito

não é apenas um conjunto de regras impostas de cima para baixo, mas um sistema que reflete e incorpora princípios morais fundamentais. Em sua visão, os juízes não apenas aplicam leis, mas interpretam-nas à luz desses princípios, buscando uma coerência interna e uma justificação moral para suas decisões.

Dworkin rejeita a ideia de que o direito e a política devem ser completamente separados. Em vez disso, ele argumenta que o direito é inseparável da política, pois as decisões judiciais frequentemente têm implicações políticas profundas. No entanto, ele também sustenta que os juízes devem buscar interpretar a lei de maneira consistente com os princípios fundamentais de justiça e igualdade, em vez de simplesmente seguir a vontade da maioria ou suas próprias preferências pessoais.

Para Dworkin, a interpretação do direito não é um exercício de mera aplicação mecânica de regras, mas sim um processo de raciocínio moral e argumentação jurídica. Ele defende uma abordagem interpretativa que leve em consideração não apenas o texto da lei, mas também seu contexto histórico, propósito e impacto na sociedade. Dessa forma, Dworkin destaca a importância da hermenêutica e da teoria interpretativa na compreensão e aplicação do direito.

Além disso, Dworkin enfatiza a importância da integridade no sistema jurídico. Para ele, os juízes têm a responsabilidade de garantir que suas decisões sejam consistentes com os princípios morais e jurídicos que fundamentam o sistema legal como um todo. Isso implica que os juízes devem ser transparentes sobre suas razões para decidir de determinada maneira e devem buscar justificar suas decisões de forma coerente e fundamentada.

Em suma, a perspectiva de Dworkin sobre direito e política destaca a complexidade e a interdependência desses dois campos, ao mesmo tempo em que defende uma abordagem interpretativa que busca garantir a coerência, a integridade e a justiça no sistema jurídico.

Embora o eixo central desta pesquisa seja a análise do ativismo judicial e da judicialização da política a partir da teoria da integridade de Ronald Dworkin, a inclusão da perspectiva de Richard Posner cumpre um papel argumentativo e contrastivo essencial à estrutura da tese. A proposta não é defender o pragmatismo jurídico como alternativa, mas utilizá-lo como lente crítica para evidenciar os riscos de uma atuação judicial desvinculada de princípios, valores e coerência interpretativa. Ao apresentar Posner, cuja teoria enfatiza a eficiência e os resultados práticos das decisões judiciais, traça-se um contraponto direto à exigência de integridade e

responsabilidade moral proposta por Dworkin. Tal comparação permite aprofundar a discussão sobre os fundamentos que devem orientar a atuação judicial em um Estado Democrático de Direito, especialmente diante do crescente protagonismo do Judiciário brasileiro. Assim, a análise do pragmatismo jurídico não desvia do tema, mas contribui para problematizar o ativismo judicial quando este se afasta da coerência principiológica e se aproxima de decisões utilitaristas, muitas vezes legitimadas por argumentos de conveniência, eficácia ou suposta neutralidade técnica. A presença de Posner na tese, portanto, não é meramente expositiva, mas crítica: serve para delimitar o que o ativismo judicial não deve ser, reafirmando, em última instância, a importância da abordagem dworkiniana como eixo normativo da atuação judicial.

3.1 Richard Posner X Ronald Dworkin

A análise econômica do direito, que teve como um de seus principais expoentes Richard Posner, surge como uma abordagem pragmática que visa compreender o funcionamento do sistema jurídico sob a ótica da eficiência econômica. Posner, influenciado pela Escola de Chicago, desenvolveu uma visão do direito orientada para a maximização da riqueza social, enfatizando que os juízes agem guiados por considerações práticas e pela busca do resultado mais eficiente em termos econômicos (POSNER, 2007; MEDEMA, 2006).

Por outro lado, Ronald Dworkin representa uma vertente crítica ao positivismo e às abordagens meramente instrumentais do direito. Para Dworkin, a interpretação jurídica deve estar fundamentada em princípios morais e éticos que garantam coerência, integridade e justiça, mesmo que isso exija que os juízes adotem posturas mais ativistas, defendendo direitos fundamentais que transcendem o texto legal estrito (DWORKIN, 2002).

Dessa forma, os dois autores oferecem perspectivas contrastantes sobre o papel do juiz, a interpretação da lei e os limites do ativismo judicial, contribuindo significativamente para o debate contemporâneo sobre judicialização e ativismo.

3.1.1 O Papel dos Juízes: Pragmatismo Econômico e Integridade Jurídica

Para Posner, os juízes são, em essência, agentes pragmáticos que tomam decisões baseadas em análises econômicas e na eficiência social. A sua teoria do realismo jurídico parte do pressuposto de que as decisões judiciais são influenciadas por fatores extrajurídicos, como política, economia e contexto social, e que o direito é uma previsão do que os tribunais farão diante de um caso concreto (POSNER, 2007b). Segundo essa lógica, a função do juiz é resolver conflitos da maneira que maximize o bem-estar coletivo, sobretudo em termos econômicos, o que justifica uma interpretação flexível e orientada para resultados práticos (POSNER, 2009).

Em contraste, Dworkin rejeita a ideia de que o direito seja apenas um conjunto de regras sujeitas a cálculos pragmáticos. Ele defende a existência de princípios jurídicos e morais que devem guiar a interpretação e a aplicação do direito, buscando a coerência e integridade do sistema jurídico. Para Dworkin, os juízes — inclusive o ideal Hércules — devem interpretar a lei de modo a proteger direitos fundamentais e garantir justiça, mesmo que isso signifique confrontar-se com decisões legislativas ou precedentes estabelecidos (DWORKIN, 2002).

Essa divergência evidencia diferentes concepções do ativismo judicial: para Posner, ele é uma atividade pragmática e funcional; para Dworkin, um exercício moral e de proteção dos direitos.

Assim, por exemplo, apelando a princípios econômicos, se um juiz de direito consuetudinário, aquele Direito baseado em costumes, precisa determinar se um fabricante deve ser estritamente responsável por danos causados por seus produtos, ou apenas ser responsabilizado em casos de negligência, a resposta normativamente certa é aquela que trouxesse maior benefício econômico para a sociedade. Nesse exemplo, significa que o juiz deve escolher a alternativa mais eficiente e menos custosa em sentido econômico, já que Posner é contrário a decisões que não levam em conta o caráter econômico, a ponto de ironizar a jurisprudência: é revoltante não ter nenhuma justificativa melhor para uma norma jurídica do que o fato de que assim se estabeleceu na época de Henrique IV". (POSNER, 2011, p. 196).

3.1.2 Interpretação da Lei: Flexibilidade Econômica versus Coerência Moral

Posner propõe uma interpretação da lei orientada para a eficiência econômica e a maximização da riqueza social. A interpretação jurídica, nessa perspectiva, é um instrumento para promover resultados sociais eficientes, onde o juiz pondera custos e benefícios e escolhe a decisão que optimiza o bem-estar coletivo (POSNER, 1985;

POSNER, 2011). Esse método concede maior flexibilidade para adaptação da lei às necessidades sociais dinâmicas, mas reduz o peso dos princípios morais abstratos.

Dworkin, por sua vez, argumenta que a interpretação deve ser guiada por um princípio de integridade, que busca que todas as decisões judiciais sejam consistentes entre si e com os direitos fundamentais da sociedade (DWORKIN, 2002). O direito não é apenas um conjunto de regras, mas um sistema moral que deve ser interpretado de forma coerente, buscando a melhor justificativa possível para o ordenamento jurídico. Assim, o juiz deve transcender o texto e os precedentes quando necessário, orientando-se por valores e direitos que garantam justiça e equidade.

3.1.3 Ativismo Judicial: Limites e Justificativas

O ativismo judicial, entendido como a intervenção do Judiciário em temas políticos e sociais complexos, é encarado diferentemente pelos dois autores. Para Posner, o ativismo é legítimo quando o juiz utiliza seu pragmatismo e análise econômica para resolver conflitos sociais e garantir a eficiência do sistema jurídico (POSNER, 2007). Contudo, essa postura pode levar a decisões fortemente influenciadas por interesses econômicos, ignorando considerações morais profundas.

Dworkin vê o ativismo judicial como uma necessidade para proteger os direitos fundamentais contra possíveis abusos dos outros poderes. O juiz ativista é aquele que, ao interpretar a Constituição, assegura a aplicação dos princípios de justiça e igualdade, mesmo diante de resistências políticas ou legais (DWORKIN, 2002). Para ele, o ativismo judicial é um instrumento de controle e balanceamento entre os poderes, essencial para a proteção dos direitos humanos.

3.1.4 Judicialização da Política: Reflexos no Sistema Jurídico

A crescente judicialização da política, especialmente em contextos como o brasileiro, revela as tensões entre essas duas perspectivas. Enquanto Posner explicaria a judicialização como uma resposta pragmática a falhas dos demais poderes, buscando eficiência na resolução de conflitos, Dworkin enfatizaria a importância do Judiciário para garantir direitos e princípios constitucionais em um ambiente político frequentemente conflituoso.

O debate entre eficiência econômica e justiça moral torna-se fundamental para compreender a atuação judicial em casos que envolvem políticas públicas, direitos sociais e econômicos, e disputas entre poderes. Nesse sentido, a teoria de Dworkin oferece base para justificar decisões judiciais que extrapolam o texto legal estrito, enquanto a análise econômica de Posner alerta para a necessidade de considerar as consequências práticas e os custos sociais dessas decisões (MINDA, 1995; MACEDO JÚNIOR, 2010).

A comparação entre Posner e Dworkin permite perceber que o direito e a atuação judicial envolvem um delicado equilíbrio entre pragmatismo e moralidade, eficiência e justiça, flexibilidade e coerência. A Análise Econômica do Direito oferece ferramentas úteis para entender os impactos práticos das decisões judiciais, mas pode negligenciar direitos fundamentais e valores morais que sustentam o sistema jurídico.

Já a teoria de Dworkin destaca a importância dos princípios e da integridade jurídica, oferecendo uma perspectiva que valoriza a justiça e os direitos, ainda que isso possa implicar uma postura mais ativista e menos previsível dos juízes.

Essas abordagens, apesar das diferenças, contribuem para o debate atual sobre o papel do Judiciário na sociedade contemporânea, especialmente diante do fenômeno da judicialização da política e da crescente importância do ativismo judicial na proteção dos direitos fundamentais.

Ambas convergem, portanto, para o tema do ativismo judicial, uma vez que o ativismo frequentemente envolve a interpretação mais ampla de princípios constitucionais e a defesa de direitos fundamentais, influenciando assim a alocação de recursos e a formulação de políticas públicas.

Portanto, a análise do ativismo judicial pode se beneficiar da consideração das críticas de Dworkin à teoria econômica do direito como parte do debate sobre a influência do Judiciário na sociedade e na política.

Por outro lado, como a Análise Econômica do Direito se concentra apenas na eficiência econômica e no valor da riqueza e ignora a legitimidade dos direitos das partes, ela falha em implementar sua própria proposição de prever a alocação de

recursos. No início, a eficiência era vista mais como um meio a serviço do regime total para maximizar oportunidades para que todos pudessem exercer suas noções de bem. E, tal como no pragmatismo, os meios investigativos justificam-se se revelarem a melhor forma prática de alcançar o resultado pretendido, assim também o compromisso da Análise Econômica do Direito implica que nada melhor do que a utilização de métodos econômicos em substituição à prática jurídica.

No entanto, os juristas não se empenham em encontrar uma estrutura teórica simples sob as normas jurídicas complexas e desordenadas, sejam elas econômicas ou não econômicas. Ele poderia observar e lamentar inconsistências lógicas no caos legal, mas a ideia de que a lei pode esconder a lógica econômica do consenso ou compensação *ex ante* aplica-se apenas em contextos limitados e, portanto, a ideia parece pretensiosa (POSNER, 1979, p.34). Além disso, a falta de conhecimento dos fundamentos econômicos dos juízes, a dificuldade de traduzir bem-estar econômico e homem como maximizador racional em dogmas jurídicos, e a influência do discurso neoliberal são apenas alguns exemplos dos problemas que surgem na transformação abstrata do cientificismo econômico ao direito.

A primeira geração da Análise Econômica do Direito seguiu a direção do modelo de formalismo legal. Como o próprio Posner (2009, p.21) admite, a Análise Econômica do Direito acabou substituindo o conceitualismo jurídico (ao qual inicialmente se opôs) pelo conceitualismo econômico. Torna-se uma saída para o mundo dos fatos, assim como o formalismo jurídico fez no início do século XX.

Os requisitos regulatórios para a Análise Econômica do Direito de segunda geração são mais moderados. Simplesmente afirma que o direito pode ser entendido como um sistema de comportamento racional baseado em interesses econômicos. Ao rejeitar a noção de eficiência como base do direito, seus seguidores adotam um pressuposto intuitivo, o do senso comum, uma visão instrumental das necessidades humanas cujo propósito é simplesmente que a eficiência econômica é a melhor abordagem do direito norte-americano (MINDA, 1995, p.34).

A abordagem dominante para Análise Econômica do Direito de segunda geração é comportamental, segundo a qual cálculos racionais e individuais de custos e benefícios são a melhor chave para entender e avaliar a natureza das relações jurídicas. A ideologia do movimento é mais bem explicada por uma visão de mundo particular que postula que os interesses racionais e individualistas dos sujeitos jurídicos são as melhores ferramentas para a compreensão do direito e das decisões

judiciais (MINDA, 1995, p.43).

Sua abordagem pragmática e econômica afirma que a análise jurídica deve ser conduzida na forma de ciência aplicada, de modo que o exame dos fenômenos deve ser explicado com base no teste de hipóteses. O abrandamento das visões científicas de primeira geração anuncia a descoberta de uma base estável para justificar resultados legais, generalizando proposições legais extraídas de exemplos hipotéticos extraídos de uma estrutura de hipóteses comportamentais sobre motivações econômicas individuais.

Foi assim que, na década de 1990, Posner refinou sua visão econômica do direito e dos processos de tomada de decisão com lentes mais pragmáticas. Sua obra recente pode ser considerada a expressão mais representativa de uma atitude que consiste em afastar-se das considerações normativas e ideológicas da Escola de Chicago em nome de uma análise mais ampla do mundo factual. Ao contrário da Análise Econômica do Direito de primeira geração, que se preocupa em fornecer evidências das propriedades inherentemente eficientes da lei anglo-saxônica, Posner agora acusa o sistema jurídico de olhar muito para trás em vez de olhar para frente, aderindo à fundamentos como a lei determinista, a autoridade da lei, dá pouca atenção às consequências das decisões e fontes extralegais de conhecimento.

Pode-se dizer que o pragmatismo jurídico de Posner tem um caráter pós-moderno involuntário: seus artigos e livros sobre filosofia e teoria jurídica são paródias de grandes ideias filosóficas citadas em formas jurídicas mais tradicionais, combinadas com uma ênfase no raciocínio quase intuitivo, proposto pela filosofia pragmatista. Mas a escrita pragmática de Posner continuou, em alguns aspectos, a exemplificar uma atitude progressista na qual permaneceu a lógica de ação que caracterizou o primeiro movimento da Análise Econômica do Direito. Para ele, não há nada que possa ser chamado de raciocínio jurídico, pois os juristas resolvem problemas usando lógica simples e métodos racionais práticos a que todos recorrem na vida cotidiana (POSNER, 2007, p.21).

O entendimento de Posner sobre a lei pretendia anunciar a distante tradição holmesiana associada ao primeiro pensador jurídico pragmático dos Estados Unidos. Ele argumenta que Holmes estava certo quando sugeriu que o direito é uma previsão do que um juiz fará quando confrontado com um caso particular, uma ideia que veio a ser conhecida como teoria da atividade ou da previsão (POSNER, 2007b). Posner refina essa hipótese afirmando que o direito não é algo que os juízes descobrem, mas

o nome de sua própria atividade. Trata-se de um conjunto de suposições feitas por advogados e juízes de primeira instância sobre os padrões comportamentais de juízes de tribunais superiores (POSNER, 2007, p.12). Para Posner, os juízes criam a teoria jurídica quando decidem os casos, então o direito é o que os juízes fazem e uma previsão do que os juízes farão.

A lei não é apenas uma caixa que você abre quando surge uma questão legal, esperando encontrar uma resposta lá dentro. Para Posner, saber se o direito é constituído por um conjunto de regras, mas inclui também considerações morais, sobretudo políticas, a que os juízes recorrem quando as regras se esgotam, é uma espécie de estratégia de jogo político e ideológico (POSNER, 2007, p.32). Ele afirmou isso porque a palavra "ilegal" tem uma conotação pejorativa, e os juízes estariam, nesse quadro teórico de Posner, escondendo muita discricionariedade judicial para tornar suas decisões mais objetivas, menos politizadas e mais autoritárias.

Na verdade, argumenta Posner, trata-se apenas de uma luta contra os moinhos de vento, pois o público pode até ser indiferente ao processo decisório, mas não ao resultado da decisão (POSNER, 2007, p.23). Assim, a certa altura da argumentação de um processo muito difícil, o advogado não pode dizer ao juiz que esgotou a argumentação jurídica, vai começar a falar de considerações extrajurídicas que afetam o julgamento, ou na falta de provas, sobre considerações não legais que afetam o julgamento. Os juízes devem decidir até mesmo os casos mais complexos, desde que sejam de sua jurisdição. Isso significa que qualquer consideração, qualquer que seja sua fonte, seja ela de direito positivo ou de direito natural, é legítima para a feitura do direito e para o julgamento dos juízes (POSNER, 2007, p.23).

Segundo Posner, não se deve refletir sobre a lei antes de resolver as disputas judiciais, porque não há lei independentemente dos procedimentos utilizados para impor obrigações legais e sanções aos sujeitos da lei. Para ele, a ordem inversa era mais instrutiva. Isso porque, embora a atividade dos juízes seja resolver litígios e atender necessidades sociais, nem sempre a resolução de litígios é a melhor solução. A melhor coisa a fazer, disse Posner, é deixar o conflito se resolver sozinho. Outras disputas, entretanto, requerem resolução imediata, então os juízes devem fazer o que puderem, usando todas as informações que os advogados lhes passarem, suas próprias memórias, leituras e experiências (POSNER, 2007, p.23).

Posner acreditava que o raciocínio sobre questões jurídicas deveria ser pragmático, em vez de formalista ou partidário. O direito não poderia ser descrito como

um conceito ou conjunto de conceitos, mas sim como uma atividade de um juiz, limitada apenas por constrangimentos externos dispersos de decoro profissional e consenso moral (POSNER, 2007, p.34).

A natureza da atividade judicial pode ser compreendida examinando-se como a lei opera em situações específicas. Para fazer isso, os juízes devem entender a subjetividade do processo de tomada de decisão. Posner concebeu as normas jurídicas em termos instrumentais, o que possibilitou seu constante debate, revisão e alteração. Não existem normas mais confiáveis, argumenta ele, e elas não podem um dia ser persuadidas a justificar sua existência como um meio para um fim. Estas normas devem ser orientadas para o futuro por natureza, isto é, orientadas para as necessidades humanas (POSNER, 2007, p.45).

3.2 Relativizando a resposta correta

O ativismo judicial muitas vezes envolve uma interpretação ampla dos princípios constitucionais e a defesa dos direitos fundamentais, influenciando diretamente a alocação de recursos públicos e a formulação de políticas públicas. Nesse sentido, a análise do ativismo judicial pode se beneficiar das críticas de Ronald Dworkin à Análise Econômica do Direito, considerando que esta última foca predominantemente na eficiência econômica e na maximização da riqueza, ignorando a legitimidade dos direitos das partes envolvidas (DWORKIN, 2002).

O afastamento entre princípio e política distingue satisfatoriamente a teoria de Dworkin da de Posner, por um fator moral apenas, o qual dá suporte à conclusão de que, mesmo que o direito e a economia conduzam a uma única resposta correta em casos difíceis, essa resposta seria inválida por se basear na política, e não pretender alcançar um princípio. Contudo, isso não anula a afirmativa de que a teoria de Posner é satisfatória dentro de suas concepções econômicas libertárias, aos moldes de Reale e Antiseri (2006, p. 41):

"Estamos em pleno individualismo metodológico. Concepção à qual se opõe ao coletivismo metodológico, com sua tendência de ver realidades substanciais por trás de conceitos coletivos como "sociedade", "classe", "nação", "economia", "capitalismo" etc. O coletivismo metodológico, escreve Hayek, é um erro muitíssimo consistente pelo fato de "considerar como fatos as que são nada mais que teorias provisórias e um erro grave, afinal, "tratar como fatos as coisas que são nada mais do que vagas teorias populares". O coletivismo metodológico é realismo ingênuo: trata como objetos reais os que, ao contrário, são construtos mentais, e "acriticamente" presume que, se certos conceitos estão no uso corrente, devem também existir em concreto justamente as coisas "dadas" que eles designam" (REALE e ANTISERI,

2006, p. 41).

Para Dworkin, a indagação sobre um hipotético estado de natureza, ou a suposição de Posner de que a razão econômica pode atender ao requisito de direito normativamente correto de modo satisfatório, é considerada apenas um exercício para filósofos legais e políticos. Dworkin adota uma abordagem que se distancia da busca por fundamentos hipotéticos e apela para considerações morais, propondo seu próprio modelo de direito baseado na busca por princípios que sejam justos, desde que estejam alinhados com ideais igualitários.

Os filósofos legais e políticos debatem a questão de saber se as pessoas têm a obrigação moral de obedecer às leis da sua comunidade só pelo fato de serem suas leis — ou seja, se as pessoas têm aquilo a que normalmente se chama obrigação "política". Não se trata de saber se as pessoas têm alguma razão para se submeterem à autoridade política.

A discussão frequentemente gira em torno da obrigação moral das pessoas em obedecer às leis de sua comunidade, a chamada obrigação "política". A ideia de um "estado de natureza", no qual as pessoas vivem sem uma estrutura de governo, é frequentemente utilizada para imaginar as razões pelas quais as pessoas instituíram governos. Dworkin critica a noção errônea de que a legitimidade depende de um acordo unânime dos governados, considerando isso um pressuposto comum, mas equivocado (DWORKIN, 2011, p. 25).

Ao contrário de Posner, Dworkin não considera que a moralidade das ações seja um princípio ou direito absoluto. Ele reconhece que um princípio pode eventualmente ceder diante de uma política urgente em questões específicas. Dworkin introduz a distinção entre direitos abstratos e direitos concretos, assim como entre princípios abstratos e princípios concretos. Essa distinção é uma questão de grau, e Dworkin explora exemplos para ilustrar essa ideia.

Os direitos abstratos são princípios gerais, como o direito à liberdade de expressão, à dignidade ou à igualdade, que não são absolutos e não fornecem respostas diretas para situações sociais complexas. Por outro lado, os direitos concretos são objetivos políticos mais definidos, expressando claramente seu peso em comparação com outros objetivos políticos em situações específicas. Dworkin fornece um exemplo para ilustrar essa distinção: enquanto o direito abstrato à liberdade de expressão é geral, o direito concreto de um jornal de publicar projetos de defesa secretos em certas condições é mais específico e conclusivo (DWORKIN,

2002, p.9).

Dessa forma, Dworkin argumenta que os direitos abstratos fornecem argumentos em favor dos direitos concretos, mas as alegações em favor de um direito concreto são mais conclusivas do que as alegações em favor de um direito abstrato que sustente esse direito concreto. Essa abordagem permite a consideração da complexidade das situações sociais e políticas, em vez de depender de princípios abstratos como soluções únicas.

3.3 O liberal igualitário x libertário

Sem padrões quantitativos específicos, a consistência na adesão à legislação e na resolução de disputas legais, expressa na linguagem dos princípios e na forma de direitos, parece atender aos requisitos mínimos de Dworkin. Tanto o direito quanto a economia possuem uma abordagem consequencialista, semelhante ao utilitarismo, com a diferença de que o objetivo para Posner é maximizar a riqueza, enquanto o utilitarismo busca maximizar as utilidades. Ambos podem ser promovidos por meio de uma abordagem baseada em regras.

Entretanto, as duas teorias divergem em suas bases substantivas: Dworkin adota uma perspectiva igualitária, enquanto Posner se posiciona como libertário. Portanto, a validade da tese de Dworkin sobre a existência de uma única resposta correta depende da demonstração de que o libertarianismo é incompatível com o princípio de igual consideração e respeito. Pelo menos teoricamente, isso não parece ser o caso. Assim, a tese de Dworkin depende da evidência de que a visão liberal igualitária é superior à visão libertária defendida por Posner. Caso contrário, tanto as respostas igualitárias de Dworkin quanto as libertárias de Posner deveriam ser consideradas respostas corretas, o que demandaria uma autoridade com capacidades superiores para compreendê-las e avaliá-las plenamente.

Em resumo, um direito pode ser anulado por considerações políticas relevantes, mas não por questões triviais. Na ausência de padrões quantitativos claros, a adesão consistente à legislação e a resolução de disputas legais por meio dos princípios e direitos parece cumprir os requisitos mínimos da teoria de Dworkin. Embora o direito e a economia partilhem uma base consequencialista — com a diferença de que, para Posner, o objetivo é maximizar a riqueza, enquanto o utilitarismo visa maximizar as utilidades —, ambos se fundamentam em regras.

Entretanto, enquanto Dworkin apresenta uma visão igualitária, Posner defende uma perspectiva libertária. Portanto, a validade da tese de Dworkin depende de comprovar a superioridade da visão liberal igualitária em relação à libertária. Caso contrário, ambas as posições deveriam ser consideradas respostas corretas, exigindo uma autoridade capaz de compreendê-las integralmente.

O confronto entre as teorias de Ronald Dworkin e Richard Posner sobre o direito revela divergências fundamentais acerca da função do Judiciário, da natureza dos direitos e da influência da economia nas decisões jurídicas. Enquanto Posner defende uma abordagem pragmática e econômica, focada na maximização da eficiência e riqueza, Dworkin propõe uma visão normativa centrada em princípios igualitários e na legitimidade dos direitos fundamentais, especialmente no contexto do ativismo judicial.

A análise mostra que a simples busca pela eficiência econômica, típica da Análise Econômica do Direito, pode negligenciar aspectos essenciais à justiça e à legitimidade, como a proteção dos direitos e a consideração moral, elementos valorizados por Dworkin. Ademais, a divergência entre o liberalismo igualitário de Dworkin e o libertarianismo de Posner demonstra que a resposta correta para dilemas jurídicos complexos não é unívoca, podendo depender da perspectiva adotada, o que sugere a necessidade de uma autoridade ou instância superior capaz de reconciliar esses pontos.

Portanto, o debate evidencia que o ativismo judicial, por meio da interpretação ampliada dos princípios constitucionais e da defesa dos direitos fundamentais, não pode ser reduzido a cálculos econômicos ou à eficiência, pois envolve escolhas políticas e morais que transcendem a lógica utilitarista. Assim, a contribuição de Dworkin se mostra crucial para compreender a legitimidade das decisões judiciais e a função do Direito na promoção da justiça social.

3.4 Reconstrução contrafactual e teoria da interpretação de Dworkin

Como mencionado anteriormente, Dworkin reconhece que juízes comuns podem, em algumas situações, ser incapazes de fornecer a resposta correta em casos difíceis. Ele também assume que a interpretação jurídica não é definitiva nem transparente em sistemas jurídicos complexos. No entanto, esses fatores não

precisam invalidar a tese da resposta certa ou o princípio da integridade, desde que uma justificação teórica convincente seja fornecida para eles.

Hércules é uma formulação hipotética apresentada por Dworkin (1999) em "Império do Direito". Trata-se de uma teoria reconstrutiva, baseada na abordagem contrafactual, que visa preencher a lacuna deixada pela análise empírica. Essa abordagem fornece uma estrutura sistemática e coerente para análise e avaliação do sistema jurídico. A reconstrução contrafactualista, frequentemente utilizada na filosofia, parte de suposições, confronta hipóteses e analisa práticas já estabelecidas. Ela complementa esses entendimentos por meio de abstrações, organizando-os em um todo coerente com a ajuda de uma teoria contrafactual.

A aplicação de dispositivos contrafactuals cria uma lacuna entre a imagem reconstruída, representada por Hércules, e o estado de coisas existente no caso dos juízes comuns. Essa lacuna oferece espaço para aprimoramento do sistema jurídico. A avaliação da reconstrução contrafactual de Dworkin deve se concentrar em duas questões-chave. Primeiramente, a reconstrução contrafactual, com Hércules como protagonista principal, está alinhada com as premissas fundamentais por trás do projeto de Dworkin, ou seja, uma sociedade pluralista e a adesão ao princípio de igual preocupação e respeito? Em segundo lugar, assumindo uma resposta afirmativa à primeira questão, a revisão das práticas reais sustenta a conclusão de uma melhor aproximação, ou, ao contrário, fornece uma justificativa mais robusta para usar Hércules como base para uma crítica sistemática das práticas atuais?

Antes de abordar essas questões, é necessário considerar brevemente a teoria da interpretação de Dworkin e o lugar da reconstrução contrafactual dentro dela. Para Dworkin, a própria interpretação é um esforço reconstrutivo que visa apreender aquilo que é interpretado (por exemplo, uma instituição ou prática) "em sua melhor luz" e, em seguida, "reestruturá-lo" em termos do "significado" que deve ser imposto para que surja um claro desfecho (DWORKIN, 1999, p. 47,54).

Em resumo, o direito, considerado como um todo, é uma prática interpretativa cujo propósito é determinar quando e onde o uso do poder coercitivo coletivo é justificado. Essa prática busca desdobrar esse poder de acordo com a melhor justificativa possível. Idealmente, todos os participantes do sistema legal, como legisladores, juízes, aplicadores da lei e cidadãos, estariam envolvidos na interpretação e reconstrução da lei para aprimorá-la e direcioná-la para seus usos mais justificados. A legitimidade e a aceitabilidade do poder coercitivo da lei

dependem de sua compatibilidade com princípios de justiça e imparcialidade.

As práticas sociais reduzem a incerteza que as pessoas enfrentam ao decidirem aquilo que devem aos seus próximos, mas não eliminam totalmente essa incerteza. Até as convenções mais explícitas do papel social, as que definem, por exemplo, os deveres dos pais para com os filhos pequenos, deixam muitas questões sem resposta (DWORKIN, 2011, p. 324).

A interpretação jurídica mais adequada é aquela que é justa e normativamente correta. Contudo, devido às divergências sobre o que é justo e certo, e considerando que as opiniões sobre essas questões podem mudar ao longo do tempo, os intérpretes jurídicos devem empenhar-se em alcançar a justiça e a imparcialidade de maneira correta. Isso envolve tecer uma narrativa histórica que destaque os elementos comuns entre relatos passados e presentes desses conceitos, ao mesmo tempo em que reconhece as diferenças significativas. Dessa forma, busca-se capturar a coesão e a progressão de maneira harmônica. É evidente como o princípio da integridade e a tese da resposta certa se encaixam na concepção de Dworkin (2011, p.34) sobre a interpretação jurídica, entendida como um esforço reconstrutivo destinado a revelar a unidade e a coerência da lei em seu desfecho mais aprimorado, integrado com princípios de justiça, imparcialidade e o princípio de igual preocupação e respeito.

3.5 Deduções das proposições de Ronald Dworkin em situações hipotéticas

Continuando a análise, é importante notar que a Constituição Americana tolerava a escravidão até a adoção das Emendas Pós-Guerra Civil na década de 1860. O Congresso votou essas emendas em 31 de janeiro de 1865, sendo ratificadas em 6 de dezembro de 1865, época em que muitos estados americanos possuíam leis que institucionalizavam e preservavam a escravidão. Nesse contexto, seria impossível reconstruir o direito americano como uma prática interpretativa que condiz com o princípio de igual preocupação e respeito ou qualquer versão plausível de uma teoria liberal de justiça ou equidade durante o período de 1850.

No entanto, contrafactualmente, o sistema legal americano poderia ser imaginado em 1850 como se não tivesse disposições constitucionais ou leis que legalizassem a escravidão. Esse exercício contrafactual serviria principalmente a uma

função crítica, destacando a ilegitimidade e injustiça do regime jurídico então prevalecente, mas não teria uma função de aperfeiçoamento, pois nenhuma interpretação das leis de escravidão poderia ser classificada como justificável sob as premissas morais fundamentais de Dworkin ou de qualquer outra teoria liberal.

Porém, no contexto de tal ideal, o princípio de integridade e uma única resposta normativamente certa para casos difíceis - ou seja, casos difíceis no mundo real, mas não no mundo ideal - seriam fáceis de alcançar. Eles dependiam apenas de quanto do sistema jurídico do mundo real teria de ser descartado na reconstrução contrafactual, o que causaria uma enorme instabilidade. Além disso, mesmo que em tal contexto ideal permaneçam difíceis questões interpretativas em casos concretos, Hércules seria capaz de resolvê-las.

Em sua forma mais extrema, portanto, este tipo de reconstrução contrafactual seria equivalente a um sistema jurídico perfeito e unificado dado por um Deus (que em alguns aspectos limitados pode ser aproximado por alguns aspectos dos sistemas jurídicos existentes) interpretado por profetas que são agraciados com compreensão divina. Essa reconstrução contrafactual, entretanto, paira acima de tudo que a unidade e a coerência que ela produz, tornando tais condições humanamente impossíveis de alcançar.

Além disso, ao considerar um cenário hipotético em que uma emenda constitucional consagra a decisão da Suprema Corte em *Lochner v. Nova York*, invalidando leis estaduais que impunham limites ao trabalho, podemos ver que um regime jurídico circunscrito por tal emenda violaria a concepção igualitária de igual consideração e igual respeito, mas seria congruente com uma visão libertária. Nesse contexto, a reconstrução contrafactual igualitária teria que ignorar a emenda e o regime jurídico resultante para se adequar às premissas morais de Dworkin.

Entretanto, ao aplicar a reconstrução contrafactual ao common law, especialmente no contexto do desenvolvimento gradual baseado em precedentes, há mais flexibilidade para os juízes reais e Hércules articularem suas decisões. Os juízes podem atribuir peso diferenciado aos precedentes, escolher entre diferentes linhas de precedentes e, em alguns casos, ignorar precedentes em busca da integridade. Essa abordagem é mais adequada à reconstrução contrafactual do common law, que se desenvolve incrementalmente com base nos casos precedentes, proporcionando espaço para interpretação e articulação das decisões.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019) V , o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Por fim, a posição do autor parece estar entre dois extremos, refletindo sobre a impossibilidade humana de alcançar a unidade e coerência perfeitas em um sistema jurídico. A reconstrução contrafactual, quando aplicada de maneira extrema, assemelha-se a um sistema jurídico perfeito e unificado dado por uma entidade divina interpretada por profetas com compreensão divina, algo humanamente inatingível. A abordagem do autor, no entanto, é mais adequada à reconstrução contrafactual do common law, onde a flexibilidade é permitida na interpretação e articulação das decisões.

A estética marxista (REALE, 2006, p.22), por exemplo, é diferente da estética psicanalítica, estética formal ou estética clássica, e é provável que produza uma interpretação diferente de um romance particular do que essas outras teorias interpretativas. Embora as interpretações, do ponto de vista de diferentes estéticas, possam se sobrepor e ser, em certa medida, mutuamente compatíveis, elas estão destinadas a permanecer, pelo menos em parte, dentro dos seus limites ideológicos. Assim, a noção de uma "melhor interpretação", ainda que abrangente, parece suscitar que há mais de uma resposta correta.

Aplicar a lei, segundo um princípio, significa recorrer às opiniões dos participantes da sociedade a fim de compreender seus anseios e ter uma perspectiva integra junto a essa sociedade, neste sentido, para o autor, se constitui a prática da lei. De acordo a teoria do autor, o bem coletivo emerge da interpretação, porque deve haver uma estrutura comum a toda comunidade, na qual o intérprete não se põe de fora da história para interpretar, mas participa dela, é um membro que compartilha valores semelhantes.

O objetivo é descobrir o "melhor ajuste", embora o autor reconheça que os critérios são diferentes: na literatura, os critérios são estéticos, enquanto na lei eles se encontram no reino da moralidade política. Na verdade, é sabido que não há consenso geral sobre estética ou gosto, e há muitas teorias estéticas concorrentes que, sem dúvida, produziram "melhores interpretações" diferentes e muitas vezes incompatíveis da mesma obra de arte. Contudo, há opiniões distintas:

Assim, nota-se que Dworkin apresenta sua compreensão de direito como interpretação. Partindo dessa premissa, ele apresenta que o raciocínio jurídico é uma forma de exercício de um tipo de interpretação denominada construtiva, o que significa afirmar que o Direito deve construir-se na melhor justificativa possível das práticas jurídicas. Essa informação é importante, porque expressa uma ideia vital em Dworkin: a de que o direito não é algo restrito a um espaço estatal, como um Tribunal ou um órgão legislativo, ao contrário, ele se faz presente constantemente na vida em sociedade, do nascimento até depois da morte das pessoas, estabelecendo o sentido do que seja ser cidadão, empregado (RICART, SANTOS, PEDRON, 2019 p. 133,144).

Pode ser que a lei não seja análoga e que um sistema jurídico só possa ser unificado e coerente, quando adequado ao princípio de integridade e passível de uma tese da resposta certa, se tiver como premissa o princípio de igual consideração e igual respeito. Nesse caso, a reconstrução contrafactual de Dworkin pode muito bem fornecer a "melhor interpretação" do direito. Ou pode ser que a analogia entre arte e lei seja válida e que a reconstrução contrafactual de Dworkin seja, no máximo, persuasivo para igualitaristas liberais, mas não para libertários, contratualistas, utilitaristas ou quaisquer outros que subscrevam o princípio de igual preocupação e respeito. Todavia, neste último caso, o empreendimento interpretativo de Dworkin parece incompatível com o pluralismo e não parece poder alcançar a integralidade, de modo que na própria forma de proposição da teoria a sua validade universal é afetada, parecendo não exigir, por premissa, um princípio integral e sim uma adesão ao tipo de ideal liberal igualitário nos moldes de Dworkin para se efetivar.

Na visão de Ronald Dworkin, renomado filósofo do direito, os estatutos e leis não são simplesmente conjuntos de regras a serem aplicadas de maneira mecânica pelos juízes. Em vez disso, ele argumenta que o direito é um sistema complexo e interpretativo, permeado por princípios morais e jurídicos fundamentais. Vamos explorar essa perspectiva por meio de exemplos hipotéticos.

Na perspectiva de Dworkin, o juiz não pode simplesmente se limitar a aplicar o estatuto conforme seu texto literal. Em vez disso, o juiz deve interpretar o estatuto à luz dos princípios de justiça e equidade que fundamentam o sistema jurídico. Ele deve considerar questões como a proporcionalidade da taxa, seu impacto sobre os direitos individuais e seu objetivo geral dentro do contexto econômico e social. Assim, o juiz pode decidir que a taxa é injusta e constitucional, mesmo que o estatuto a preveja, e optar por não a aplicar neste caso específico.

A perspectiva de Dworkin sobre o direito enfatiza a importância da interpretação contextual e moral das leis e estatutos. Os juízes são chamados a exercer um papel

ativo na interpretação e aplicação do direito, garantindo assim que o sistema jurídico reflita os princípios fundamentais de justiça, igualdade e dignidade humana.

4. UNIDADE NARRATIVA E ADEQUAÇÃO DEMOCRÁTICA

O modelo de Dworkin alinha-se com a doutrina da Separação dos Poderes, considerando que o operador do direito está sujeito à lei. Assim, sua teoria impede que o juiz desempenhe o papel de legislador, uma vez que sua função é confirmar direitos preestabelecidos e controlar a constituição. Portanto, o juiz não deve envolver-se na criação de políticas públicas ou na aprovação de novos direitos para uso recorrente, o que equivale ao exercício do poder discricionário. Entretanto, dada a natureza da constituição democrática, é dever do Judiciário assegurar a implementação de ações estatais que estejam em conformidade com o que foi prometido nos procedimentos de maneira justa e igualitária.

A jurisprudência Brasileira, sem demora, aproxima-se da jurisprudência anglo-americana e desse interessante fenômeno que representa a Constituição escrita com força obrigatória. No esforço de alcançar maior eficácia do documento constitucional Brasileiro, alguns escritores são tentados a buscar nos livros e na opinião do jurista norte-americano Ronald Dworkin contradizer a autoridade de algumas de suas propostas com as quais defendem o ativismo. Não se pode negar que todos temos o mesmo objetivo, dentro do direito constitucional, qual seja, ampliar o alcance e a força dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, com especial destaque para os chamados direitos civis. (APPIO, 2018, p.16).

Na implementação dos direitos protegidos pela Constituição, a má gestão da administração pública em países vizinhos, como o Brasil, destaca a aplicação de políticas públicas frequentemente dispendiosas. Diante da ineficácia dos poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário tem se tornado cada vez mais o guardião da efetivação desses direitos. Essa superação do Estado pela vontade popular cria um sério problema de representação política, manifestado na falta de credibilidade dos representantes eleitos, resultando em dois fenômenos: a busca judicial e a luta pelos direitos humanos (SOUZA, 2014, p.32).

Dworkin ressalta que, dentro do contexto de uma constituição democrática, a democracia deve sempre ponderar os direitos humanos fundamentais em situações de conflito. Ter um direito fundamental é possuir uma "propriedade de direito", resistente mesmo à democracia, mesmo quando a maioria das decisões segue os processos democráticos estabelecidos (SOUZA, 2014, p.23).

4.1 A judicialização da política

Embora a questão da judicialização da política não tenha sido debatida tão amplamente quanto deveria, uma literatura substancial sobre o tema surgiu nos

últimos anos. Uma grande obra que se tornou referência sobre o tema é *The Global Expansion of Judicial Power* (TATE, 1995, p.32). Com a queda do regime verdadeiramente socialista, os Estados Unidos se tornaram a única superpotência após o fim da Guerra Fria. Desde então, as novas democracias adotaram um forte modelo judicial como indicador básico de se um país é verdadeiramente democrático. A tese central deste livro é a expansão global do poder judiciário em sistemas políticos democráticos. Essa expansão é definida como judicialização. Vale destacar que os autores dos capítulos das obras supracitadas discutem a existência da judicialização em diferentes locais, e que esse processo ocorre também em países sem constituição escrita, como o Reino Unido.

Pode-se dizer que há judicialização política no campo judicial. Na premissa de constitucionalizar direitos e fornecer mecanismos para a constitucionalização de direitos, o poder de revisão judicial é ampliado para alcançar ações legislativas e administrativas. Controle mútuo entre poderes, freios e contrapesos (de fora), ou, por outro lado, nos poderes executivo e legislativo, o uso do processo judicial dentro desses poderes, no poder executivo, através dos tribunais e juízes administrativos, o legislativo, Comissão Parlamentar de Inquérito (de dentro, também conhecida como politização).

No entanto, como relata Machado (2008), a expressão judicialização da política tem um significado diferente e muitas vezes é contrastada com a prática tradicionalmente conhecida como ativismo judicial. Castro (1997) foi pioneiro ao lidar com essa questão no Brasil, ao identificar dois componentes da judicialização política: um novo tipo de "ativismo judicial", uma nova implantação de tribunais judiciais que amplia o leque de questões sobre as quais os tribunais devem tomar decisões jurisprudenciais (muitas das quais, até recentemente, eram tratadas pelo legislativo ou pelo executivo); políticos estão interessados em adotar procedimentos semelhantes aos procedimentos judiciais e parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (o judiciário muitas vezes é politicamente motivado para fornecer esses parâmetros).

Santos (2003) adota um conceito um pouco diferente, argumentando que a judicialização da política leva à politização da justiça. Para ele, a judicialização da política existe quando os tribunais, no exercício ordinário de suas funções, influenciam a ação política, que pode ocorrer em baixa ou alta intensidade. A primeira ocorre quando membros isolados da classe política são investigados ou julgados por atos

ilícitos, sejam eles alheios às suas funções ou não. A segunda ocorre quando setores da classe política utilizam o judiciário, ao invés de mecanismos políticos reais, para resolver conflitos internos por meio de condenações mútuas, muitas vezes abusando da comunicação social. Boaventura defende ainda que a politização da justiça passa por um questionamento da justiça, pela designação de finalidades que violem as regras de separação de poderes, questionando não só a sua função como a sua credibilidade e soberania.

Verbicaro (2005) aceita apenas o primeiro aspecto do conceito proposto por Tate e Vallinder, definindo a judicialização da política como a extensão do poder do Judiciário sobre a política legislativa ou executiva. Com isso, questões que antes afetavam apenas as instituições e poderes democráticos que desempenhavam tais funções foram transferidas para o judiciário.

Além disso, é um termo demasiado complexo, que possui concepções e perspectivas distintas em seu emprego nas discussões e debates acadêmicos. Outro fator que lhe confere ainda mais complexidade, é que em seu fenômeno, a judicialização engloba não somente a dimensão jurídica, mas envolve inúmeros elementos, que vão desde fatores políticos, econômicos e institucionais a fatores sociais, culturais e históricos. De tal modo que coloca sobre juízes de direito certas responsabilidades que são socialmente questionadas, uma vez que se pode argumentar que o trabalho do juiz é interpretar a jurisprudência dentro da história jurídica e não escrever ou mesmo inventar uma história melhor. As leis e os artigos da constituição necessitam de interpretação que devem respeitar a doutrina e possuir legitimidade social, para não enviesar a questão para o ramo da pura conduta política, como apresenta, APPIO, 2018, p.32:

O ativismo judicial tem sido considerado como uma marcante característica do Judiciário contemporâneo, que o distingue das funções até então desempenhadas e que, em linhas gerais, resumiam-se a revisar, retrospectivamente, fatos e atos jurídicos do passado remoto. O Poder Judiciário não sofria a força e a ingerência direta do clamor popular quando da decisão. A própria cobertura que os meios de comunicação faziam do trabalho do poder judiciário era superficial e distanciada. (APPIO, 2018, p.32).

A legitimidade demanda uma distribuição do poder político que reflete a preocupação e o respeito iguais que a comunidade deve ter por cada cidadão. Este requisito estabelece uma base: qualquer diferença significativa no impacto político dos votos de diferentes cidadãos é antidemocrática e errada, a menos que preencha duas condições, uma negativa e outra positiva. Em primeiro lugar, não deve sinalizar ou

pressupor que algumas pessoas nascem para governar as outras. Não pode haver uma aristocracia de nascença, que inclua uma aristocracia de gênero, casta, raça ou etnia, e não deve haver uma aristocracia de riqueza ou de talento. Em segundo lugar, tem que ser plausível supor que o sistema constitucional que cria a diferença de impacto reforça a legitimidade da comunidade (DWORKIN, 2011, p.34).

Esses fatores interagem de maneiras distintas em cada cenário, estabelecendo tendências de ampliação de normatização, expansão do espectro de questões passíveis de deliberação pelos juízes e tribunais, e adoção de métodos jurídicos em outras esferas além das próprias esferas judiciais, conforme destacado por Viaro (2017).

O estudo do papel dos tribunais na construção da Constituição, especialmente em relação ao ativismo judicial, revela que o papel do Ministério da Justiça seria bem-visto se o trabalho dos juízes não dependesse de processos independentes baseados na Constituição. A legitimidade do poder judiciário, na escala de valores, não deve quebrar o equilíbrio do sistema político e não deve provocar práticas descabidas que ameacem os pilares da estrutura constitucional democrática, como a garantia dos direitos fundamentais e a preservação do estado democrático e da soberania popular (CITTADINO, 2004).

Portanto, no início do século XXI, o modelo de ativismo judicial no Brasil, cujo crescimento coloca no poder a legitimidade democrática do poder constitucional ao permitir que os juízes não apenas interpretem a Constituição, mas a influenciam, destaca-se. As visões de estudiosos e operadores do direito são polarizadas, divergindo entre a importância da juridicização da política na proteção dos direitos fundamentais e a visão de que isso constitui uma afronta à democracia deliberativa e uma usurpação da soberania popular. Isso delineia o debate entre a análise substancialista, enfatizando a proteção dos direitos fundamentais, e a análise processualista, que prioriza o processo de formação da vontade política.

Dworkin, representante do eixo da interpretação substantiva e defensor da atuação judicial na esfera política, critica o modelo analítico positivista de Hart, destacando a discricionariedade dos juízes diante de lacunas legislativas intransponíveis. Articula uma teoria do direito que inclui princípios como fontes obrigatórias do direito, ajudando os juízes a encontrar a resposta certa, a única resposta certa, antes de tudo, e a melhor resposta, em sua evolução conceitual. Nessa perspectiva, os magistrados desempenham um papel de racionalização do

ordenamento jurídico, definindo seus princípios fundamentais, sem criar novas leis, mas racionalizando o material normativo existente (MAIA e NETO, 1988).

Dessa forma, a análise de Dworkin, ao utilizar princípios como guias interpretativos, visa evitar a discricionariedade excessiva e garantir que as decisões judiciais estejam alinhadas com a ordem jurídica estabelecida. O autor destaca a importância de preservar a coesão e a integridade do sistema jurídico, assegurando que os juízes, ao tomarem decisões baseadas em princípios, não estejam criando novas leis, mas construindo uma interpretação coerente da prática jurídica dentro da comunidade.

Esse entendimento proposto por Dworkin contribui para a compreensão do papel do judiciário na democracia, destacando a necessidade de equilibrar a proteção dos direitos fundamentais com a preservação da democracia deliberativa e da soberania popular. Portanto, ao considerar o papel do judiciário na interpretação e aplicação do direito, é essencial buscar uma abordagem que promova a justiça e a imparcialidade, mantendo a legitimidade democrática do poder constitucional.

Ele se opôs a essa abordagem, que chamou de moderação judicial, um programa com uma abordagem mais formalista em que o judiciário manteve as decisões tomadas por outros ramos do governo, mesmo contra os pontos de vista específicos, exceto em casos extremos em que a decisão do governo viola qualquer explicação razoável ou precedente claro e afirmação da existência de direitos morais, além dos direitos explicitamente garantidos pela constituição. No entanto, a teoria da deferência judicial afirma que instituições políticas, além dos tribunais, são responsáveis por decidir quais direitos serão reconhecidos (DWORKIN, 2002, p.34).

No entanto, o autor levanta a questão, reconhecendo que muitas vezes as decisões judiciais também são determinadas por fatores externos ao processo, como a formação intelectual, política e social do juiz. No entanto, isso não significa que os juízes fora do escrutínio da maioria sejam candidatos ideais para decidir esses direitos. Os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos e podem ser autoritários.

A obra de Ronald Dworkin, renomado filósofo político e jurídico, é marcada por uma profunda reflexão sobre a natureza da democracia e sua relação com a unidade narrativa dentro de uma sociedade. Dworkin argumenta que a democracia genuína não se limita apenas ao processo de tomada de decisões por meio do voto popular, mas também requer uma unidade narrativa subjacente que dê sentido e coerência ao projeto político de uma nação.

Para Dworkin, a unidade narrativa é essencial para a legitimidade democrática,

pois proporciona um quadro moral e político que orienta as ações individuais e coletivas. Essa unidade narrativa não é uma imposição autoritária, mas sim um processo contínuo de construção compartilhada, no qual os cidadãos participam ativamente da formação e reinterpretação das histórias que definem sua comunidade política.

A adequação democrática, então, não se limita à simples adesão aos procedimentos formais de governança, mas envolve a incorporação dos valores fundamentais da justiça e da igualdade em toda a estrutura política e social. Nesse sentido, a unidade narrativa democrática deve refletir não apenas as aspirações da maioria, mas também proteger os direitos das minorias e garantir que todos os membros da sociedade sejam reconhecidos e respeitados.

Dworkin argumenta que uma unidade narrativa democrática robusta é aquela que reconhece e incorpora a diversidade de perspectivas e experiências dentro de uma sociedade pluralista. Isso implica um compromisso com o diálogo e a deliberação pública, nos quais diferentes vozes podem ser ouvidas e consideradas na formação das políticas e instituições.

Além disso, Dworkin destaca a importância da coerência e da integridade na unidade narrativa democrática. Isso significa que as políticas e práticas de uma sociedade devem ser consistentes com os princípios fundamentais que a definem, e que os cidadãos devem ser capazes de reconhecer e justificar as decisões políticas com base nesses princípios.

Em resumo, para Dworkin, a unidade narrativa e a adequação democrática são conceitos interligados que desempenham um papel fundamental na construção de uma sociedade justa e inclusiva. Uma democracia verdadeiramente robusta não se limita à mera vontade da maioria, mas sim à criação de um espaço público no qual todos os cidadãos possam participar igualmente na definição do bem comum e na promoção da dignidade humana.

4.2 Experiência de judicialização na política brasileira

Na seção seguinte, será discutida a situação de judicialização da saúde que vem ocorrendo no Brasil desde os anos 1990, sob a perspectiva de sua capacidade de contribuir para a efetivação do direito à saúde no país até 2023. Nas últimas décadas, tem-se observado a ampliação das demandas judiciais em questões de

saúde, situação conhecida como judicialização da saúde. Embora não haja uma definição consensual na literatura, neste contexto, a judicialização da saúde é entendida como o açãoamento do Poder Judiciário por parte de indivíduos ou grupos, sejam cidadãos ou consumidores, com o objetivo de arbitrar conflitos com o poder executivo, empresas privadas e até mesmo pessoas físicas, relacionados à área da saúde.

Este período é caracterizado por estudos que investigam problemas e hipóteses da Ciência Política, com inspiração americana e uma abordagem neoconstitucionalista. Destacam-se pesquisas que aplicam o modelo atitudinal, como exemplificado pelos estudos de Faro de Castro em 1997, que se concentraram no caso do Supremo Tribunal Federal.

Ribeiro e Arguelhes (2019) mencionam Vianna e colaboradores como alguns dos primeiros a abordar o tema da judicialização da política durante o período democrático, com foco principal na atuação em relação às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs). A interpretação de muitos pesquisadores considera o número de ADIs movidas no país como um indicador do nível de judicialização.

O uso de ADIs como uma forma apropriada de operacionalizar o fenômeno da judicialização também é destacado no trabalho influente de Taylor e Da Ros (2008, p. 830). Os autores afirmam que, comparativamente, as ADIs permitem que um número significativo de atores políticos conteste decisões diretamente em um tribunal superior, evitando assim "a sobrecarga processual dos tribunais inferiores", além de ser um instrumento capaz de proporcionar "uma decisão judicial com efeitos gerais, imediatos e vinculantes" (RIBEIRO, 2018, p.6). No artigo de Ribeiro e Arguelhes (2019), são apresentados outros fatores que podem ser utilizados para avaliar a intensidade da judicialização, conforme observado no Quadro 1 a seguir.

Quadro 1 – Fatores que configuram a intensidade da judicialização

| Desenho institucional do poder judiciário | Dinâmica política (fatores explicativos) | Motivações |
|---|---|-----------------------------------|
| O que pode ser judicializado? (temas) | Número e tipos de atores envolvidos no tema (coletivo/individual; posição/oposição) | Status (manter/alterar) obstrução |
| Quem pode judicializar? (atores coletivos ou individuais) | Força relativa (poder de agenda; força legislativa) | Sinalização (externa ou interna) |

| Como podem judicializar? (classes processuais – legitimação coletiva ou individual) | Posição (distância dos atores quanto ao tema) | Resolução de conflitos (coordenação ou arbitragem) |
|---|---|--|
| Quando podem judicializar? (antes; durante; depois) | Coesão interna (dos atores coletivos, com relação ao assunto) | |
| Processo decisório do supremo | Temas e saliência | |
| Coletivo; individual; centralizado; descentralizado | Megapolítica (questões morais) | |
| | Políticas públicas | |
| | Conflito político | |
| | Processo legislativo | |

Fonte: Ribeiro e Arguelhes (2019)

Fonseca e Coutinho (2018, p.34), ao interpretarem Antoine Garapon, destacam que a judicialização possui características fundamentais, incluindo uma descrença na lei, um aumento na dimensão interpretativa do Direito, uma desestruturação do conceito de democracia que leva ao desaparecimento da figura do homem democrático, e o surgimento de sistemas supranacionais, fragilizando a noção de soberania estatal, como exemplificado pelas Cortes de Direitos Humanos.

No contexto do Século XXI, Silva (2018) menciona Maria Alice Rezende de Carvalho como uma das principais pesquisadoras sobre o tema, ressaltando seu enfoque nos estudos da judicialização da política por meio do Controle de Constitucionalidade. Entretanto, reconhece que o tema pode ser analisado por outras perspectivas, como a utilização de procedimentos judiciais ordinários para a petição e resolução de demandas sociais e políticas, ou a emergência de regras e procedimentos quasi-judiciais em espaços de negociação e decisão não judiciais.

Silva (2018) destaca que o sistema brasileiro de constitucionalidade combina elementos do direito americano e do direito europeu. Ele menciona características como a possibilidade de um juiz deixar de aplicar uma lei caso a considere inconstitucional e a capacidade de acionamento direto da Corte para questionar a constitucionalidade de uma lei. Esses elementos delineiam a complexidade do cenário jurídico brasileiro no que diz respeito à judicialização e ao Controle de Constitucionalidade.

No Direito Brasileiro, esse tipo de controle foi introduzido pela Constituição de 1946. Para Carvalho (2007, p. 162,163), contudo, o caso Brasileiro é do tipo de controle —misto ou híbrido, uma terceira classificação, pois contempla simultaneamente as duas formas anteriores (difusa e concentrada). Arantes

(2004) destaca que, no Brasil, embora a primeira Constituição republicana (1891) tenha copiado o modelo difuso norte-americano (judicial review), muitas modificações, realizadas nas Constituições posteriores, foram inspiradas no sistema concentrado europeu. (SILVA, 2018, p. 36).

Fonseca e Coutinho (2018) destacam que em muitas circunstâncias, a justiça constitucional é açãoada para proteger indivíduos, incluindo membros de minorias étnicas e parlamentares que tiveram seus direitos violados ou foram impedidos de participar do processo político. Isso ocorre em decorrência da inércia de outros poderes, levando o Judiciário a agir para preencher lacunas, resultando em uma substituição da positividade pela justiçabilidade. O Direito, nesse contexto, é definido pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro, como o Judiciário.

Fonseca e Coutinho (2018) também apontam o aumento da conflituosidade na sociedade como um fator motivador desse cenário. Questões relacionadas à diversidade sexual, por exemplo, representam demandas por reconhecimento de direitos básicos por parte de parcelas da sociedade, alimentando a judicialização.

Ribeiro e Arguelhes (2019) adotam a definição de judicialização da política proposta por Tate e Vallinder em 1995, destacando duas interpretações distintas do fenômeno. A primeira caracteriza a transferência de decisões normativas do Legislativo e Executivo para o Judiciário, enquanto a segunda envolve a incorporação de métodos próprios de decisão e resolução de conflitos em setores administrativos e legislativos. Silva (2018) argumenta que a atuação do Judiciário no Brasil ocorre no plano das ações políticas, por meio de discursos de posse e declarações à imprensa, e no plano das ações jurisdicionais, por meio de sentenças, votos e decisões liminares. Ele também destaca situações que contribuem para ampliar a ação judicial no país.

A normatização de direitos (coletivos e difusos);
 Transições pós-autoritárias e consequente edição de constituições democráticas (reforço de garantia do estado de direito);
 Instigação e investigação voltadas ao combate à corrupção da classe política (—criminalização da responsabilidade política);
 Instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional; e
 Emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, originados na cultura jurídica, defendendo uma relação compromissória entre Judiciário e soberania popular.

Fonseca e Coutinho (2018, p.45) propõem outra hipótese para explicar o aumento da judicialização da política: a transferência do poder de decisão por parte de instituições majoritárias em direção aos tribunais. Essa mudança seria motivada

pela percepção de que o custo de decidir sobre questões polêmicas seria muito alto para políticos, podendo prejudicar sua imagem e suas pretensões eleitorais. Portanto, recorrer à jurisdição seria uma maneira de evitar as consequências de uma decisão política desgastante.

Por outro lado, Ribeiro e Arguelhes (2019, p.34) abordam a questão de maneira diferente, destacando situações em que atores opositores a uma determinada política pública recorrem ao Judiciário, especialmente ao STF, buscando retardar, impedir, desmerecer ou se opor a certas leis. Isso transforma o STF em uma arena de voto, onde as disputas políticas são transferidas para o âmbito judicial.

Vale ressaltar que a classificação “tática de oposição” inclui ações oposicionistas diferentes e não excludentes: o voto a uma lei definida em instituições majoritárias, a sinalização de preferências ou a protelação da decisão legislativa. Esses dois últimos casos chamam a atenção para o possível uso dos tribunais por atores oposicionistas mesmo quando as chances de uma vitória jurídica são reduzidas. O objetivo primordial dos atores da oposição seria difundir o posicionamento político para a opinião pública (RIBEIRO; ARGUELHES, 2019, p.8).

Na análise de Ribeiro e Arguelhes (2019), diante dessa situação em que um tribunal pode ser acionado como um "ator de voto", reconhece-se que a possibilidade de recorrer a um tribunal para cumprir esse papel tem o potencial de alterar a dinâmica entre os atores de instituições majoritárias. Isso ocorre porque estratégias antecipadas passariam a fazer parte do cálculo das ações, permitindo falar em influência do tribunal constitucional mesmo na ausência de um ato formal de contestação junto ao Poder Judiciário. Os pesquisadores desenvolvem um quadro que busca estabelecer graficamente os tipos de judicialização existentes, conforme representado na Figura 1.

Figura 1 – Tipos de Judicialização

| | | | SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | | |
|--------------------|----------|------------|--|---|---|
| | | | INDIVIDUAL | | |
| | | | COLETIVO | CENTRALIZADO | DESCENTRALIZADO |
| CONGRESSO NACIONAL | OPOSIÇÃO | COLETIVO | (A) PLENÁRIO DECIDE PEDIDO DE PARTIDO POLÍTICO DA OPOSIÇÃO | (E) PRESIDENTE DO STF DECIDE PEDIDO DE PARTIDO POLÍTICO DA OPOSIÇÃO | (I) RELATOR DECIDE PEDIDO DE PARTIDO POLÍTICO DA OPOSIÇÃO |
| | | INDIVIDUAL | (B) PLENÁRIO DECIDE PEDIDO DE PARLAMENTAR DA OPOSIÇÃO | (F) PRESIDENTE DO STF DECIDE PEDIDO DE PARLAMENTAR DA OPOSIÇÃO | (J) RELATOR DECIDE PEDIDO DE PARLAMENTAR DA OPOSIÇÃO* |
| | POSIÇÃO | COLETIVO | (C) PLENÁRIO DECIDE PEDIDO DE PARTIDO POLÍTICO DA BASE | (G) PRESIDENTE DO STF DECIDE PEDIDO DE PARTIDO POLÍTICO DA BASE | (K) RELATOR DECIDE PEDIDO DE PARTIDO POLÍTICO DA OPOSIÇÃO |
| | | INDIVIDUAL | (D) PLENÁRIO DECIDE PEDIDO DE PARTIDO POLÍTICO DA BASE | (H) PRESIDENTE DO STF DECIDE PEDIDO DE PARLAMENTAR DA BASE | (L) RELATOR DECIDE PEDIDO DE PARLAMENTAR DA BASE* |

Fonte: Ribeiro e Arguelhes (2019).

A Constituição Federal de 1988 representou um avanço significativo na concretização do direito à saúde no Brasil, por meio da implementação de instrumentos normativos específicos e programas estratégicos. Contudo, essa concretização enfrenta desafios, levando muitas pessoas a recorrerem aos tribunais em busca de acesso a bens e serviços de saúde (FREITAS; FONSECA, 2020). Santos (2021) destaca que, somente no ano de 2019, foram registradas mais de 2 milhões de ações judiciais relacionadas a esse tema, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça.

O fenômeno da judicialização tem gerado efeitos em todos os entes federativos, considerando que o número de ações judiciais sobre o tema obteve um crescimento relevante. Nesta linha, os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontam que em 2016 o número de ações judiciais sobre o tema ascendia a de um milhão e trezentos mil processos. (LEITE; BASTOS, 2018, p.113).

Santos (2021) aborda a judicialização da saúde considerando-a polêmica, pois pode impactar a gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e a alocação de recursos dos municípios, que enfrentam histórico de subfinanciamento, associado a demandas provenientes do Poder Judiciário. Além disso, destaca que, em muitos casos, os operadores do direito demonstram desconhecimento do direito sanitário em suas sentenças, gerando distorções e insegurança jurídica.

A transferência de responsabilidades do Município e da União para o Estado, quando este é compelido a adquirir medicamentos não pactuados, pode contribuir para a fragmentação das ações relacionadas ao uso racional de medicamentos e às diretrizes de integralidade do SUS (RIBEIRO e VIDAL, 2018).

Leite e Bastos (2018) acrescentam que o fenômeno da judicialização ocorre em todos os estados do Brasil, mas suas características variam devido a fatores como população, densidade demográfica, estruturação do sistema de saúde e condições econômicas. Por exemplo, em estados de fronteira, como Mato Grosso do Sul, há um aumento na demanda por ações de saúde devido à procura de estrangeiros pelo SUS.

O aumento das demandas judiciais levou o Conselho Nacional de Justiça a criar um Grupo de Trabalho para tratar desses processos relacionados ao direito à saúde (Leite e Bastos, 2018). Ribeiro e Vidal (2018) destacam que a concessão indiscriminada de medicamentos por decisões judiciais pode fragmentar a gestão da assistência farmacêutica, exigindo uma atuação conjunta dos operadores do Direito e representantes da política de assistência farmacêutica.

Como exemplo de outros temas levados ao STF Santos (2021) menciona a possibilidade de haver diferença de classe em internação hospitalar no SUS, se há ou não dever estatal no fornecimento de medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), se medicamento não incorporado ao SUS obriga ou não o Estado, e se medicamento de alto custo não incorporado ao SUS constitui ou não como dever estatal.

O distingo a autonomia de uma pessoa, que é apenas a sua capacidade de fazer o que quiser sem ser condicionada pelo governo, da liberdade de uma pessoa, que é a parte da sua autonomia que o governo faria mal em condicionar. Não defendo qualquer direito geral à autonomia. Ao invés, defendo direitos à liberdade que assentam em bases diferentes. As pessoas têm direito à independência ética, que decorre do princípio da responsabilidade pessoal.

Freitas e Fonseca (2020) apresentam duas hipóteses para práticas que podem ser consideradas como judicialização da saúde. A começar pela situação na qual se postula exercícios de direitos já reconhecidos, embora negados pela via administrativa, como é o caso para medicamentos, tratamentos e tecnologias incorporadas ao SUS e planos de saúde. E a outra hipótese se refere a quando a discussão processual faz referência a direitos não reconhecidos envolvendo tratamentos e tecnologias que ainda não foram incorporadas ao SUS ou então que

não possuem registro na ANVISA, situação que exige uma análise mais criteriosa, uma vez que não existe previsão legal para a concessão do bem ou serviço.

Neste sentido, Santos (2021, p.34) menciona como exemplo o Recurso Extraordinário 566471 cujo julgamento de seu em 11 de março de 2020, ficando estabelecido que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não houver previsão na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do SUS. E segundo o Recurso Extraordinário 657718, ficou estabelecido que, via de regra, a ausência de registro na ANVISA impede o fornecimento de medicamento por decisão judicial.

Segundo dados da SESPA/DEAF, PA, referentes a 2012, Ribeiro e Vidal (2018) identificaram que 303 medicamentos, relacionados a 14 tipos de patologias, foram dispensados via demanda judicial, totalizando R\$365.666,16. Esses medicamentos estavam relacionados a diabetes mellitus, doenças cardiovasculares, dislipidemias e agravos ao sistema nervoso central.

O aumento no número de demandas judiciais na área da saúde gerou gastos da União, que alcançaram aproximadamente R\$1 bilhão apenas em 2015, representando um aumento de 1.300% em sete anos (Leite e Bastos, 2018). Batistella et al. (2019) analisaram o caso de Londrina, no Paraná, identificando 706 processos de 2011 a 2017, sendo 21 ações coletivas. O perfil dos requerentes incluía principalmente mulheres acima de 60 anos, com prescrição médica produzida na rede pública e representação jurídica realizada por advogados particulares. Como pode ser vista na tabela 1:

Tabela 1 – Caracterização dos requerentes das ações judiciais (2011-2017)

| VARIÁVEL | N | % |
|--------------------------------------|------------|-------------|
| SEXO (N= 775) | | |
| FEMININO | 397 | 51,2 |
| MASCULINO | 378 | 48,8 |
| FAIXA ETÁRIA (ANOS, N= 775) | | |
| < 20 ANOS | 12 | 1,5 |
| 21 , 40 ANOS | 133 | 17,2 |
| 41 , 50 ANOS | 109 | 14,1 |
| 51 , 60 ANOS | 148 | 19,1 |
| ACIMA DE 60 ANOS | 368 | 47,5 |
| NÃO INFORMADO | 5 | 0,6 |
| ORIGEM DA PRESCRIÇÃO (N= 775) | | |
| REDE PÚBLICA | 556 | 71,7 |
| REDE PRIVADA | 149 | 19,3 |

| | | |
|--|------------|-------------|
| NÃO INFORMADO | 70 | 9,0 |
| REPRESENTAÇÃO JURÍDICA (N= 706) | | |
| MINISTÉRIO PÚBLICO | 316 | 44,7 |
| ADVOGADO PARTICULAR | 390 | 55,3 |

Fonte: Batistella et al (2010)

A pesquisa de Batistella et al. (2019) revela que a maioria das demandas judiciais relacionadas à saúde envolvia medicamentos, correspondendo a 88,1% dos casos. Quanto ao tempo de tramitação dos processos, a maioria (30%) levou 900 dias. Além disso, 14,3% das petições judiciais foram arquivadas, como ilustrado nas Tabelas 2 e 3.

Tabela 2 – Tipo de demanda requerida (2011-2017)

| BEM REQUERIDO | N | % |
|-------------------------------|------------|-------------|
| MEDICAMENTOS | 622 | 88,1 |
| MATERIAIS E INSUMOS | 21 | 3,0 |
| PROCEDIMENTO CIRÚRGICO | 16 | 2,2 |
| CONSULTA MÉDICA | 12 | 1,7 |
| EXAMES | 12 | 1,7 |
| OUTROS | 23 | 3,3 |
| TOTAL | 706 | 100 |

Fonte: Batistella et al (2010)

Tabela 3 – Identificação dos processos por tempo de tramitação, desfecho dos processos arquivados e motivo do julgamento improcedente (2011-2017)

| VARIÁVEL | N | % |
|--|------------|-------------|
| EM TRAMITAÇÃO | 604 | 85,5 |
| ARQUIVADO | 102 | 14,5 |
| TEMPO DE TRAMITAÇÃO | | |
| 100 A 300 DIAS | 76 | 12,6 |
| 301 A 500 DIAS | 105 | 17,4 |
| 501 A 700 DIAS | 106 | 17,5 |
| 701 A 900 DIAS | 97 | 16,0 |
| ACIMA DE 900 DIAS | 220 | 36,5 |
| DESFECHO DOS PROCESSOS ARQUIVADOS | | |
| PROCEDENTE | 62 | 60,8 |
| IMPROCEDENTE | 18 | 17,6 |
| DESISTÊNCIA DO AUTOR | 12 | 11,8 |
| ÓBITO DO AUTOR | 10 | 9,8 |
| MOTIVO DO JULGAMENTO IMPROCEDENTE | | |

| | | |
|---|---|------|
| | | |
| INCOMPETÊNCIA JUDICIAL | 6 | 33,4 |
| NÃO COMPROVOU NECESSIDADE DO MEDICAMENTO SOLICITADO | 4 | 22,2 |
| PRESCRIÇÃO POR MÉDICO NÃO VINCULADO AO SUS | 3 | 16,6 |
| DUPLICIDADE DE AÇÕES EM OUTRA VARA | 2 | 11,1 |
| DECADÊNCIA DO PROCESSO | 2 | 11,1 |

Fonte: Batistella et al (2010).

4.3 Condições de legitimidade da democracia brasileira

Dworkin acreditava que a diferença entre direito e moral, segundo outras escolas de pensamento, era exagerada. Dworkin defendia a ideia de que os juízes, ao decidirem casos difíceis, precisam interpretar o direito existente e criar princípios jurídicos com base nos princípios morais subjacentes. Nesse sentido, ele argumentou que o direito e a moral estavam interligados e que os juízes desempenham um papel significativo na interpretação e aplicação do direito (DWORKIN, 2011, p.23).

A democracia, conforme abordado por Chauí (2008), vai além das simples instituições políticas e se estende a uma forma geral de sociedade caracterizada pelos princípios de igualdade e liberdade. Em uma sociedade democrática, a criação de novos direitos é fundamental para lidar com as mudanças sociais e garantir a participação ativa dos cidadãos na construção das normas.

Ao criar direitos, a democracia torna-se o único sistema político verdadeiramente aberto às mudanças do tempo, porque faz do novo parte do seu ser, assim, faz da temporalidade parte integrante do seu modo de ser. Essa é a única forma sociopolítica em que o caráter massificador do poder e da luta se torna evidente nas sociedades de classes, pois os direitos só ampliam seu alcance ou emergem como novos direitos por meio da ação da classe de massas contra as cristalizações jurídico-políticas em favor da classe dominante. Em outras palavras, a marca da democracia moderna, que permite sua transição da democracia liberal para a social democracia, reside no fato de que apenas as massas e os excluídos (“minorias”) sentem a necessidade de reivindicar direitos e criar (CHAUÍ, 2008, p.23).

Nesta forma de política, a distinção entre poder e governantes é garantida não só pela existência de leis e pela divisão das várias esferas de poder, mas também pela existência de eleições, uma vez que estas (ao contrário do que afirma a ciência

política) não implicam uma mera mudança de poder, mas mostram que o poder está sempre vazio, o seu detentor é a sociedade, e os governantes apenas o ocupam em virtude de um mandato temporário. Em outras palavras, o sujeito político não é apenas o eleitor, eleitores no plural. Eleição significa não apenas o exercício do poder, mas também a origem do poder, reforçando o princípio que os romanos afirmavam quando inventaram a política: eleição é dar a alguém o que tem, pois ninguém pode dar a alguém o que não tem, ou seja, fazer valer a própria soberania para escolher os ocupantes temporários do governo (CHAUÍ, 2008, p.12).

Quanto à judicialização da saúde no Brasil, Santos (2021) destaca a polêmica crescente em torno desse fenômeno. A pesquisa revela que o aumento das demandas judiciais na área da saúde pode afetar a gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e a alocação de recursos, gerando impactos no financiamento da saúde e na tomada de decisões. Além disso, aponta que, em muitos casos, operadores do direito demonstram desconhecimento do direito sanitário, resultando em distorções e insegurança jurídica.

A atuação do Poder Judiciário na garantia de acesso a medicamentos e tratamentos, muitas vezes não contemplados nas listas públicas, tem gerado impactos financeiros significativos para os estados e municípios. A concessão indiscriminada de medicamentos por meio de decisões judiciais pode fragmentar a gestão da assistência farmacêutica, comprometendo a efetividade das políticas de saúde.

Neste cenário, vale citar Wernneck Vianna et al (1999, p.34). Segundo ele, se deve inquirir sobre que forma as funções normatizadoras operacionalizam-se após a Constituição de 1988 perante novas demandas da sociedade advindas do novo palco jurídico que se descontina com a redemocratização e essa constituição. O poder judiciário se manteve durante a ditadura pós 1964 em situação que Vianna chama de “estufa” referente às questões sociais devido ao patrulhamento totalitário que “resolvia” por si só tais questões. Diante das demandas de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente após o fracasso dos planos econômicos, as emergências fazem com que o Judiciário passe a ser o único lugar para proteger os cidadãos e as empresas (VIANNA et al., 1997, p.45).

Dessa forma, destaca Viaro (2017), torna-se complicado, por exemplo, separar o aumento da interferência do Poder Judiciário em questões de deliberação tradicionalmente políticas, da própria crescente busca pelo Poder Judiciário pela sociedade civil, visto que são interdependentes, além de ambos dependerem da

colocação dos problemas políticos e sociais enquanto problemas de ordem jurídica, passíveis de discussão em um processo judicial. A primeira condição descarta as discriminações eleitorais formais que fazem parte da história, pelo menos nas democracias maduras. O direito de voto dos adultos é agora, em princípio, universal entre os cidadãos para os dois gêneros e para todas as raças e religiões (DWORKIN, 2011, p.23).

No cenário jurídico brasileiro atual, diversos temas, desde os mais simples aos mais complexos, são mediados pela Justiça de forma pontual, como infrações, afetos, educação, violência, saúde. Por isso, o Sistema de Justiça não engloba somente o Poder Judiciário, mas também certas instituições, como o Ministério da Justiça, o Ministério Público, o Conselho Nacional de Justiça, entre outras (OLIVEIRA, 2016, p.34). Nesse sentido, entende-se que o processo de judicialização é desencadeado essencialmente por situações de conflito que buscam no Direito e na Jurisdição a solução do conflito.

Ao passo em que normas não são respeitadas, sendo que as instituições não seguem corretamente suas atribuições, e os limites morais e éticos não são suficientes para solucionar o problema e ajustar as condutas, buscam-se mais normas e mais jurisdição na tentativa de normalizar o quadro (VIARO, 2017, p.23). Assim, devido à complexidade das relações sociais, e a existência de diversos conflitos nas inúmeras esferas dessas relações, os juízes têm cada vez mais se empenhado em solucionar esses conflitos, não se limitando aos textos legais, mas indo além dos mesmos, e analisando as particularidades e aspectos subjetivos de cada caso. (PASTOR e CHIMANOVITCH, 2004, p.23).

A judicialização é compreendida enquanto um movimento mediador de regulação normativa e legal da vida, partindo e apoiando-se no Sistema de Justiça e criando leis e medidas para solução dos conflitos e nas relações sociais. A questão que se coloca sobre a judicialização é justamente saber se os juízes estão a decidir com base em suas próprias convicções ou se estão a respeitar todo o ordenamento jurídico que opera.

A discussão sobre a judicialização da saúde envolve questões complexas, como o subfinanciamento do setor, as especificidades de cada estado brasileiro e a necessidade de conciliar os direitos individuais com as políticas públicas de saúde. A criação de novos direitos e a busca por soluções jurídicas para demandas sociais são características marcantes desse fenômeno, mas é preciso considerar os desafios e

impactos que ele gera no sistema de saúde como um todo.

O positivismo declara a independência completa dos dois sistemas. Aquilo que a lei é depende apenas de questões históricas de facto, depende daquilo que a comunidade em causa, como questão de costume e prática, aceita como lei se uma lei injusta passar o teste de lei aceita pela comunidade, se tiver sido adotada por uma legislatura e todos os juízes concordarem que a legislatura é o legislador supremo, torna-se realmente lei (DWORKIN, 2011, p.23).

O trecho aborda o interpretativismo jurídico, conforme a visão de Dworkin (2011), que refuta a completa independência entre direito e moral. Dworkin argumenta que o direito não se limita apenas às regras específicas promulgadas, mas também incorpora princípios que justificam moralmente essas regras. Assim, o pensamento legal é interpretativo, e a interpretação literária deve buscar a essência do texto para realizar a justiça.

A judicialização, como mencionado por Barroso (2012), é um fenômeno complexo no Brasil, com causas diversas. Ele destaca a constitucionalização abrangente, que transformou questões políticas em direito ao incluí-las na Constituição. Além disso, aponta para a expansão institucional do Ministério Público e a adoção de um sistema nacional de controle de constitucionalidade, que permite a qualquer juiz ou tribunal deixar de aplicar uma lei considerada inconstitucional.

No contexto da redemocratização, o fortalecimento e expansão do Poder Judiciário foram impulsionados, aumentando a demanda por justiça na sociedade brasileira. A judicialização, portanto, reflete as transformações políticas e sociais do país, tornando-se um meio de lidar com questões complexas, como a violência. O aumento da judicialização da vida cotidiana, especialmente em relação à violência, é discutido como uma resposta à ampliação do conceito de violência e ao desejo de medidas preventivas.

A dicotomia entre ampliação do rol de situações judicializadas e a busca por medidas conciliatórias é destacada como parte desse fenômeno. A demanda por regulações judiciais resulta em uma sobrecarga de processos e na produção de mais mecanismos normativos. A discussão sobre a relação entre direito, moral e judicialização evidencia a interconexão entre esses elementos no contexto jurídico brasileiro.

A judicialização, portanto, traduz repercussões de cunho social ou político, envolvendo as instâncias políticas tradicionais, bem como os órgãos do Poder Judiciário, envolvendo a transferência de poder para os juízes e para os tribunais, com

significativas alterações na argumentação, na linguagem e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2012, p.45).

Como expressa Barroso (2012, p.45), esse fenômeno possui inúmeras causas, algumas seguindo uma tendência mundial, enquanto outras estão diretamente relacionadas à estrutura jurídica, política e institucional do Brasil, carregando suas particularidades e especificidades dentro de seu respectivo contexto.

Com isso, tornou-se capaz de aplicar as leis e a Constituição, sem falar no poder de confrontar os demais poderes, e, inclusive, intervir quando necessário. Segundo Barroso (2012, p.45), nesse mesmo contexto, ocorreu a expansão institucional do Ministério Público, a partir de um crescimento e reconhecimento da relevância de sua atuação fora da área penal, a qual se limitava estritamente, além da crescente participação da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil.

A segunda grande causa apontada por Barroso (2012) foi a constitucionalização abrangente, que elencou à Constituição elementos antes desconsiderados, e deixados para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Segundo o autor, 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. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas (BARROSO, 2012, p.23).

Por fim, a terceira e última grande causa da judicialização no Brasil é o sistema nacional de controle de constitucionalidade, que, como aponta Barroso (2012), é um dos mais abrangentes do mundo, sendo referido como híbrido ou eclético, que, como discutido anteriormente, contempla elementos de outros dois sistemas distintos, o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional.

Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao

Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2012).

Deste modo, o processo de redemocratização foi crucial para o ponta pé inicial em direção ao fortalecimento e expansão do Poder Judiciário, além de aumentar a demanda por justiça na sociedade Brasileira. (BARROSO, 2012). Um tema que demonstra isso é a violência, que gera inúmeros e complexos conflitos e contradições nas relações sociais.

Segundo alguns autores (SOUZA, 2014, p.23), o próprio conceito de violência, especialmente no Brasil, vem sofrendo uma ampliação, visto que não corresponde apenas às taxas de criminalidade, sendo muito mais complexo e profundo, envolvendo uma série de dimensões e elementos. Quando a ideia de que as ameaças estão cada vez mais próximas, e cada vez mais constantes, o apelo e a necessidade por medidas preventivas cresce, no sentido de controlar e erradicar a violência, o que legitima as formas de judicialização da vida cotidiana.

Compreende-se, então, que a questão da violência reverbera a lógica punitiva que gera o viver, alimentando o medo que se encontra na base da produção de novas leis, políticas de segurança e medidas tutelares que contemplem os mínimos aspectos da existência. A justificativa e a finalidade divulgadas, como se tem visto, seria tornar o sistema de Justiça mais atento aos afetos, às condutas e aos conflitos relacionais, visando à transformação de uma dita cultura de violência em uma cultura de paz (OLIVEIRA e BRITO, 2016).

Nisso, segundo os autores, opera-se uma dicotomia, na qual, de um lado, o rol de situações e dificuldades existenciais que são judicializadas é ampliado, no sentido de se transmitir a perspectiva de que os relacionamentos seriam suspeitos e potencialmente danosos, e, por outro, cria-se uma série de medidas no sistema de justiça com finalidades conciliatórias, visando, em tese, a minimização dos confrontos, ao passo em que buscária a maximização dos acordos. (OLIVEIRA e BRITO, 2016).

Em suma, favorece-se a judicialização dos modos de vida e, consequentemente, cresce a demanda por regulações judiciais, o que ocasiona uma sobrecarga de processos e conduz à produção de mais mecanismos normativos, ainda que revestidos com ideários humanitários e pacificadores (OLIVEIRA e BRITO,

2016). Dessa forma, comprehende-se a complexidade do fenômeno de judicialização, de modo geral, bem como no caso específico do Brasil, e sua relação com as necessidades de justiça e de normatização da vida. Nesse sentido, o processo de judicialização carrega inúmeras possibilidades, bem como riscos diversos, tema que será discutido no tópico a seguir.

4.4 Riscos e possibilidades da Judicialização

Além de distinguir entre as formas de judicialização da política, normativa e analítica normativa, Carvalho (2004) explora as implicações e consequências desses tipos de judicialização para o sistema político brasileiro. A abordagem normativa destaca a importância da Constituição como a suprema lei do país, prevalecendo sobre as decisões parlamentares, enquanto a abordagem analítica normativa examina mais detalhadamente como os tribunais interpretam e aplicam a Constituição para revisar e até mesmo substituir decisões do Legislativo e do Executivo.

As formas de judicialização não apenas ressaltam a supremacia constitucional, mas evidenciam a dinâmica de poder entre os diferentes ramos do governo e o papel dos tribunais na manutenção do Estado de Direito. Além disso, a análise de Carvalho pode incluir exemplos concretos de casos judiciais que ilustram a aplicação prática dessas formas de judicialização e suas ramificações para a democracia e governança no Brasil.

Segundo as análises de Chaves (2013), a judicialização tem o potencial de impactar positivamente ou negativamente a integridade democrática, variando conforme a postura adotada pelo órgão judicial supremo. O autor destaca exemplos em que o Supremo Tribunal Federal (STF) desempenhou um papel construtivo no fortalecimento do processo democrático, como nos julgamentos relacionados às pesquisas envolvendo células-tronco e à demarcação de terras indígenas. Contudo, ele chama atenção para situações em que as decisões judiciais se distanciam dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição.

Chaves (2013) destaca a importância de o Poder Judiciário manter-se aberto ao diálogo, especialmente em questões que envolvem discussões mais aprofundadas com a sociedade civil. Ele argumenta que juízes e tribunais não devem se tornar instâncias hegemônicas para preservar a estrutura democrática do país.

A questão do controle das políticas públicas é apresentada como um terreno fértil para discussões sobre a legitimidade das intervenções do Judiciário e os riscos democráticos. Chaves (2013) destaca a necessidade de o Judiciário ser diferente das escolhas legítimas feitas pelo legislador, especialmente quando não estão em jogo direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos.

O autor expressa sua preocupação com o clima político polarizado no Brasil, que se destaca durante o período em questão, marcado pela divisão social entre esquerda e direita. Ele levanta a discussão sobre as deficiências nos sistemas jurídicos, questionando a distinção entre direito e moral. Segundo Dworkin (2011), a separação entre direito e moral não proporciona uma perspectiva imparcial para determinar as relações entre esses dois sistemas.

O texto realça a importância de os juízes, embora não eleitos pelo voto popular, exerçam um poder que represente os interesses e necessidades da sociedade, agindo em conformidade com a Constituição e as leis. No entanto, salienta a delicadeza de evitar o populismo judicial e reconhece que, em determinadas circunstâncias, os juízes devem tomar decisões contramajoritárias. A proteção dos direitos fundamentais, mesmo em oposição à vontade das maioria políticas, é vista como uma condição essencial para a eficácia do constitucionalismo democrático.

O autor argumenta que a intervenção do Judiciário em casos como sanar omissões legislativas ou invalidar leis inconstitucionais pode favorecer a democracia, desde que seja em prol da preservação dos direitos fundamentais. Além disso, destaca a necessidade de os juízes evitarem serem populistas e agirem de acordo com os princípios constitucionais.

Dworkin (2011, p. 324), menciona a problemática da capacidade institucional do Judiciário e seus limites, apontando a tripartição do poder como um ideal eficaz, mas reconhecendo contradições na prática. Há uma referência à Lei 9.882/99, que criou a ação de descumprimento de preceito fundamental, e destaca a importância de o Judiciário atuar como legislador negativo, negando a aplicação de leis inconstitucionais, mas sem criar direitos.

O texto também menciona o inquérito que apura a propagação de notícias falsas (Fake News) e destaca a controvérsia em torno da possível intervenção do STF no poder legislativo. O sigilo do inquérito é questionado, indicando uma falta de uma concepção integral de justiça no Brasil. O trecho conclui mencionando a necessidade de uma teoria que concilie a liberdade e a igualdade dos recursos na busca pela justiça

como afirmado por DWORKIN, 2011, p. 16:

Têm direitos, incluindo direitos de expressão, que são requeridos pelo seu direito mais geral a governarem-se a si próprias, que também decorre da responsabilidade pessoal. Têm direitos, incluindo direito ao devido processo legal e à liberdade de propriedade, que decorrem do seu direito à igual preocupação. (DWORKIN, 2011, p. 16).

O trecho destaca a construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático ao longo do século XX, envolvendo debates teóricos e filosóficos sobre a dimensão formal e substantiva dos conceitos de Estado de direito e democracia. O Estado de direito é mencionado em seu sentido formal, relacionado à existência de uma ordem legal cujos preceitos são observados pelos órgãos de poder e pelos particulares. Quanto à democracia, é considerada predominantemente formal, envolvendo a ideia de governo da maioria e respeito aos direitos individuais, chamados de liberdades públicas.

A divisão dos poderes é abordada como uma precaução contra a concentração do poder executivo, destacando o sistema de freios e contrapesos como uma característica marcante dessa separação. Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm funções específicas, com o Legislativo elaborando leis, o Executivo fiscalizando e cumprindo essas leis, e o Judiciário aplicando as leis no caso concreto. No entanto, o autor aponta falhas nas atribuições definidas pela Constituição, levando os administrados a recorrerem ao Judiciário, dando origem ao fenômeno do ativismo judicial.

O princípio da separação dos poderes é fundamentado na especialização das funções de cada poder, e Mello destaca que as funções legislativas, administrativas e judiciais estão distribuídas entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Essa trilogia não é vista como uma verdade inerente, mas sim como uma construção política notável para evitar a concentração de poderes e preservar a liberdade contra abusos dos governantes.

O texto também destaca que, na Constituição Federal de 1988, não se deve pensar na separação dos poderes como uma ruptura absoluta e plana, mas sim reconhecer pontos de intersecção entre eles. A ideia é que a separação entre os poderes surgiu da necessidade de reformular o conceito de poder, que historicamente estava concentrado na figura do soberano.

Por fim, o autor (BARROSO, 2012), discorre sobre a problemática da capacidade institucional do Judiciário e seus limites. Como já discutido anteriormente,

boa parte dos Estados democráticos partem da estratégia de tripartição do poder, na qual as funções estatais de criar o direito, concretizá-lo e aplicá-lo, são atribuídas a órgãos distintos, especializados em suas devidas atribuições, e independentes, que recebem o nome de Legislativo, Executivo e Judiciário. Esses três poderes mantêm o equilíbrio e harmonia da política de um país.

O objetivo do inquérito sigiloso é investigar ataques e notícias falsas envolvendo o STF e seus integrantes. O senhor Ministro Alexandre de Moraes é o relator de tal Inquérito. Afora as polêmicas, a investigação foi justificada com base no Artigo 43 do regimento interno do STF, no qual se lê que "ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o presidente instaurou inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegar esta atribuição a outro ministro". Enquanto relator, Alexandre de Moraes decretou o bloqueio de contas, nas redes sociais, que considerou ofensivas ao regime democrático e à instituição do STF. Ocorre que o próprio fato do inquérito correr em sigilo obscurece a questão e dificulta o entendimento integral do tema, demonstrando que há a ausência, em solo brasileiro, de uma concepção integral de justiça que abarque os problemas típicos do nosso país.

Aparentemente, a liberdade, dentro de um estado democrático, acaba por ser condicional, uma vez que nenhum sujeito ou instituição pode tudo o que quiser. As questões e problemas sociais precisam ser analisados e estudados, pois somente no direito positivo a interpretação de uma norma escrita é obrigatória. Agora se levará a apenas uma decisão correta é um problema que se encontra no centro de sua interpretação, nas possibilidades de investigar e buscar pelos princípios feito um filósofo ou feito Hércules, como assinalou Dworkin. Não cabendo, portanto, ao juiz decidir apartado do princípio que a sociedade comunga.

Ainda de acordo com Cione, que trata dos conceitos ideais, (2018), caso em um determinado Estado de direito cada poder seja exercido pelo órgão com suas funções e atribuições pré-determinadas pela Constituição, e a democracia dê respaldo para que o governo seja exercido por representantes eleitos pelo povo, e que estes, por sua vez, ao serem eleitos, respeitem os direitos fundamentais.

Isso resulta que, como ressalta Ferreira Filho (2011), o poder, mesmo que legítimo, fique limitado a uma área não reservada pelos indivíduos. Para evitar que essas fronteiras sejam ignoradas ou extrapoladas, um poder refreia o outro, e isso se dá por intermédio da separação de poderes.

A construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia. Quanto ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares já no tocante à democracia, é possível considerá-la em uma dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas - como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção -, realizáveis mediante a abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado. (BARROSO, 2017, p. 67 *apud* CIONE, 2018, p. 30).

Essa divisão orienta-se, principalmente, de forma a prever a respeito da concentração do poder executivo, e por isso, a característica mais marcante dessa separação, é o sistema de freios e contrapesos, que, por conseguinte, impede que algum poder exerça sua função de forma exclusiva, autônoma e ilimitada.

Nesse sentido, o Poder Legislativo assume a função primordial de elaboração das leis. O Poder Executivo, por outro lado, é responsável pela fiscalização dessas leis, bem como seu cumprimento. Já o Poder Judiciário, por sua vez, fica responsável por aplicar as leis elaboradas pelo Legislativo, e executadas pelo Executivo, no caso concreto (DIAS, 2013, p.23). Entretanto, como ressalta o referido autor, algumas vezes, tais atribuições definidas pela Constituição Federal, tornam-se falhas, seja por um Poder ou pelo outro, o que faz com que o administrado recorra ao Judiciário para que possa ver solucionada a problemática causada.

Assim sendo, o Judiciário, com o escopo primordial de trazer a jurisdição com efetividade, vê-se obrigado a ultrapassar determinados limites que lhe são impostos, razão pela qual se dá início ao fenômeno do ativismo judicial. (DIAS, 2013, p. 8-9). O princípio base dessa separação dos poderes é, de modo geral, a especialização das funções para cada poder, além de uma estrutura burocrática e aparatos orgânicos para que cada órgão tenha sua autonomia institucional, para exercer suas atribuições concomitantemente à Constituição.

Segundo Mello (2010), como se sabe, as funções legislativas, administrativas (ou executivas) e judiciais estão distribuídas, entre três blocos orgânicos, denominados "Poderes", os quais, de regra, são explicitamente mencionados

nas constituições modernas no Ocidente. Tais unidades orgânicas absorveram, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgamente notável e muito bem-sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à ideia da tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes.

Nesse sentido, a base legal da política brasileira, a Constituição Federal de 1988, remete a uma conclusão na qual não se pode pensar os poderes como uma ruptura absoluta e plana entre eles, em que se deve existir simultaneamente pontos de intersecção. Como destaca Dias (2013), ao passo em que a Constituição denota esse caráter, a separação entre os poderes parte de uma necessidade da reformulação do próprio conceito de poder, que durante muito tempo da história, manteve-se concentrada na figura do soberano, do monarca, do rei, que assumia a função de elaborar as leis, fiscalizá-las e executá-las. O que Dias coloca é demasiado teórico, um indicativo do que deveria ser, da finalidade da constituição.

A abordagem de Ronald Dworkin em relação à judicialização é uma questão complexa que envolve tanto riscos quanto possibilidades para a democracia e o Estado de Direito. A judicialização, que se refere ao fenômeno de transferir questões políticas e sociais para o sistema judicial, pode desempenhar um papel crucial na proteção dos direitos individuais e na promoção da justiça, mas também apresenta desafios significativos para a legitimidade democrática e a separação de poderes.

Dworkin reconhece que a judicialização pode ser uma ferramenta importante para corrigir injustiças e garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados. Os tribunais, em sua visão, desempenham um papel vital na interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, agindo como um contrapeso aos excessos do poder legislativo e executivo. Nesse sentido, a judicialização pode ser vista como uma forma de proteger as minorias e garantir que todos os cidadãos sejam tratados de forma igual perante a lei.

No entanto, Dworkin também alerta para os riscos associados à judicialização excessiva. Quando os tribunais assumem um papel proeminente na formulação de

políticas públicas, isso pode minar a legitimidade democrática ao contornar o processo legislativo e usurpar a vontade popular. Além disso, a judicialização pode levar à politização do judiciário, comprometendo sua imparcialidade e independência.

Dworkin argumentava que a judicialização deve ser exercida com moderação e respeito aos princípios democráticos. Os tribunais devem ser cuidadosos ao intervir em questões políticas e sociais, dando espaço para o debate público e para a atuação do poder legislativo. Ao mesmo tempo, é importante que os tribunais sejam capazes de exercer sua função de guardiões da Constituição e dos direitos individuais, especialmente quando outras instituições falham em protegê-los.

Assim, na perspectiva de Dworkin, os riscos e possibilidades da judicialização estão intimamente ligados à capacidade dos tribunais de equilibrar os valores da democracia, da legalidade e dos direitos fundamentais. Uma abordagem equilibrada da judicialização pode fortalecer o Estado de Direito e promover uma sociedade mais justa e inclusiva, enquanto o seu abuso pode minar os princípios democráticos e enfraquecer as instituições políticas.

4.5 Liberdade, igualdade e democracia

Para Silva (2013), ao longo da atuação do Poder Judiciário, observa-se períodos de descontinuidade entre sua ocupação no centro do debate político e a ausência de participação política. Esse caminhar, no entanto, demonstra que o Poder Judiciário sempre teve um fetiche no controle dos demais poderes. O ativismo não é nenhuma novidade em nosso contexto político-social. Até bem pode ser no plano teórico, mas não o é novidade no plano prático jurisprudencial (SILVA, 2013).

Como ressalta Teixeira (2012), a realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que, para tanto, seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete.

A essa proposta bastaria lembrar dos longos embates do autor com Hart em que ele levanta sua teoria geral do direito justamente para abortar, em princípio, a ideia de que a democracia pode solapar diante de arbitrariedades jurídicas. Assim, no entendimento de Dworkin (2011):

Se democracia significa o governo da maioria, e este não é uma coisa desejável em si mesma, por que razão nos preocupamos tanto em proteger a nossa democracia? Ou em expandir a democracia para outros países através de todos os meios que se possam adotar? Por que razão discutimos tanto sobre se o escrutínio judicial é democrático ou se a substituição do mecanismo eleitoral da maioria por uma representação proporcional nos tornaria mais democráticos? Desta maneira, e de muitas outras, tratamos a democracia como um valor, e aceitar que o não seja, que nada há de intrinsecamente bom nela, tornaria disparatada grande parte da nossa vida política. (DWORKIN, 2011, p. 356).

O autor deixa expresso, em seu discurso, que o juiz não deve inverter as regras ou criar exceções, nem as aplicar de modo silogístico, como se procedesse com uma operação matematizada do direito, o juiz deve se adequar aos princípios para alcançar a integridade, o comum acordo com os ideais da democracia liberal igualitária. Essa situação silogística ocorre nas práticas jurídicas de caráter discricionário de viés positivista, amplamente criticado pelo autor.

Desse modo, cada representante, seja juiz ou legislador, acaba por se identificar ele mesmo como guardião desse princípio, tornando-se um Hércules que se entende a si mesmo como justo e acertado, ao qual a norma deve obedecer e não o contrário. É uma possibilidade que se aventa. Porque podemos supor que numa relativização das ideias do autor junto a uma perversão de seus ideais igualitários, a quem o pratica tortuosamente, o ativismo ao modo brasileiro parece positivo.

Esses problemas existentes na repartição dos poderes no Brasil, em que se observam diversos conflitos, tornam necessário compreender, como atenta o autor que a prática do Judiciário, partindo da concepção do ativismo judicial positivo e não prejudicial, não deve funcionar como uma intervenção, uma imposição de regras ou limites pela força da lei, nos demais poderes, mas sim como uma prática que busque manter o equilíbrio entre os princípios constitucionais, as práticas legais e políticas e os direitos básicos dos indivíduos, princípios que se harmonizam numa democracia.

No contexto apresentado, a judicialização da política no Brasil é discutida como um resultado da mobilização da sociedade civil em busca da efetivação dos direitos, muitas vezes recorrendo ao Judiciário. Destaca-se a importância contemporânea

desse fenômeno para compreender a postura do judiciário. São mencionados o enfraquecimento gradual do poder legislativo frente a mecanismos como medidas provisórias e o controle da agenda parlamentar pelo poder executivo durante os anos 1990. Paralelamente, o modelo neoliberal adotado no Brasil é associado à fragmentação do Estado em diversos setores, transformando-o em um Estado que se

limita às atividades essenciais para manter a ordem, sem alcançar o status de um estado de bem-estar social.

A mudança de paradigma proposta implica em considerar as condições em que uma decisão é tomada, justificando a posição do juiz com base em sua percepção da conduta do judiciário, seja ela substantiva ou processual. O texto destaca a importância de encontrar o compromisso certo, pois, sob o pretexto da neutralidade, é necessário buscar a resposta correta, não apenas baseada em valores sociais, mas por meio da implementação interpretativa da constituição.

A judicialização da política, conforme entendida por Silva (2017), é considerada uma questão social derivada de eventos externos à jurisdição, surgindo em resposta à ineficiência do Estado em instituir determinados direitos, o que resulta no aumento de litígios. Dworkin é mencionado como defensor da ideia de que a teoria do direito deve estar intimamente relacionada à prática jurídica. Nesse sentido, Souza e Pinheiro (2020) argumentam que em novas democracias, como o Brasil, é observada uma maior objetividade, onde o Judiciário atua como um elemento de estabilização institucional por meio de um constante trabalho de interpretação constitucional.

Souza e Pinheiro (2020) argumentam que o ativismo judicial observado no Brasil pode ser interpretado como resultado da adoção de uma teoria da interpretação constitucional não originalista. Portanto, consideram que este fenômeno pode estar relacionado a uma postura relacionada a uma maior e mais intensa participação do judiciário na busca por uma concretização dos fins constitucionais resultando em maior interferência no espaço dos outros poderes.

De acordo com Silva (2017), o que contribui para o estabelecimento de uma confusão envolvendo a judicialização da política e o ativismo judicial é o fato de que quando a política é vista como fator externo de incidência eventual no âmbito jurídico, isto faz com que a política passe de mola propulsora da construção do conteúdo jurídico-constitucional para o que chama de argumento corretivo do Direito, contribuindo assim para minar a autonomia do Direito.

5. CRÍTICA AO ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL PELO STF

A constituição de 1988 é uma constituição dirigente, em consonância com a defesa recentemente reiterada de Canotilho (2001). As chamadas normas programáticas são, portanto, cogentes e ainda precisam ser aplicadas na prática. Ainda assim, o discurso das normas programáticas e da inaplicabilidade adquiriu um contorno impressionante diante do dilema da personalidade do judiciário da geração pós década de 1980. Ou seja, apesar das mudanças na ordem constitucional, até recentemente, dado o rígido (e errôneo) entendimento sobre a separação dos poderes e a vontade da maioria, pouco se alterou no plano decisório (CATTONI, 2000).

Apesar das mudanças na ordem constitucional, o entendimento rígido sobre a separação dos poderes e a vontade da maioria limitaram as transformações no plano decisório. A lógica da compensação adotada pelos constituintes ao apresentar direitos sociais e fundamentais generosos, muitas vezes sem condições mínimas para implementação, é mencionada. A expressão "legislação álibi" é utilizada para descrever promessas impossíveis que pressionam os legisladores a criar normas sem condições efetivas de aplicação.

É verdade que os constituintes partiram da lógica da compensação ao apresentar declarações generosas de direitos sociais e fundamentais cuja realização era difícil, muitas vezes deixando o policiamento de promessas articuladas para a legislação complementar a maioria não editada. Neves (1994) refere-se a essas promessas impossíveis como "legislação álibi", em que os legisladores estão sob pressão direta para criar diplomas normativos que atendam às expectativas dos cidadãos, sem as condições mínimas para implementar as normas.

5.1 O pensamento de Dworkin

O surgimento de uma nova Constituição em 1988 é associado a um aumento significativo de demandas judiciais, gerando preocupações para os operadores do direito. A judicialização da política é mencionada como resultado desse cenário, com o Poder Judiciário invadindo o espaço do Legislativo, como observado na "Judicialização da Saúde". A importação de noções do direito estrangeiro, como a "jurisprudência dos valores", é discutida como um dos fatores que contribuíram para essa dinâmica, juntamente com a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

1. A falta de diferenciação entre a jurisprudência dos valores e a teoria da

argumentação jurídica é apontada como um problema, resultando em ponderações sem critérios claros. As teorias pós-positivistas são mencionadas como conferindo maior discricionariedade aos juízes, mas também enfrentando o fenômeno do solipsismo jurídico, onde o operador do direito decide de acordo com sua consciência.

Todos esses elementos definidos culminam em uma reivindicação ao judiciário (ABREU, 2004) e, portanto, em uma judicialização da política. No período a partir dos anos 1990, o poder legislativo foi gradativamente enfraquecido diante dos mecanismos de medidas provisórias (Pessanha, 2002) e do controle econômico da agenda parlamentar pelo poder executivo. Ao mesmo tempo, a estrutura do modelo neoliberal instaurado no Brasil provocou a desintegração do Estado em diversos setores, mudando a face intervencionista prometida à época, transformando-o (sem se tornar um estado de bem-estar) em um Estado reduzido às atividades necessárias à manutenção da ordem (CADEMARTORI, 1999).

Partindo da premissa de que o mito da neutralidade dos juízes está superado, pois o olhar implica uma escolha ideológica, ainda que atrelada ao positivismo, pois implica sempre a aceitação de uma visão de mundo (CAPPELLETTI, 1974), o sistema judiciário carrega uma inevitável carga ideológica, ainda que potencial, mas o senso comum não vê. Este é um testemunho da persistência do conceito de sujeito/objeto, a forma como se faz ciência, um legado da modernidade. Sem neutralidade, por um lado, não há mais, por assim dizer, um único sujeito pasteurizado por valores e, por outro, esse espaço não pode ficar vazio quando se inserem pressupostos ideológicos (COUTINHO, 1996).

De fato, tais discussões estão no cerne de qualquer reflexão democrática atual. Dessa constatação, portanto, depende muito de qual lado atuará, pois, como diz Lyra Filho (1984), sob o pretexto da neutralidade, não é mais possível esconder, o que importa não é a neutralidade, mas encontrar o compromisso certo e defendê-lo. Por meio de uma abordagem hermenêutica mais adequada, Dworkin procura revelar, em suas decisões, a unidade e coerência de um sistema jurídico da melhor forma possível. Podemos observar que Dworkin é profundamente influenciado por Rawls, como afirma Reale e Antisere (2006, p.23):

Os indivíduos que se encontram na posição originária não podem propor princípios ou pensar em uma sociedade em que poderiam ser favorecidos eles mesmos ou talvez seus amigos, e desfavorecidos os outros. Ninguém sabe nada nem de si mesmo nem dos outros. A única escolha possível é, então, a que deverá se referir a todos; tratar-se, portanto, de urna escolha de princípios universais de justiça. (REALE e ANTISERI, 2006, p. 239).

2. Falta de Consistência e Coerência: Dworkin argumentava que as decisões judiciais devem ser consistentes com os princípios e valores subjacentes ao sistema jurídico como um todo. Uma crítica ao ativismo judicial no Brasil pode se concentrar na percepção de que o STF, em alguns casos, adota abordagens inconsistentes e incoerentes em suas decisões, prejudicando a integridade do sistema jurídico.

O fundamento central da lei como integridade, considerada a terceira virtude política ao lado da equidade, da justiça e do devido processo legal, fornece a base para a teoria da decisão judicial de Dworkin, personificada no “Hércules”, um juiz imaginário que serve como modelo para outros juízes ao decidirem questões legais. Nessa teoria, Dworkin retrata Hércules como um juiz que, ao interpretar construtivamente o direito, se orienta pelos princípios da boa-fé e da equidade, fundamentando-se em uma tradição e historicidade que sustentam as decisões judiciais atuais. Esses modelos hermenêuticos visam reconstruir e criticar as decisões judiciais, enriquecendo-as sem reduzir o direito à mera aplicação de métodos ou técnicas específicas (BITENCOURT, 2011, p. 25).

A supremacia legislativa impõe que Hércules cumpra a lei, mesmo que isso resulte em inconsistências substanciais, pois trata-se de uma questão de justiça para proteger o direito da maioria. A doutrina estrita do precedente, a análise da história legislativa e a precedência local, embora problemáticas, são em grande parte questões relacionadas ao devido processo legal, pois encorajam os cidadãos a confiar em suposições e declarações doutrinárias, as quais não devem ser ignoradas ao julgar casos posteriores (DWORKIN, 1999, p. 25).

Dworkin propõe ainda uma condição contrafactual para decisões judiciais pautadas na boa-fé: a ideia de uma decisão única e ótima para cada caso. Ao fazê-lo, ele nega a possibilidade de múltiplas opções para a resolução do caso e exclui qualquer discricionariedade judicial (DWORKIN, 2006, p. 25).

3. Sobreposição com o Poder Legislativo: Dworkin defendia que os juízes devem respeitar as prerrogativas do Poder Legislativo e não devem substituir suas próprias opiniões políticas pelas do legislador. Uma crítica ao ativismo judicial no Brasil pode ser feita quando o STF parece ultrapassar seus limites ao legislar sobre questões que seriam mais apropriadas para decisão do Congresso Nacional.

A abordagem do direito como integridade pressupõe que os juízes ocupam uma posição distinta dos legisladores, que podem utilizar argumentos políticos para estabelecer uma regra — justificando a criação de normas em termos do bem-estar

coletivo que a regra pode gerar. Os juízes, por sua vez, devem tomar decisões fundamentadas em princípios, e não em política. Sua responsabilidade é apresentar argumentos sobre por que as partes têm determinados direitos e obrigações legais, com base em como esses direitos foram estabelecidos em momentos relevantes no passado.

O direito como integridade nega a representação do direito como uma declaração factual de convencionalismo orientado para o passado, ou como um programa instrumental de pragmatismo jurídico orientado para o futuro. Ele insiste que as declarações legais são opiniões interpretativas e, portanto, incorporam elementos que se concentram tanto no passado quanto no futuro; interpretando a prática jurídica contemporânea como política em processo de desenvolvimento. (DWORKIN, 1999, p. 25).

Essas considerações implicam em uma mudança significativa nas condições em que uma decisão é tomada para justificar a posição de um juiz com base em sua percepção da conduta do judiciário (substantiva ou processual), justamente porque uma mudança de critério sugere significantes posteriores. Ademais, a característica da proposta do pressuposto ideológico não é salvar a jurisprudência de valor por meio de noções de valores sociais que conduzam à justiça, bondade, ainda que o critério de justiça seja extrínseco, mas sim por meio da implementação interpretativa da constituição pela resposta correta (STRECK, 2007).

Rossdeutscher e Salomão (2022) acreditam que com a materialização de uma nova constituição em 1988 surgiu um volume colossal de demandas judiciais, preocupando os operadores do direito. Por outro lado, o Poder Executivo estaria encontrando dificuldades em implementar políticas públicas, gerando uma corrida em direção ao Judiciário, e como resultado, o Poder Judiciário começou a invadir o espaço do Legislativo, sendo exemplo disso a “Judicialização da Saúde”.

Na interpretação de Rossdeutscher e Salomão (2022), o que contribuiu para este estado de coisas foi o fato de o direito brasileiro ter importado noções do direito estrangeiro, mencionando como exemplo a “jurisprudência dos valores”, noção que teria sido importada do direito alemão de forma descontextualizada, caracterizando-se como uma teoria filosófica de valores, o que foi feito como resposta ao positivismo muito presente no pós-guerra.

E mencionam também a importação da teoria da argumentação jurídica

produzida por Robert Alexy, que buscou conferir maior racionalidade a esta noção da jurisprudência dos valores. O caso é que segundo Rossdeutscher e Salomão (2022) não se faz uma diferença entre a jurisprudência dos valores e a teoria da argumentação jurídica, gerando como resultado uma ponderação que é feita sem critérios, sendo que a ponderação deveria ser utilizada para se extrair uma regra.

Para Silva (2017), as teorias pós-positivistas conferiram maior discricionariedade aos juízes e tribunais, embora a proposta por trás da criação destas teorias seria o enfrentamento do fenômeno do solipsismo jurídico que tem como característica unir todos os modelos de positivismo, gerando uma situação na qual o operador do direito acaba por decidir de acordo com sua consciência.

Silva (2017) afirma que o doutrinador Lênio Streck se fundamenta em parte na Filosofia do Direito de Ronald Dworkin para a criação de sua Hermenêutica do Direito, com foco na ideia da integridade do Direito e a responsabilidade dos juízes em fundamentar suas decisões:

Lênio Streck baseia-se na ideia de integridade do Direito concebida por Ronald Dworkin (ideia de direito como um todo), que consiste na responsabilidade dos juízes perante a sociedade, devido ao fato de que o Estado Democrático de Direito tensiona as relações entre os poderes na direção da jurisdição. Dessa forma, Streck rompe com a tradição hermenêutica ao afastar as posturas objetivistas, como a vontade da lei, ao conceber o ato de aplicação do Direito como atribuição de sentido ao texto (Sinngebung), ao invés de ser um procedimento de extração de sentido do texto (Auslegung). (SILVA, 2017, p. 271).

O trecho destaca a relação entre a responsabilidade política dos juízes e o dever de fundamentação, conforme apontado por Silva (2017). A responsabilidade política dos juízes é associada ao dever de fundamentar suas decisões, evidenciando a importância desse processo no contexto jurídico. O artigo 93 da Constituição de 1988 é mencionado como um elemento que poderia contribuir para superar a discricionariedade, rompendo com estruturas solipsistas baseadas unicamente na vontade do sujeito.

A discussão sobre ativismo judicial é introduzida, indicando que essa prática foi importada da experiência americana. Contrariamente à crença comum de que o ativismo judicial é sempre positivo, os autores (Rossdeutscher e Salomão, 2022) argumentam que essa importação foi feita de forma descontextualizada da realidade americana. Além disso, apontam que o ativismo judicial contribui para acentuar o decisionismo presente no judiciário brasileiro, sugerindo que nem sempre essa prática

é benéfica.

A ideia de importação de práticas exteriores para o campo do direito no Brasil é abordada de maneira mais ampla, destacando a apostila no protagonismo judicial e a postura de que o sujeito se basta por si mesmo como características comuns a essas importações. Isso implica uma reflexão crítica sobre como essas práticas estrangeiras são incorporadas ao contexto jurídico brasileiro e como podem influenciar o sistema judiciário e suas dinâmicas.

Em outras palavras, esse sujeito é alguém que vai decidir, sem levar em conta a estrutura histórica do direito, a jurisprudência, os códigos normativos, enfim, não considerará o ordenamento jurídico e decidirá inclusive parcialmente, a partir de suas vivências pessoais, de seus valores e de sua consciência moral pensante, sendo, então, um sujeito de caráter solipsista (STRECK, 2013). tem-se, como exemplo disso, o novo Código de Processo Civil Brasileiro, que admitia, em sua versão apresentada no Senado, o livre convencimento judicial, que nada mais é do que uma reprise da solução do problema do solipsismo. Ou seja, há que se dar conta de que é impossível fazer direito sem paradigmas filosóficos (ROSSDEUTSCHER e SALOMÃO, 2022, p. 6).

O texto destaca que, de acordo com Souza e Pinheiro (2020), o ativismo judicial no Brasil pode ser interpretado como resultado da adoção de uma teoria de interpretação constitucional não originalista. Essa postura estaria associada a uma maior e mais intensa participação do judiciário na busca pela concretização dos fins constitucionais, resultando em uma interferência mais pronunciada nos poderes legislativo e executivo.

Rossdeutscher e Salomão (2022) afirmam que o ativismo judicial foi importado da experiência americana, e embora o senso comum possa acreditar que o ativismo judicial é sempre positivo, isto não é verdadeiro, uma vez que ele foi outra proposta importada de forma descontextualizada da realidade americana, acirrando ainda mais o decisionismo presente no judiciário brasileiro. De forma geral consideram que esta importação de práticas exteriores para o campo do direito no Brasil tem como característica em comum uma apostila no protagonismo judicial e a postura de que o sujeito se basta por si mesmo.

Portanto, Silva (2017) comprehende a judicialização da política como uma questão social que se deriva de fatos alheios à jurisdição, apresentando como ponto de partida um incremento ao reconhecimento de direitos pela percepção da existência de uma ineficiência do Estado em instituir estes direitos, que tem como reflexo o aumento do número de litígios.

Dworkin defende que a teoria do Direito deve guardar estreita relação com a prática jurídica, portanto, uma teoria constitucional adequada deveria se mostrar

adequada à prática jurídica no Brasil. Neste sentido, Souza e Pinheiro (2020) consideram que em novas democracias é observado maior objetividade, cabendo ao Judiciário atuar como elemento de estabilização institucional, o que implica em um constante trabalho de interpretação constitucional.

Isto poderia explicar o porquê de Países como os Estados Unidos e a Alemanha não terem observado problemas como resultado de uma maior intervenção do Judiciário na esfera política, enquanto isto vem sendo observado no Brasil. Para Souza e Pinheiro (2020) é necessária uma discussão acerca do papel que cabe à Suprema Corte neste sentido, se o ideal seria uma postura construtiva e ativa visando a construção de direitos e consolidação da democracia, ou então se o seu papel deveria ser o de promover a estabilização ao contrabalancear a atuação do Executivo e do Legislativo.

A necessidade de uma discussão sobre o papel da Suprema Corte é ressaltada por Souza e Pinheiro (2020), questionando se ela deveria adotar uma postura construtiva e ativa na construção de direitos e consolidação da democracia ou se seu papel deveria ser o de promover a estabilização ao contrabalancear a atuação dos poderes Executivo e Legislativo. Essa reflexão aponta para a complexidade do papel do Judiciário em sistemas democráticos em formação.

A tese de Epstein é a de que os tribunais, em conjunto com legisladores e governantes, têm um papel na afirmação (establishment) e manutenção de democracias constitucionais. Nada surpreendente nesse ponto inicial. O interessante da tese, no entanto, é a afirmação de que a função dos tribunais nesse “jogo democrático” é a de estabilização política (SOUZA; PINHEIRO, 2020, p.548).

Talvez esta nem precisasse ser a questão se fossem respeitados os pilares da coerência e integridade defendidos por Dworkin em relação ao texto legal, pois uma vez que estas noções fossem respeitadas pelos operadores do Direito, serviriam para identificar os limites da atuação do juiz, permitindo inclusive identificar quando a judicialização da política, quanto fenômeno passivo, estaria se tornando ativismo judicial, enquanto fenômeno ativo. Ou seja, a filosofia de Dworkin seria fundamental para deslegitimar o solipsismo judicial ao conferir razoabilidade e racionalidade à atuação dos juízes (ROSSDEUTSCHER; SALOMÃO, 2022).

Nesse contexto, há uma clara diferença entre ativismo e judicialização. O ativismo é a vulgata da judicialização, é behaviorista, comportamentalista, e se dá quando o juiz se substitui aos juízos éticos, morais, econômicos, etc, que são do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. A judicialização, por sua vez, é contingente, e acaba acontecendo naturalmente, em qualquer localidade e em meio às mais variadas situações. O problema é saber qual é

a fronteira entre os dois (ROSSDEUTSCHER; SALOMÃO, 2022, p.7).

Rosário e Menezes (2019) destacam que os juristas frequentemente lidam com problemas que não são estritamente técnicos, sendo exemplos os casos difíceis, conforme concebidos por Dworkin. Essas situações testam os limites da atuação dos juízes, e a questão central não é se os juízes que criam regras estão agindo de maneira imprópria, mas até que ponto a justificativa para o poder dos juízes em relação aos casos fáceis pode ser estendida para os casos difíceis.

Rosário e Menezes (2019) partem da consideração de que em alguns momentos os juristas lidam com problemas que não são técnicos, em relação aos quais não há consenso sobre a melhor forma de se proceder, os casos difíceis segundo Dworkin, sendo exemplo de situações que testam os limites da atuação dos juízes. Portanto, o que está em questão não é a percepção de que os juízes que criam novas regras estariam agindo de maneira imprópria, mas até que ponto a justificativa para o poder dos juízes em relação aos casos fáceis pode ser estendida para os casos difíceis. “A questão, no fundo, é pela justificativa para o uso do poder” (ROSÁRIO e MENEZES, 2019).

Ou como expõem Andrade e Brasil (2018), embora os casos difíceis exijam do juiz o que chamam de “atividade criativa”, ou seja, o ativismo em algum grau, o juiz nunca deve perder de vista o entendimento do Direito como integridade, pois do contrário estaria aberto o caminho para o ativismo judicial. Dworkin (2002) relaciona o ativismo a um meio espúrio de pragmatismo jurídico, pelo qual o jurista acaba confrontando a Constituição, decisões anteriores e as tradições jurídicas e políticas, e inclusive pode passar a até mesmo a impor seu ponto de vista em relação a outros poderes. Ora, e uma vez que o juiz se apoia na coerência e integridade em todas as suas ações, seria muito difícil para alguém colocar em xeque a sua justificativa para a tomada de uma determinada atuação em relação a um caso difícil.

De acordo com Dworkin (2001) o positivismo não representa uma boa explicação para esta questão da justificativa para o uso do poder, fazendo com que no fim das contas, reste apenas a discricionariedade para o uso do poder, sem qualquer justificativa minimamente razoável. O considerar que o positivismo é um “modelo de” e um “modelo para” um sistema de regras, sendo que sua noção central de um único teste fundamental para os direitos força as pessoas a ignorar os importantes papéis desempenhados por padrões que não são regras.

Além disso, Dworkin (2001) considera que mesmo quando inexiste alguma

regra a regular um determinado caso, isto não isenta o juiz de descobrir quais são os direitos das partes, o que não significa que com isso o juiz estaria inventando retroativamente novos direitos, apenas realizando direitos veiculados fora dos padrões das regras, o que chama de questões de princípio, com base na hermenêutica.

Como exemplo, Rosário e Menezes (2019) menciona o caso do julgamento da ADPF 186, uma vez que embora a decisão em favor da ação afirmativa seja inédita, se encontra fundamentada no direito à igualdade, lhe conferindo novo significado, o que permite fazer uma distinção entre o que são argumentos de princípios e argumentos meramente políticos.

Andrade e Brasil (2018) enfatizam que, embora os casos difíceis exijam do juiz uma "atividade criativa" e, em algum grau, ativismo, é essencial que o juiz mantenha a compreensão do Direito como integridade. Perder essa perspectiva abriria caminho para o ativismo judicial, o qual Dworkin (2002) relaciona a um meio espúrio de pragmatismo jurídico. Esse tipo de ativismo pode envolver o confronto com a Constituição, decisões anteriores, tradições jurídicas e políticas, chegando ao ponto de impor seu ponto de vista em relação a outros poderes.

Dworkin (2001) argumenta que o positivismo não fornece uma boa explicação para a justificativa do uso do poder, deixando apenas a discricionariedade sem uma justificativa razoável. Ele critica o positivismo ao considerá-lo um "modelo de" e um "modelo para" um sistema de regras, ignorando o papel crucial desempenhado por padrões que não são regras. Além disso, Dworkin destaca que, mesmo na ausência de uma regra específica para um caso, o juiz ainda deve descobrir os direitos das partes, o que implica a aplicação de princípios, chamados de "questões de princípio", com base na hermenêutica.

Um exemplo mencionado por Rosário e Menezes (2019) é o julgamento da ADPF 186. Apesar de ser uma decisão inédita em favor de uma ação afirmativa, ela é fundamentada no direito à igualdade, conferindo-lhe um novo significado. Esse exemplo ilustra a distinção entre argumentos baseados em princípios e argumentos meramente políticos.

Apesar de ultrapassar as funções típicas do Judiciário vê-se muitas vantagens nas condutas ativistas, principalmente quando a decisão tem efeitos vinculantes e eficácia erga omnes como as exaradas em controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Tanto é que tais decisões são aplaudidas pela sociedade quando emanam comandos que efetivam direitos fundamentais, como for a decisão da ADI 4277 e da ADPF 132 que reconheceu a União Estável entre os homoafetivos (ANDRADE e BRASIL, 2018, p. 3290).

Rossdeutscher e Salomão (2022) destacam a importância da autonomia do Direito e defendem que o Direito não pode ser corrigido por subjetivismo. Segundo eles, argumentos morais e filosóficos não devem ter espaço, pois o Direito possui sua própria autonomia. Além disso, salientam que o juiz não deve basear suas decisões em critérios morais, econômicos ou políticos para se afastar do sistema jurídico. Essa abordagem destaca a importância do método hermenêutico na interpretação do Direito, onde a compreensão profunda e contextualizada das normas é essencial para alcançar decisões jurídicas justificáveis e consistentes.

5.2 A Lei como integridade atemporal no edifício teórico de Dworkin

A teoria da "Lei como Integridade" é um dos pilares do edifício teórico construído por Ronald Dworkin, renomado filósofo do direito. Nessa perspectiva, Dworkin propõe uma abordagem alternativa à interpretação jurídica, na qual a lei é vista como um sistema coerente de princípios e direitos que devem ser interpretados e aplicados de forma a preservar sua integridade ao longo do tempo.

Para Dworkin, a integridade da lei não se limita à simples aplicação de regras ou precedentes, mas envolve uma análise cuidadosa dos princípios fundamentais subjacentes ao ordenamento jurídico. Esses princípios são derivados não apenas das fontes formais do direito, como estatutos e precedentes judiciais, mas também dos valores morais e políticos que fundamentam a ordem jurídica de uma sociedade.

Ao contrário da visão positivista, que enfatiza a distinção entre o direito e a moral, Dworkin argumenta que o direito não pode ser compreendido de forma isolada dos princípios éticos que o sustentam. Assim, a interpretação jurídica deve levar em conta não apenas o texto da lei, mas também sua coerência interna com os princípios mais amplos da justiça e da equidade.

Na concepção de Dworkin, a integridade da lei é atemporal, o que significa que os princípios jurídicos devem ser interpretados de maneira consistente ao longo do tempo, mesmo diante de mudanças nas circunstâncias sociais e culturais. Isso não implica uma rigidez inflexível, mas sim uma abordagem interpretativa que reconhece a evolução gradual do direito em resposta às demandas da justiça e da equidade.

Dworkin defende que os juízes têm um papel central na preservação da

integridade da lei, pois são responsáveis por interpretar e aplicar os princípios jurídicos de forma coerente e consistente. Em sua visão, os juízes não são meros aplicadores da lei, mas sim intérpretes que devem buscar a melhor interpretação possível dos princípios jurídicos em cada caso concreto.

Assim, a teoria da "Lei como Integridade" de Dworkin oferece uma abordagem abrangente e profundamente moral da interpretação jurídica, que reconhece a complexidade e a profundidade do direito como um sistema de princípios que buscam promover a justiça e a equidade em uma sociedade em constante evolução.

Existe um motivo importante para a guinada interpretativa de Dworkin, esse motivo é a necessidade de traçar ligações coerentes entre passado, presente e futuro. Evidentemente, as circunstâncias mudam e não é possível preservar a unidade ou continuidade da lei sem esses vínculos. É por isso que, como vimos, Dworkin rejeita convenções puramente voltadas para o passado e rejeita o pragmatismo simplesmente voltado para o futuro.

Além disso, tais ligações não podem ser estabelecidas e mantidas por aplicações mecânicas dos princípios relevantes. O que é preciso é a construção de uma narrativa que busque captar identidade e continuidade em um fluxo contínuo de mudanças. O desafio para alguém como o autor, que busca dar conta da unidade e continuidade da lei em tempos de mudança, é análogo àquele que confronta o indivíduo no contexto da distinção demonstrado por (CARVALHO, 2021, p. 34).

A teoria da integridade atemporal, desenvolvida por Ronald Dworkin, representa uma abordagem complexa e profunda no campo da filosofia jurídica. Dworkin, propõe um modelo de interpretação que busca manter a coerência e a integridade ao longo do tempo, desafiando as concepções tradicionais de positivismo jurídico.

A integridade atemporal de Dworkin parte da premissa de que o direito é um fenômeno interpretativo, onde os juízes não apenas aplicam regras pré-existentes, mas também desenvolvem e moldam o direito em resposta aos desafios apresentados pela sociedade. Nesse contexto, a integridade refere-se à coerência sistemática do sistema jurídico como um todo.

Diferentemente do positivismo, que enfatiza a autoridade das normas escritas e a separação estrita entre direito e moral, Dworkin argumenta que o direito não pode ser entendido apenas como um conjunto de regras isoladas. Em vez disso, ele destaca a importância dos princípios e valores subjacentes que dão sentido e direção ao

sistema jurídico. Na integridade atemporal, Dworkin sugere que os juízes devem buscar uma interpretação que mantenha a coerência com os princípios fundamentais do direito ao longo do tempo. Isso implica uma abordagem mais holística e contextualizada, levando em consideração não apenas as regras específicas, mas também a filosofia subjacente que orienta o sistema jurídico.

Um exemplo ilustrativo desse conceito pode ser encontrado na jurisprudência constitucional, onde Dworkin argumenta que as decisões devem ser tomadas com base em uma compreensão mais profunda dos princípios fundamentais contidos na Constituição, em vez de uma aplicação mecânica de regras. No edifício teórico de Ronald Dworkin, a integridade atemporal assume um papel central na compreensão do direito e da justiça. Ela se configura como um princípio fundamental que orienta a aplicação e a interpretação das leis, transcendendo as contingências do tempo e do espaço.

Acima de tudo, a integridade atemporal busca alcançar a justiça em cada caso concreto. As leis e decisões jurídicas devem ser interpretadas de forma a garantir a justiça para todos os indivíduos, independentemente de suas características ou posição social. A teoria da integridade atemporal de Dworkin não está isenta de críticas. Alguns argumentam que ela é excessivamente idealista e difícil de aplicar na prática. Outros questionam a sua capacidade de lidar com as contradições e ambiguidades presentes no direito.

A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe v. Wade*, que legalizou o aborto em todo o país, foi baseada em parte no princípio da integridade atemporal. A Corte argumentou que a criminalização do aborto violava o direito fundamental à privacidade das mulheres. A decisão do Tribunal Constitucional da África do Sul no caso *Grootboom v. Oosthuizen*, que concedeu o direito à moradia digna a todos os cidadãos, também foi baseada no princípio da integridade atemporal. O Tribunal argumentou que o direito à moradia digna era um direito fundamental que não podia ser negado a ninguém.

A teoria da "Lei como Integridade" é central no edifício teórico de Ronald Dworkin. Ele desenvolveu essa abordagem ao direito como uma alternativa à visão positivista tradicional, que tende a ver a lei como simplesmente um conjunto de regras ou comandos emitidos por uma autoridade soberana. Para Dworkin, a lei é mais do que apenas um conjunto de regras; ela inclui princípios, políticas e valores que guiam e moldam o sistema jurídico como um todo. A "Lei como Integridade" sustenta que os

juízes devem interpretar a lei de maneira a garantir sua integridade como um sistema coerente de princípios morais e políticos.

Em sua abordagem, Dworkin enfatiza a importância dos princípios como fundamentais para a interpretação e aplicação da lei. Os princípios são normas que expressam ideais morais e políticos, como justiça, liberdade e igualdade, e fornecem diretrizes para a tomada de decisões jurídicas. Para Dworkin, os princípios são tão vinculativos quanto às regras e devem ser considerados pelos juízes ao resolver casos.

Além disso, Dworkin argumenta que o direito tem uma dimensão atemporal. Isso significa que a interpretação da lei não deve se limitar ao texto literal das regras ou às intenções históricas dos legisladores, mas deve levar em conta os princípios e valores subjacentes que sustentam o sistema jurídico em sua totalidade. Para Dworkin, os juízes devem buscar uma interpretação que seja consistente com a "melhor justificação moral" para o direito em questão, mesmo que isso signifique divergir das decisões passadas ou das expectativas convencionais.

Portanto, na visão de Dworkin, a lei como integridade transcende o tempo e exige uma abordagem interpretativa que leve em conta não apenas o contexto histórico imediato, mas também os princípios morais e políticos fundamentais que informam o sistema jurídico como um todo.

Para Dworkin, o direito não se resume a um conjunto de regras e normas positivadas, mas sim a um sistema coeso de princípios e valores que busca a coerência e a justiça. A integridade atemporal se manifesta na busca por uma interpretação das leis que seja consistente com esses princípios, independentemente do contexto histórico em que foram criadas. Dworkin argumenta que o direito deve ser interpretado de forma coerente, como se fosse um todo unificado. As leis e decisões jurídicas devem se harmonizar entre si, formando uma "teia de princípios" que guia a tomada de decisões.

A integridade atemporal implica que a interpretação das leis não deve ser limitada pelo contexto histórico em que foram criadas. Os princípios jurídicos possuem um valor universal e atemporal, transcendendo as contingências do tempo e do espaço. Apesar das críticas, a integridade atemporal continua sendo um princípio fundamental na teoria jurídica de Dworkin. Ela oferece um poderoso instrumento para a interpretação das leis e a busca pela justiça.

De acordo com Dworkin, os juízes devem interpretar e aplicar a lei de forma a preservar a integridade do sistema jurídico como um todo. Isso implica que eles devem considerar não apenas regras explícitas, mas também os princípios subjacentes que dão sentido e coerência ao sistema jurídico. Dworkin argumenta que os juízes devem buscar uma interpretação que melhor se alinhe com a moralidade e os princípios fundamentais do sistema jurídico.

A ideia de integridade implica que o direito forma uma unidade coerente e que os casos devem ser decididos de forma consistente com os princípios subjacentes desse sistema. Dworkin rejeita a ideia de que os juízes devem simplesmente aplicar regras predefinidas ou seguir a intenção legislativa sem considerar o contexto mais amplo do sistema jurídico.

5.3 Dworkin e o ativismo judicial

Ronald Dworkin, renomado filósofo do direito, aborda a questão do ativismo judicial dentro de uma perspectiva que valoriza a integridade da lei e a interpretação judiciária como um processo complexo e profundamente moral. Para Dworkin, o ativismo judicial não é necessariamente negativo, desde que os juízes se empenhem em preservar a coerência e a justiça do ordenamento jurídico.

Dworkin reconhece que, em certas circunstâncias, os tribunais podem e devem desempenhar um papel ativo na proteção dos direitos individuais e na promoção da justiça social. Isso pode envolver a interpretação expansiva dos princípios constitucionais ou a revisão de leis que violam direitos fundamentais. No entanto, Dworkin argumenta que esse ativismo judicial deve ser exercido com prudência e responsabilidade, de modo a preservar a integridade da lei e o equilíbrio entre os poderes do Estado.

Para Dworkin, o papel dos juízes não é apenas aplicar mecanicamente as regras estabelecidas, mas sim interpretar os princípios jurídicos de forma a promover a coerência e a justiça dentro do sistema jurídico como um todo. Isso significa que os juízes devem buscar a melhor interpretação possível dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais em cada caso concreto, levando em conta não apenas o texto da lei, mas também seus objetivos e propósitos subjacentes.

Dworkin critica a visão estreita do ativismo judicial como uma interferência

indevida na esfera legislativa, argumentando que os tribunais têm o dever de corrigir injustiças e proteger os direitos fundamentais quando o legislador falha em fazê-lo. No entanto, ele também adverte contra o perigo de os juízes se tornarem legisladores de fato, substituindo sua própria visão pessoal pela vontade do legislador.

Assim, a perspectiva de Dworkin sobre o ativismo judicial é complexa e matizada. Ele reconhece o potencial dos tribunais para promover a justiça e proteger os direitos individuais, mas também enfatiza a importância de os juízes agirem com moderação e respeitarem os limites de sua autoridade. Em última análise, para Dworkin, o ativismo judicial só é legítimo quando está em consonância com os princípios fundamentais da justiça e da integridade da lei.

A base filosófica de Ronald Dworkin, centrada na abordagem do "direito como integridade", estabelece um contexto importante para a compreensão de sua visão sobre o ativismo judicial. Dworkin, influenciado por uma perspectiva liberal igualitária, construiu uma teoria geral do direito que destaca a importância da integridade e busca uma interpretação fiel dos princípios derivados de precedentes e da tradição legislativa ao longo do tempo. Sua abordagem visa criar uma rede coerente de princípios que orientam as decisões judiciais, restringindo a discricionariedade política na criação de novos direitos.

Essa perspectiva de Dworkin implica uma compreensão metafísica e ontológica das questões jurídicas, demandando uma sólida base filosófica para sua apreciação. Além disso, sua abordagem hermenêutica, inspirada na leitura da literatura, enfatiza a importância da interpretação contextual e axiológica das questões jurídicas. Essa interpretação vai além de uma análise superficial, incorporando elementos de contexto e valores na busca por uma compreensão mais profunda e significativa do direito (DWORKIN, 2011, p. 324).

Judicialização e ativismo judicial são parentes próximos. Então eles vêm da mesma família, costumam frequentar os mesmos lugares, mas vêm de origens diferentes. A rigor, eles não surgem da mesma causa imediata. No contexto brasileiro, a judicialização é um fato, uma situação decorrente do modelo constitucional adotado, e não um exercício deliberado de vontade política.

Ronald Dworkin foi um renomado filósofo do direito que abordou extensivamente o conceito de ativismo judicial em seus trabalhos. Dworkin é

frequentemente associado à teoria do direito como integridade, que sugere que os juízes devem decidir casos com base em princípios morais e políticos que são coerentes com o sistema jurídico como um todo.

Para Dworkin, o papel do juiz não é apenas aplicar a lei existente de forma mecânica, mas sim interpretá-la à luz dos princípios morais e políticos subjacentes ao sistema jurídico. Ele argumentou que os juízes têm uma responsabilidade moral de buscar a justiça nas decisões judiciais, mesmo que isso signifique ir além do texto literal da lei ou das decisões precedentes.

Dentro desse contexto, o ativismo judicial pode ser visto de maneiras diferentes. Por um lado, alguns críticos interpretam o enfoque de Dworkin como uma forma de ativismo judicial, argumentando que ele defende uma abordagem em que os juízes têm uma ampla margem de interpretação para moldar o direito de acordo com seus próprios valores e convicções.

Por outro lado, Dworkin rejeitou a ideia de que seu trabalho apoia o ativismo judicial no sentido pejorativo do termo. Ele sustentava que os juízes devem respeitar os limites institucionais e procedimentais do sistema jurídico, buscando sempre uma interpretação que seja consistente com os princípios fundamentais do direito. Portanto, para Dworkin, o ativismo judicial não é simplesmente uma questão de os juízes fazerem o que querem, mas sim de interpretar e aplicar o direito de uma maneira que promova a justiça e a integridade do sistema jurídico como um todo.

Se as normas constitucionais permitem inferir pretensões subjetivas ou objetivas, cabe ao juiz conhecer e decidir a questão. Já o ativismo judicial é uma atitude de escolha de uma forma específica e proativa de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido e alcance. Geralmente ocorre quando o poder legislativo é retirado, seja devido a fatores como crises políticas, desconexão entre a classe política e a sociedade civil, ou incapacidade de atender às necessidades sociais de forma adequada, há uma certa desconexão entre a classe política e a sociedade civil e as necessidades sociais não podem ser atendidas com eficácia.

A ideia de ativismo judicial está associada a um envolvimento maior do judiciário na concretização dos valores e propósitos constitucionais, e maior intervenção nas esferas de atuação dos outros poderes. Dentre os riscos da judicialização política, é possível mencionar aqui alguns principais. Um deles se refere ao risco à legitimidade democrática. Os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos. Embora magistrados e tribunais não sejam batizados pela opinião

popular, eles exercem inegavelmente o poder político, inclusive o de anular as ações dos outros dois poderes. A possibilidade de um órgão não eleito, como o STF, derrubar uma decisão do Presidente da República, eleito com milhões de votos, é frequentemente vista como um desafio à supremacia da vontade majoritária na teoria constitucional.

Um outro risco se refere a politicar o judiciário. O direito é político, proclamando com ceticismo uma teoria crítica do direito, denunciando a superestrutura jurídica como instância de poder e dominação. Embora a ideia de marxismo tenha declinado em nosso tempo, não há dúvida de que, no mundo contemporâneo, não existe mais a crença na ideia positivista liberal de total objetividade da ordem e neutralidade absoluta do intérprete. Direito não é política. Só uma visão distorcida do mundo e das instituições pode fazer equações desta natureza, subordinando noções de direito e equidade à vontade de quem está no poder.

Em uma cultura pós-positivista, o direito se aproxima da ética e se torna uma ferramenta de legitimidade, justiça e realização da dignidade humana. O direito é política no sentido de que sua criação é produto da vontade da maioria, consubstanciada na Constituição e na lei, que sua aplicação não está dissociada da realidade política, de seu impacto no meio social, dos sentimentos e expectativas dos cidadãos. E que a lei não é política no sentido de reconhecer escolhas totalmente livres, preconceito ou escolha partidária.

Terceiro risco, a capacidade institucional do judiciário e suas limitações onde a maioria das democracias do mundo está organizada de acordo com a separação de poderes. As funções do Estado, como legislação (fazer leis positivas), administração (fazer cumprir as leis e fornecer serviços públicos) e julgar (aplicar as leis em caso de conflito) são atribuídas a instituições diferentes, especializadas e independentes. No entanto, o legislativo, o executivo e o judiciário exercem controle mútuo sobre as atividades uns dos outros para evitar instâncias de hegemonia que possam colocar em risco a democracia e os direitos fundamentais.

Ressalta-se que os três poderes interpretam a Constituição e suas ações devem respeitar os valores estabelecidos pela Constituição e promover seus propósitos. No atual arranjo institucional, havendo divergências na interpretação da Constituição ou de normas legais, cabe ao judiciário a decisão final. No entanto, esta primazia não significa que tudo tenha de ser decidido pelos tribunais. Tampouco legitima a arrogância judicial.

O risco de politização do judiciário, especialmente do judiciário constitucional, não pode ser totalmente eliminado. A constituição é o documento que transforma o poder constituinte em poder constitucional, ou seja, a transformação da política em direito. Essa interface entre os dois mundos confere à interpretação constitucional uma dimensão política imparável. No entanto, constitui um mandato legal. Como tal, está vinculada às normas de razoabilidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, em razão do respeito ao ensino jurídico, princípios de interpretação e precedentes. O Tribunal Constitucional não deve fechar os olhos ou ser indiferente às consequências políticas dos seus julgamentos, incluindo impedir resultados injustos ou lesar interesses comuns ou direitos fundamentais. Mas só pode atuar dentro das possibilidades e limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

A partir do desenvolvimento do presente trabalho, pôde-se realizar um estudo mais aprofundado acerca das decisões em sede de controle de constitucionalidade, principalmente com relação às inovações nas produções da Suprema Corte Brasileira, observadas a partir do advento do neoconstitucionalismo.

Dessa forma, pôde-se estabelecer que, a despeito de seu papel constitucionalmente atribuído, possuindo a palavra final quando se fala em interpretação constitucional e controle de constitucionalidade, institutos extremamente necessários para se assegurar a supremacia e garantir os direitos fundamentais. Inicialmente, pôde-se observar que o controle de constitucionalidade no Brasil, que encontra seus fundamentos nos princípios da Supremacia da Constituição e da compatibilização vertical das normas, possui suas bases nos sistemas de controle adotados mundo afora, sendo um sistema eclético que combina elementos dos sistemas americano, europeu continental e, de forma mais discreta – francês.

É importante trazer mais clareza e foco à discussão sobre a judicialização da política e a relação com a obra de Ronald Dworkin. Vou reformular e expandir o trecho para abordar esses pontos de forma mais precisa: O tipo de ativismo judicial que prevalece hoje em larga escala no Brasil não encontra respaldo na obra de Ronald Dworkin, pois sua fonte de legitimidade difere significativamente. Dworkin defendia que os juízes têm a responsabilidade de interpretar a Constituição de acordo com princípios morais e constitucionais subjacentes, mas isso não implica que eles devam substituir as instituições políticas tradicionais. Para Dworkin, os juízes devem impor apenas crenças políticas que se encaixem na interpretação geral da cultura jurídica e política da sociedade.

No contexto brasileiro, a democracia não se limita ao Poder Judiciário, que muitas vezes é criticado por sua distância da população e sua suposta elitização. A participação cidadã desempenha um papel fundamental na democracia, especialmente na proteção dos direitos humanos. A cláusula do devido processo legal assume um papel crucial, garantindo que leis e Constituições sigam procedimentos específicos antes de afetar a vida, liberdade ou propriedade dos cidadãos.

Nos Estados Unidos, onde o processo de alteração da Constituição é mais difícil, a Suprema Corte é frequentemente solicitada a interpretar seções abertas da Constituição com base nas cláusulas do devido processo legal e tratamento igualitário. No entanto, no Brasil, o processo de reforma constitucional foi simplificado, embora recentes escândalos políticos tenham afetado a confiança na classe política. Isso não justifica a ideia de que ativistas judiciais devem substituir o processo político de debate público, pois a democracia se baseia na discussão coletiva e na legitimidade das eleições regulares.

É importante notar que Dworkin faz uma distinção crucial entre princípios e diretrizes políticas. Princípios envolvem questões de justiça, equidade e devido processo legal, enquanto diretrizes políticas visam metas econômicas, políticas ou sociais. O papel dos juízes, segundo Dworkin, é aplicar princípios e, assim, contribuir para o desenvolvimento da tradição jurídica.

Para uma compreensão mais completa da relação entre Dworkin e a judicialização da política, é necessário explorar conceitos como o papel do juiz Hércules, a interpretação construtiva e a teoria hermenêutica crítica. Dworkin é representante do eixo da interpretação substantiva e defensor da atuação judicial na esfera política, mas sua visão implica em uma interpretação responsável e consistente com os princípios fundamentais da democracia e da justiça.

Dworkin defendia uma teoria de interpretação constitucional que ele chamava de "exame moral da constituição". Segundo ele, uma constituição política contém princípios morais abstratos e, portanto, deve ser interpretada de maneira a realizar esses princípios para uma compreensão mais aprofundada ou uma perspectiva mais apropriada. No sistema jurídico brasileiro, assim como nos Estados Unidos, é atribuída ao juiz a responsabilidade de interpretar a Constituição, envolvendo, portanto, o exame moral. Dworkin enfatiza que esse exame não significa uma interpretação subjetiva da lei de acordo com as idiossincrasias pessoais do juiz. Ele destaca que a moralidade nesse contexto possui uma dimensão histórica e está integrada à cultura

constitucional.

A oposição a Dworkin muitas vezes falha em compreender essa proposição dworkiniana sutil, mas crucial. Os críticos alegam que essa interpretação dá aos juízes o poder absoluto de impor suas convicções morais ao público e restringir a soberania moral do povo. No entanto, Dworkin argumenta que essas críticas se baseiam na premissa equivocada de que democracia significa necessariamente a vontade da maioria. Ele sustenta que os poderes da maioria devem ser limitados pelos direitos individuais e pelos direitos das minorias, apresentando uma abordagem constitucional da democracia.

Dworkin rejeita a "visão majoritária de democracia" e argumenta que os Estados Unidos seriam mais justos se os direitos constitucionais não estivessem sujeitos à vontade da maioria. Ele defende que os direitos individuais devem restringir os poderes da maioria, discordando da premissa majoritária. Dworkin propõe uma abordagem constitucional da democracia, destacando a importância de equilibrar os direitos individuais com a vontade da maioria.

Em relação à objeção da antidemocraticidade do controle judicial de constitucionalidade, Dworkin distingue e refuta duas formas de autocontenção judicial: a teoria céтика e a teoria da deferência. Ele argumenta que os direitos individuais devem ser levados a sério, rejeitando a ideia de que as controvérsias relacionadas a esses direitos devem ser decididas exclusivamente pelos juízes. Dworkin reconhece os riscos de conceder aos juízes o poder de contrariar a vontade popular, mas propõe mecanismos para restringir a discricionariedade dos juízes, buscando uma abordagem que evite posturas ativistas.

O conceito de integridade constitucional é central para Dworkin, que argumenta que os juízes não têm a liberdade de impor suas próprias convicções, mas devem encontrar um julgamento consistente com a estrutura da Constituição. A teoria de Dworkin é fundamentada na ideia de que a história constitucional deve ser construída em sintonia com a evolução da sociedade, resultando em um sistema jurídico mais justo e legítimo. Para Dworkin, a legitimidade do direito e da jurisdição constitucional está intrinsecamente ligada à integridade, destacando a importância de uma abordagem interpretativa que leve em consideração a coerência e a alinhamento com a moralidade e a cultura institucional.

A partir do princípio fundamental da integridade, Dworkin desenvolve a metáfora do "romance em cadeia", onde os juízes desempenham o papel de escritores

colaborativos na criação de um enredo coeso. Cada juiz contribui com um capítulo que deve harmonizar-se com os demais para dar significado à história, assemelhando-se a um romance literário. Dworkin ilustra isso com o exemplo de um juiz que, ao inferir a necessidade de socializar os meios de produção da estrutura constitucional norte-americana, estaria violando a integridade constitucional, pois essa interpretação não se alinha com a história dos Estados Unidos, prática americana e o restante da Constituição.

A distinção de Dworkin entre "argumentos de princípio" e "argumentos de política" é de igual importância. Argumentos de princípio buscam assegurar direitos, enquanto argumentos de política visam a alcançar objetivos econômicos, políticos ou sociais. Dworkin sustenta que, na tomada de decisões judiciais, apenas os "argumentos de princípio" têm lugar, excluindo os "argumentos de política". Independentemente das controvérsias doutrinárias sobre uma revisão dessa distinção, ela estabelece um limite para a atuação dos juízes, reservando ao Legislativo e ao Executivo a responsabilidade de escolher os melhores caminhos para a coletividade, enquanto os juízes ficam restritos a garantir e defender direitos individuais.

A aversão de Dworkin ao pragmatismo jurídico surge dessa perspectiva. Enquanto o pragmatismo jurídico vê o direito como um instrumento para atingir objetivos sociais, Dworkin o considera inaceitavelmente ativista. Para ele, o ativismo é uma forma de pragmatismo jurídico, onde um juiz ativista ignoraria elementos como o texto constitucional, sua história, decisões anteriores da Suprema Corte e tradições culturais para impor sua própria visão sobre o que a justiça exige. Essa postura, para Dworkin, vai contra a integridade constitucional e a separação clara entre atividade legislativa e judicial.

Dworkin rejeita de maneira categórica a ideia de que os juízes atuem como criadores arbitrários de direitos, opondo-se ao que é proposto pelo pragmatismo jurídico. Para ele, a função do juiz é declarar um direito que já existe de alguma forma, não inventar um novo ao seu bel-prazer. Na concepção de Dworkin, a adjudicação não é um exercício de discricionariedade; é, ao contrário, um esforço para oferecer respostas autênticas aos casos concretos com base em princípios reconhecidos como partes essenciais do sistema jurídico. Mesmo nos casos difíceis, nos quais o direito positivo não fornece uma resposta clara, a busca pela correção na decisão persiste.

Dworkin claramente se afastou de subjetivismos e niilismos, formas de ativismo

que ele rejeitava veementemente. Nesse contexto, a busca pela correção continua nos casos difíceis, onde a abstração é maior e o raciocínio moral é mais evidente. Se existe uma resposta correta, ou mais correta do que as demais, é responsabilidade do Judiciário encontrá-la. A teoria do direito desenvolvida por Dworkin, embora profundamente ligada à moral, também se preocupa com a segurança jurídica e a correção do direito. Um dos principais objetivos de Dworkin foi restringir o exercício ilegítimo da jurisdição, embora essas restrições sejam mais de natureza intelectual do que política ou jurídica.

De acordo com a visão de Dworkin, não há alternativa à interpretação moral do direito, já que as controvérsias constitucionais são, por natureza, questões de moralidade política. Portanto, reduzir o problema à simples pergunta de se os juízes devem ou não decidir "pela simples obediência ao 'texto' do documento" ou adotar propostas semelhantes, como sugerem os defensores da autocontenção, é inadequado. Na perspectiva de Dworkin, tais propostas são, em si mesmas, formas negativas de ativismo.

A representação da Constituição como um mero conjunto de regras independentes e historicamente limitadas é, para Dworkin, uma fachada para uma postura judicial que não reconhece nenhum princípio e se fundamenta unicamente nas convicções políticas ou morais do juiz. Esse juiz, ao adotar essa abordagem, não se sente vinculado a quaisquer restrições que normalmente surgiriam quando a Constituição é tratada como uma carta de princípios (DWORKIN, 2006, p. 206-207).

De acordo com a perspectiva de Dworkin, não há outra abordagem viável para o direito contemporâneo além de concentrar-se nos princípios jurídicos como meio de resolver e legitimar as decisões judiciais. Diferentemente das objeções de seus críticos, Dworkin enfrentou e ofereceu soluções para o problema do poder discricionário do juiz. É crucial destacar que Dworkin não se apresenta como um advogado do ativismo judicial, mas sim como um crítico da inércia que ele identificou no positivismo jurídico.

Os positivistas buscaram entender o direito de forma mecânica, separada da dimensão principiológica, o que resultou em sua incapacidade de compreender a complexidade intrínseca do direito. Por essa razão, eles não reconheceram que é possível estabelecer critérios para o exercício da jurisdição e, assim, encontrar uma solução correta para o caso concreto. No entanto, é fundamental ressaltar que isso não implica conceder ao juiz o poder de ser um ativista. Pelo contrário, representa uma tentativa de estabelecer limites ao poder jurisdicional com base em uma visão

principiológica do direito.

Para Dworkin, é incontestável que o indivíduo detém direitos morais em relação ao Estado, e quando esses direitos estão ameaçados, especialmente em questões de princípios, é responsabilidade do Judiciário protegê-los. De acordo com Dworkin, este é o papel dos juízes, mesmo que isso envolva ir de encontro à vontade da maioria. Essa é a verdadeira essência do desafio enfrentado pela jurisdição constitucional: levar os direitos a sério sem ultrapassar os limites de seu papel legítimo.

A teoria do direito como integridade de Dworkin representa uma tentativa corajosa de superar esse desafio. Portanto, Dworkin dedicou-se intensamente a evitar o risco do ativismo judicial. No entanto, ele também destaca a importância de não exagerar o perigo, reconhecendo que "o perigo das decisões erradas não repousa inteiramente do lado do excesso". Nesse sentido, a teoria dworkiniana é simultaneamente um esforço na teoria da jurisdição constitucional para garantir o respeito aos direitos individuais e uma iniciativa para minimizar os riscos associados a esse comprometimento.

Dworkin defende que os juízes devem interpretar a lei de maneira a garantir sua integridade, buscando a interpretação que melhor se alinha com os princípios fundamentais do sistema jurídico. Para ele, os juízes têm a responsabilidade de aplicar princípios morais e jurídicos subjacentes de forma consistente, mesmo quando isso exige ir além do texto explícito da lei ou das decisões anteriores dos tribunais.

No entanto, Dworkin não defende que os juízes possam fazer o que quiserem em nome da justiça ou da moralidade. Em vez disso, ele argumenta que os juízes devem se comprometer com os princípios fundamentais que dão coerência ao sistema jurídico e devem justificar suas decisões com base nessas razões.

Portanto, enquanto alguns críticos podem rotular a abordagem de Dworkin como "ativismo judicial" devido à sua ênfase na interpretação moral da lei, sua teoria é mais sofisticada do que uma simples defesa do poder judicial ilimitado. Em vez disso, ele enfatiza a importância da integridade do sistema jurídico e da justificação racional das decisões judiciais.

6 CONCLUSÃO

A judicialização política significa que algumas questões com amplas implicações políticas ou sociais são decididas pelo poder judiciário e não pelas instituições políticas tradicionais, como o poder legislativo e Executivo. A judicialização política envolve a transferência de poder para juízes e tribunais, com grandes mudanças na linguagem, argumentação e engajamento social. Existem várias razões para esse fenômeno. Algumas delas representam tendências mundiais, outras estão diretamente relacionadas aos modelos institucionais brasileiros.

Logo o trabalho concluiu que as ideias de Ronald Dworkin, puderam influenciar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do judiciário em geral de várias maneiras. Dworkin argumentava que os juízes devem interpretar a Constituição como um todo coerente, considerando os princípios subjacentes e os valores fundamentais. Isso poderia influenciar os juízes do STF a adotar uma abordagem interpretativa que buscava identificar e aplicar princípios constitucionais em vez de se limitar apenas ao texto literal.

Dworkin enfatizava a importância dos direitos fundamentais na tomada de decisões judiciais. Isso poderia levar os juízes do STF a proteger de forma mais robusta os direitos individuais e as liberdades fundamentais consagradas na Constituição brasileira. Dworkin defendia que a discricionariedade judicial deve ser exercida dentro de limites estabelecidos pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais. Isso poderia influenciar os juízes do STF a fundamentar suas decisões em argumentos jurídicos sólidos e a justificar suas escolhas de maneira transparente e coerente.

Dworkin argumenta que os precedentes jurisprudenciais deveriam ser vistos como parte da integridade do sistema jurídico e deveriam ser aplicados de forma consistente, considerando os princípios subjacentes que eles expressam. Isso poderia levar os juízes do STF a considerar os precedentes estabelecidos e a justificar qualquer desvio deles de acordo com argumentos jurídicos sólidos.

Dworkin defendia que o raciocínio jurídico não é apenas uma questão de aplicação mecânica de regras, mas também envolve considerações morais e políticas. Isso pode influenciar os juízes do STF a adotar uma abordagem mais reflexiva e contextualizada na resolução de casos difíceis, levando em consideração as implicações morais e políticas de suas decisões.

As ideias de Dworkin poderiam levar os juízes do STF e do judiciário em geral a adotar uma abordagem mais deliberativa, fundamentada em princípios constitucionais e direitos fundamentais, e a justificar suas decisões de maneira transparente e coerente dentro do contexto mais amplo do sistema jurídico.

A primeira grande causa da judicialização política foi a redemocratização do país, que culminou na promulgação da Constituição de 1988. No STF, a nomeação de uma nova geração de ministros não é mais atribuída ao governo militar. Por outro lado, o ambiente democrático resgatou a cidadania, proporcionando maior nível de informação e conscientização de direitos para grandes segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. No mesmo contexto, destaca-se a expansão institucional do Ministério Público, a crescente relevância de sua atuação fora da esfera estritamente criminal e a crescente presença da Defensoria Pública nas diversas regiões do Brasil.

A segunda razão é a constitucionalização mais abrangente, que incorpora muitos assuntos anteriormente deixados ao processo político majoritário e à legislação ordinária. É também uma tendência mundial, a começar pela Constituição Portuguesa (1976) e espanhola (1978), reforçada entre nós pela Constituição de 1988. A carta Brasileira é analítica, ambiciosa e cética em relação aos legisladores. Ademais, a constitucionalização significa transformar a política em lei. Se uma questão – seja um direito individual, um interesse nacional ou um objetivo público – é regida por uma norma constitucional, ela pode se tornar uma reivindicação legal que pode ser movida na forma de uma ação judicial.

A judicialização política e o ativismo judicial têm sido características proeminentes do cenário jurídico brasileiro nos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos diferentes. A judicialização decorre do modelo constitucional analítico adotado no Brasil e do sistema abrangente de controle constitucional, que permite a discussão das mais diversas implicações políticas e morais na forma de litígio. Vale ressaltar que a judicialização não é fruto da vontade do judiciário, mas sim dos eleitores. O ativismo judicial representa uma postura de intérprete, uma forma ativa e expansiva de interpretar a Constituição, ampliando o significado e o alcance das normas constitucionais para além do legislador comum. É um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando se mostra inerte, estagnado ou incapaz de chegar a um consenso.

Uma vez que os membros do judiciário não são eleitos, os riscos à legitimidade

democrática são reduzidos, pois os juízes e tribunais cumprem a constituição e a aplicação da lei. Eles não agem de acordo com sua própria vontade política, mas atuam como representantes indiretos da opinião pública. É verdade que, diante de disposições constitucionais abertas, ambíguas ou fluidas, como dignidade humana, eficiência ou impacto ambiental, a criatividade dos intérpretes judiciais se estende a níveis quase normativos. Mas se houver atuação do legislador, se houver lei efetiva votada pelo Congresso, implementando normas constitucionais ou tratando de assuntos de sua competência, os juízes devem aceitá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre as possibilidades razoáveis de interpretação da Constituição, deve prevalecer a escolha do legislador, pois é ele o alçado pelo voto popular.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, P. M. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica.** México: Fontamara, 1998.

ANDRADE, Mariana Dionísio; BRASIL, Clarissa. **Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos / Delimiting judicial activism: acceptions, criticisms and concepts.** Revista Quaestio Iuris. v. 11, n. 04, p. 3279,3297, dez. 2018.

APPIO, Eduardo Fernando. **O ativismo judicial na visão de Ronald Dworkin.** Revista Publicum Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018, p. 37,53. Disponível em: <http://www.e,publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>. Acesso em 26 out. 2023.

BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Rio de Janeiro, vol. 5, nº. 1, 2012, p. 23,32. Disponível em: <https://www.e,publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em 26 out. 2023.

BATISTELLA, Paula Mestre Ferreira et al. **Judicialização na saúde em município de grande porte.** Revista Mineira de Enfermagem, v. 23, p. 1,7, 2019.

BAUM, L. A. **Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BENEVENUTO, L.; OLIVEIRA, L. A.; ÁVILA, G. L.; LUCAS, D. C. **A judicialização da política Brasileira: uma análise dos desdobramentos do processo judicializador da política Brasileira nos processos de impedimento de 1992 e 2016.** Jus.com.br, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72069/a,judicializacao,da,politica,Brasileira>. Acesso em 26 out. 2023.

BILLIER, Jean,Cassien. MARYIOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito.** Barueri: Manole, 2005.

BITENCOURT, Caroline Müller; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Decisão judicial no Constitucionalismo Contemporâneo: um olhar crítico sobre o modelo do Juiz Hércules.** Revista Justiça do Direito, v. 25, n. 2, 2011. Disponível em: <https://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4004>. Acesso em 26 out. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 2. **Trata dos poderes da União.** Supremo Tribunal Federal, 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=11>. Acesso em 26 out. 2023.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses, 2012.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALDAS, Felipe Ferreira. **Democracia e revisão judicial: a doutrina de Ronald Dworkin e a jurisdição constitucional Brasileira.** RIBID , Revista Internacional de Direito Brasileira e Ibero,Americano, Ano 3, nº 3, 2014.

CALEJON, C. **Judicialização da política deverá desgastar democracia estadunidense.** UOL, 2020. Disponível em: <https://entendendobolsonaro.blogosfera.uol.com.br/2020/11/05/judicializacao,da,politica,devera,desgastar,democracia,estadunidense/>. Acesso em 26 out. 2023.

CAMPOS, C. A. A. **Escritos de Direito Constitucional e de Direito Tributário.** 1^a ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF.**

GEN, Editora Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Editora Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador , Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Portugal: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2^a ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias, Sociedade**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa,America, 1974.

CARVALHAL, A. P. **Caso Lautsi versus Itália mostra riscos de se tomar decisões políticas**. Conjur, 2015. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2015/set,26/observatorio,constitucional,corte,europeia,direitos,homem,mostra,riscos,decisoes,politicas>. Acesso em 26 out. 2023.

CARVALHO, E. R. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, no. 23, nov. 2004. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104,44782004000200011. Acesso em 26 out. 2023.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 12, p. 147,156, 1997.

CASTRO, J. V. **Jurisdição da justiça constitucional no âmbito da Europa**. Jus.com.br, 2018. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/70486/jurisdicao,da,justica,constitucional,no,ambito,da,europa>. Acesso em 26 out. 2023.

CASTRO, M. F. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 12, nº 34, 1997.

CASTRO, M. M. **Determinantes do comportamento eleitoral: a centralidade da sofisticação política.** Tese de Doutorado em Ciência Política, IUPERJ, Rio de Janeiro, 1994. Disponível em:
https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000126&pid=S0104,6276200500010000600022&lng=en. Acesso em 26 out. 2023.

CATTINI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais.** Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003.

CATTINI, Marcelo. **Devido processo legislativo.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia.** Crítica y emancipación: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, v. 1, n. 1, p. 53,76, 2008. Disponível em:
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4657030/mod_resource/content/1/Chauí%20Cultura%20e%20Democracia.pdf. Acesso em 26 out. 2023.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica.** constitucional, 1988.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

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

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jeferson Luiz Camargo. , São

Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Religion sin dios.** 1^a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, R. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELÓI, A. L. V.; TEIXEIRA, P. E. O. **Judicialização da política: o aumento das estruturas judicantes nas democracias contemporâneas e no Brasil.** Revista Eletrônica do Curso de Direito, PUC Minas Serro, n. 10, ago./dez. 2014. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8549/7334>. Acesso em 26 out. 2023.

FAIRÉN GUILLÉN, V. **Temas del ordenamiento procesal.** Madrid: Tecnos, 1969. 1 t. Disponível em:
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:livro:1969;000118580>. Acesso em 26 out. 2023.

FERNANDES, R. V. C.; BORGES, A. W. **Experiências de ativismo judicial na Europa continental.** Brasília, a. 48, n. 192, out. /dez. 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** Salvador: Juspodivm, 2014.

FERREIRA FILHO, M. G. Poder Judiciário na Constituição de 1988: **judicialização da política e politização da justiça.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 198, p. 1,17, out./dez. 1994.

FILGUEIRAS, F.; MARONA, M. C. **A corrupção, o judiciário e a cultura política no Brasil democrático.** BIASON, R. C. **Temas de corrupção política.** São Paulo: Balão Editorial, 2012, p. 99,136.

FISH, Stanley. **Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies.** 1989.

FONSECA, L.; COUTO, F. F. **Judicialização Da Política E Ativismo Judicial: Uma Diferenciação Necessária.** Revista Eletrônica Direito e Política, [S. I.], v. 13, n. 2, p. 824–854, 2018.

FREITAS, Beatriz Cristina de; FONSECA, Emílio Prado da; QUELUZ, Dagmar de Paula. **A Judicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática.** Interface,Comunicação, Saúde, Educação, v. 24, 2020.

GADAMER, Hans,Georg. **Verdade e Método.** Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARAPON, A. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness: application discourses in morality and law.** New York: State University of New York, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Factualidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.** Madrid: Trotta, 1998.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito: tradução de A. Ribeiro Mendes.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5153709/mod_resource/content/1/Ran%20Hirschl.pdf. Acesso em 26 out. 2023.

JARAMILLO, Leonardo García. Ronald Dworkin: **Una biografía intelectual.** Espanha: Trotta, 2021.

LAGES, Cíntia Garabini. **A proposta de Ronald Dworkin em “O Império do Direito”.** Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, v. 4, n. 7 e 8, jan./jun. 2001.

MARCONI, M. de A. LAKATOS, E. M. **Metodologia Científica.** 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica.** 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporânea.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KOERNER, A. **Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós,88.** Novos Estudos CEBRAP, n. 96. São Paulo, July 2013. Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101,33002013000200006&script=sci_arttext&tlang=pt>. Acesso em 26 out. 2023.

KOERNER, Andrei. **O ativismo judicial como problema intelectual e político nos Estados Unidos: uma análise crítica.** Lua Nova Revista de Cultura e Política, nº 99, São Paulo, set./dez. 2016. Disponível em:

<https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452016000300233&script=sci_arttext>. Acesso em 26 out. 2023.

KRELL, A. J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, C. A ONU e os direitos humanos. Estudos Avançados, v. 9, nº. 25, São Paulo, set./dez. 1995. Disponível em:
https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000300014. Acesso em 26 out. 2023.

LEAL, M. C. H. Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEITE, Ivan Corrêa; BASTOS, Paulo Roberto. Judicialização da saúde: aspectos legais e impactos orçamentários. Argumentum, v. 10, n. 1, p. 102,117, 2018.

LEITES, I. Controle de constitucionalidade no Brasil: as formas de controle de constitucionalidade, ADIN, ADC, ADPF. Direito.net, 2008. Disponível em:
<https://www.direitonet.com.br>. Acesso em 26 out. 2023.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. O direito no século XIX. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 8, p. 161,207, 1900. Disponível em:
<https://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/view/64987/67599>. Acesso em 26 out. 2023.

LYRA FILHO, R. Por que estudar Direito, hoje? Brasília, Nair, 1984.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a Análise Econômica do Direito: Da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. Capítulo para a obra Trinta Anos de

Brasil: Diálogos entre Direito e Economia, no prelo pela Editora Saraiva (publicação

em 2010).

MACHADO, Jaona de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro, 2008.

MACIEL, A. F. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade.**

Brasília, a. 43, n. 172, out./dez. 2006. Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id_93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1. Acesso em 26 out. 2023.

MACIEL, D. A.; KOERNER, A. **Sentidos da judicialização da política: duas análises.** Mestrado, Brasília, UnB, 2002.

MANSUR, S. L. **O fenômeno da judicialização na sociedade contemporânea: breves apontamentos sobre o termo "judicialização", frequentemente citado em informativos do STF e STJ.** 2016. Disponível em:

<https://samealuz.jusBrasil.com.br/artigos/389418859/o,fenomeno,da,judicializacao,na,sociedade,contemporanea>. Acesso em 26 out. 2023.

MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy.** In: PEIXINHO, MM; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, F. Os princípios da constituição de, 1988.

MARRAFON, M. A. **Hermenêutica e Sistema Constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido.** Florianópolis: Habitus, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Pode o STF legislar?.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 02 Out. 2008. Disponível em:
<https://www.investidura.com.br/biblioteca,juridica/artigos/direito,constitucional/1164,po de,o,stf,legislar>. Acesso em 26 out. 2023.

MATTJE, W. Corte Warren: **símbolo do ativismo judicial nos Estados Unidos.**

Jus.com.br, 2018. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/64869/corte,warren,símbolo,do,ativismo,judicial,nos,estados,unidos>. Acesso em 26 out. 2023.

MEDEIROS, A. Judicialização ou ativismo judicial? Entenda a diferença!

Politize, 2016. Disponível em:

<https://www.politize.com.br/judicializacao,e,ativismo,judicial/#:~:text=O%20ativismo%20judicial%20%C3%A9%20uma,seu%20sentido%20e%20seu%20alcance>. Acesso em 26 out. 2023.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2^a ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006. 385p.

MINDA, Gary. **Legal movements: law and jurisprudence at century's end**. New York: New York University Press, 1995.

MONTEIRO, J. R. **Ativismo judicial: um caminho para concretização dos direitos fundamentais**. Estado de Direito e Ativismo judicial. José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MOURA, M. S. **Judicialização das relações sociais no Brasil do século XXI: aspectos práticos da democratização do acesso à justiça e ao direito**. RJurFA7, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 69,83, jan./jun. 2016. Disponível em:
<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/download/41/31/>. Acesso em 26 out. 2023.

NEAL, Tate C.; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. In: **The Global Expansion of Judicial Power**, ed. Tate Neal and Vallinder. Torbjörn. New York: New York University Press, 1995.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NUNES JUNIOR, A. T. **Ativismo judicial no Brasil: O caso da fidelidade**

partidária. Ano 51, Número 201, jan./ mar. 2014. Disponível em:
https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p97.pdf. Acesso em 26 out. 2023.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade.** In: CATTINI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Normas de apresentação tabular.** 3. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 1993. Disponível em:
<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/monografias/GEBIS%20,%20RJ/normastabular.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2020.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional Descomplicado.** 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2012.

PESSANHA, C. **O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições Brasileiras – teoria e prática.** In: VIANNA, Wernneck. Democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

POGREBINSCHI, T. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard A. **A Problemática da teoria moral e jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law.** New York: Aspen Publishers, 2007.

POSNER, Richard Allen. **Some uses and abuses of economics in law.** The University of Chicago Law Review, v. 46, nº 02, 1979.

POSNER, Richard Allen. **Frontiers of legal theory.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

POSNER, Richard Allen. **Para além do Direito.** Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard Allen. **Wealth maximization revisited.** Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy. v. 02, 1985.

POSNER, Richard Allen. **The ethical and political bias of the efficiency norm in common law adjudication.** Hofstra Law Review, v. 8, 1980.

POSNER, Richard Allen. **The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman.** The Journal of Legal Studies, v. 09, 1980.

POSNER, Richard Allen. **The law and economics movement.** The American Economic Review, v. 77, nº 2, mai. 1987.

POSNER, Richard Allen. **How judges think.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard Allen. **Legal pragmatism. In Metaphilosophy.** Oxford, Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd. v. 35, jan. 2004.

RAMOS, P. R. B.; OLIVEIRA JR, J. F. de. **Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte Brasileira.** Ano 51, Número 204, out./ dez. 2014. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509926/001032251.pdf?sequence=1>. Acesso em 26 out. 2023.

RAZ, Joseph. **Legal principles and the limits of Law**. Yale Law Journal, New Haven, n. 823, 1972.

REALE, Giovanni. **História da filosofia: filosofia pagã antiga, v. 1**. Giovanni Reale. Dario Antiseri. São Paulo: Paulus, 2003.

REALE, Giovanni e Antiseri, Darlo. **História da filosofia, v. 7: de Freud a atualidade**. [tradução Ivo Storniolo]. São Paulo: Paulus, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

REALE, Giovanni. **História da filosofia, 6: de Nietzsche a Escola de Frankfurt 1**. Reale, D. Antiseri. São Paulo: Paulus, 2006.

REGO, C. **Do fenômeno da judicialização**. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a33b11cfa5f7f31>. Acesso em 26 out. 2023.

RIBEIRO, D. V. H. **Judicialização e desjudicialização, entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário**. Revista de Informação Legislativa, Ano 50, Número 199, jul./set. 2013.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. **Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico**. Revista Direito GV, v. 15, 2019.

Ribeiro, Letícia; Ribeiro, Beatriz; Freitas, Sérgio Henrique Zandona. **Função Legislativa E A Legística: A Efetividade Do Processo Legislativo E A Judicialização Da Política**. Meritum, Revista De Direito Da Universidade Fumec, 2022.

RIBEIRO, K. D.; VIDAL, J. P. **Uma análise da produção acadêmica sobre a evolução do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.** Cadernos Ibero,Americanos de Direito Sanitário, [S. I.], v. 7, n. 2, p. 239–261, 2018.

RICART, Murillo; SANTOS, Polliana Fernandes da Silva; PEDRON, Flavio Quinaud. **De que maneira o direito assemelha-se à literatura e à interpretação construtiva do Direito? REJUR , Revista Jurídica da UFERSA Mossoró**, v. 3, n. 5, jan./jun. 2019, p. 133,144.

RODRIGUES, L. B. **A corte suprema e o direito constitucional americano.** 2 ed., Rio de Janeiro: Cultura Brasileira, 1992.

Rosário, Luana Paixão Dantas; Menezes, Fernando Leal. **Análise Da Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental–Adpf–186 À Luz Da Hermenêutica Fenomenológica E Do Ativismo Judicial.** Dom Helder Revista De Direito, V. 2, N. 3, P. 129,163, 2019.

Rossdeutscher, Paulo Rossano; Salomão, Kátia R. **O Ativismo Judicial E A Necessidade De Critérios Para A Distinção Entre Discricionarismo, Decisionismo E Ativismo: Uma Possível Crítica À Produção De Precedentes E De Normas Em Abstrato.** Revista Brasileira de Educação e Inovação da Univel (REBEIS), v. 1, n. 2, 2022.

SAMPAIO JÚNIOR, R. B. **Da liberdade ao controle: os riscos do novo direito civil Brasileiro. Belo Horizonte.** Puc Minas Virtual, 2009.

SANTOS, B. **Direito e democracia: a reforma global da justiça.** Porto: Afrontamento, 2001.

SANTOS, L. S. **O pensamento de Gustav Radbruch e a influência do jusnaturalismo no constitucionalismo moderno.** Jus.com.br. 2019. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/75717/o,pensamento,de,gustav,radbruch,e,a,influencia,d,o,j usnaturalismo,no,constitutionalismo,moderno>. Acesso em 26 out. 2023.

SANTOS, Lenir. **Judicialização da saúde: as teses do STF.** Saúde em Debate, v. 45, p. 807,818, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A judicialização da política.** Jornal Público, v. 26, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito,objeto.** Seqüência: estudos jurídicos e políticos, v. 28, n. 54, p. 29,46, 2007. Disponível em:<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2521149.pdf>.

SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Coordenadores. Rio de Janeiro. Lumen Júris. 2007.

SCHEIFER, C. E.; MANDALOZZO, S. S. N.; CAMPAGNOLI, A. F. P. F. **Judicialização da política no Brasil: o Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais.** Revista de Direito Brasileira, São Paulo, v. 14, n. 6, p. 158,172, mai./ ago. 2016. Disponível em:
<https://core.ac.uk/download/pdf/210567995.pdf>. Acesso em 26 out. 2023.

SCRUTON, Roger. **Pensadores da nova esquerda.** Tradução de Felipe Garrafiel Pimentel. São Paulo. Érealizações editora. 2014.

SILVA, Otávio Santiago Gomes da. **Judicialização da política e backlash legislativo no Brasil: uma análise do reconhecimento judicial da união homoafetiva (2011,2018).** 2018. 125 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) , Programa de Pós,Graduação em Ciência Política. Instituto de Filosofia, Sociologia e Política. Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2018.

Silva, Tito Lívio Cabral Renovato. **O Supremo Tribunal Federal E Os Atos Interna**

Corporis Do Senado No Processo De Impeachment: Uma Análise Do Ativismo Judicial No Ms. 34.441/Df. Revista Direito Em Debate, V. 26, N. 48, P. 265,286, 2017.

SILVA, Maria da Glória Lins da et al. O conceito de direito em Hart. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 24, 1987.

SILVA, A. R.; WEIBLEN, F. P. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007.

SILVA, T. M. O constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil: uma análise da evolução do papel do Poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico. Brasília, v. 2, nº. 1, p. 270,288, jan./ jun. 2016. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search>. Acesso em 26 out. 2023.

SOUZA, Elden Borges; PINHEIRO, Victor Sales. Uma análise sobre o originalismo no contexto do ativismo judicial Brasileiro. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 14, n. 42, p. 535,554, 2020.

STRECK, L. L. Interpretando a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. Um manifesto de Laurence Tribe e Michael Dorf em favor da proteção substantiva dos direitos fundamentais. Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/13495/9508>. Acesso em 26 out. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 463,482, 2009.

TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do Poder Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VIEITO, Aurélio A.V. **Da hermenêutica constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 200

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La Legge e la sua Giustizia.** Bologna: Il Mulino, 2008.
_____. **Il Diritto Mite.** Torino: Einaudi, 1992.