

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO: A REVOLTA CONTRA O FORMALISMO JURÍDICO E A COMPLEXIZAÇÃO DOS PAPÉIS DO PODER JUDICIÁRIO COMO FATORES DE INFLUÊNCIA PARA O ATIVISMO JUDICIAL¹

FROM POSITIVISM TO POST-POSITIVISM: THE REVOLT AGAINST LEGAL FORMALISM AND THE COMPLEXIZATION OF THE ROLES OF THE JUDICIARY POWER AS FACTORS OF INFLUENCE FOR JUDICIAL ACTIVISM

Francisco Dion Cleberson Alexandre², Samuel De Moura³

¹ Pesquisa realizada como condição para obtenção do título de graduação em Direito pela UCEFF - Itapiranga

² Mestrando em Direitos Humanos - Unijuí - Esp. Direito e Processo do Trabalho - Universidade Castelo Branco - RJ; Graduado em Direito - Unijuí - Professor de graduação e pós-graduação Uceff - Itapiranga/SC e da Escola Judicial do TRT 4ª Região; Servidor do TRT 4ª Região. E-mail: fdion@trt4.jus.br

³ Graduando em Direito pela UCEFF - Itapiranga/SC. E-mail: s4mueldem@gmail.com

Resumo: para a construção do presente trabalho foi aplicado o método de abordagem dedutivo com obtenção de dados por meio do substrato teórico colhido em livros e artigos científicos da área do direito. A pesquisa se concentra na evolução das teorias de concepção do direito e suas consequências na atividade de aplicação do direito pelos juízes, ao longo dos séculos XVIII, XIX, XX e XXI. Tal evolução constituiu um dos principais pilares para o surgimento do Protagonismo do Poder Judiciário e do Ativismo Judicial, temas que atualmente têm afetado significativamente a dinâmica jurídica da humanidade e recebido atenção especial do meio acadêmico.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Positivismo. Pós-Positivismo. Ativismo Judicial.

Abstract: for the construction of the present work was applied the method of deductive approach with obtaining data through the theoretical substrate collected in books and scientific articles of the area of law. The research focuses on the evolution of theories of conception of law and its consequences in the activity of application of the law by judges, throughout the XVIII, XIX, XX e XXI centuries. This evolution constituted one of the main pillars for the Protagonism of the Judiciary and Judicial Activism, which currently have significantly affected the legal dynamics of humanity and received special attention from the academic world.

Keywords: Judiciary. Positivism. Post-Positivism. Judiciary Activism.

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

INTRODUÇÃO

Na atualidade, não mais cabe a afirmação de Montesquieu segundo a qual o Poder Judiciário é um poder nulo.^[1] Do Estado Liberal iniciado no século XVIII até o atual Estado Democrático, muita coisa mudou em relação ao Poder Judiciário. Entre uma série de condicionantes inumeráveis, abordar-se-á como a evolução das teorias de concepção do direito tiveram importante papel na complexização dos papéis do Poder Judiciário, contribuindo para levá-lo do *status* de um poder nulo a um poder conhecido mundialmente pela prática comum do ativismo.

METODOLOGIA

Para a elaboração do presente trabalho se utilizou do método de abordagem dedutivo com a obtenção de dados mediante pesquisa documental indireta sobre livros, doutrinas e artigos científicos voltadas ao tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

JUSPOSITIVISMO CLÁSSICO: O SURGIMENTO DO FORMALISMO

O formalismo jurídico teve como mola propulsora o juspositivismo clássico, sendo por vezes considerados a mesma coisa. Este concebe o direito como um fato pronto, aproximando-se do modo pelo qual as ciências naturais lidam com seus objetos. Para o juspositivista clássico, o direito se compõe somente das normas vigentes em determinado local e época, ou seja, o direito como ele é, como está posto, livre de avaliações valorativas ou ideológicas.^[2] Dessa forma, primando pelo aspecto científico, estuda as normas postas, independentemente de serem justas ou injustas, boas ou más.^[3] Havia, assim, uma pretensão de apartar o direito da moral.^[4]

Assim, Em linhas sumárias, o formalismo jurídico é uma concepção do direito que não se importa com o seu aspecto material, conteudístico. Tão somente se preocupa com sua estrutura formal, ou seja, com o cumprimento de regras estabelecidas para considerar o que é e o que não é direito.^[5] O juspositivismo clássico dominou o direito após a Revolução Francesa^[6], consolidando o formalismo jurídico.

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

Somando tal concepção ao chamado Estado Legislativo pós-Revolução Francesa, onde a lei era praticamente igualada ao direito, tem-se como resultado os famosos juízes bocas-da-lei, “[...] seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”^[7], porque a lei já era o direito pronto, e os juízes nada mais poderiam fazer em relação ao seu conteúdo, somente podendo aplicá-las.

Desse modo, “ao reduzir o direito à lei, o positivismo era a expressão jurídica do Estado de Direito Liberal, fundado nos dogmas da segurança jurídica e da separação dos poderes”^[8]. Assim, por ser um potencial desestabilizador da segurança jurídica, qualquer atividade criativa dos juízes, ou seja, ir além dos estritos limites da lei, era severamente reprovada.

O formalismo jurídico desembocou na famosa Escola da Exegese, na França, onde os juízes deveriam buscar com rigorosa disciplina, a exata intenção do legislador, predominando os métodos gramatical e histórico na interpretação e aplicação da lei. Tal comportamento ficou conhecido como subsunção mecânica ou automática da lei aos casos concretos,^[9] e como consequência, os magistrados praticamente não possuíam qualquer liberdade em sua atuação.

Em síntese, o formalismo do Século XIX, também chamado de período legislativo pela onipotência do legislador,^[10] diretamente derivado do juspositivismo clássico, era fortemente tendencioso em acentuar o elemento da lógica pura e mecânica na atividade jurisdicional dos juízes, deixando de lado o elemento voluntarístico, a escolha.^[11]

Durante este período, portanto, o desenvolvimento da hermenêutica foi muito pequeno e, como salienta Ramos, “[...] guardou relação direta com o amesquinçamento do papel do exegeta-aplicador, em face da preponderância que se reconhecia ao legislador e sua obra”^[12]. Portanto, o rigor dos juízes em seguir estritamente a lei consistia no núcleo, na essência do formalismo.

De fato, o formalismo jurídico passou a mostrar sinais de sucumbência em fins do século XIX, quando a sociedade - cada vez mais dinâmica - distanciava-se do estático direito formalista. Surgiam então novas correntes de pensamento jurídico que, no âmbito da filosofia do direito, procuraram responder a esse vazio na concepção do direito.

A REVOLTA CONTRA O FORMALISMO NA APLICAÇÃO DO DIREITO: A BUSCA POR NOVAS PERCEPÇÕES DO DIREITO

A Revolta contra o formalismo, expressão emprestada por Cappelletti de Morton G. White,^[13] em linhas gerais, era a descrição de um fenômeno iniciado em fins do século XIX em vários países do ocidente, que consistia na tentativa de rever o formalismo na aplicação- interpretação do direito pelos juízes^[14].

Não foram poucas as doutrinas que se engajaram na revisão do formalismo jurídico. Entretanto, É possível elencar as principais ramificações da revolta contra o formalismo, o que se faz na sequência.

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

Juspositivismo Puro De Kelsen: O Termo Médio Entre O Formalismo E A Revolta Contra Ele

Curiosamente, dentro da própria linha positivista foi reconhecido a liberdade dos juízes, tão negada pelo positivismo clássico. O famoso jurista austríaco Hans Kelsen foi o responsável por isso. Logo no limiar de sua principal obra, Teoria Pura do Direito (1934), Kelsen delimita, sob o título de Pureza, as balizas de seu estudo e denuncia sua raiz positivista, afirmando que pouco importa saber como o direito deve ser ou como ele deve ser feito, mas sim, o que ele é e como ele é tão somente.[\[15\]](#)

Mais à frente, o mesmo autor, discorrendo sobre a relação entre normas jurídicas e valores, Kelsen afirma que o direito pode e deve existir sem levar em conta se o aplicador, com seus juízos pessoais, aprova ou desaprova o fato que lhe vem a julgamento. Este fato, deve ser verificado tão somente com os valores impostos pela norma objetivamente válida.[\[16\]](#)

Além disso, negava ele que, para que uma ordem coercitiva fosse considerada como direito, tivesse que satisfazer uma exigência moral mínima,[\[17\]](#) defendendo que, embora o direito e a moral tenham diversos pontos em comum, e que muitas vezes o direito até pode ir ao encontro dos valores morais, eles são coisas distintas.

Portanto, se uma norma se encontra em concordância com a norma fundamental (fundamento de validade da norma[\[18\]](#)), e foi autorizada por um ente estatal legítimo, o direito não deve satisfação à moral, ainda que com ela concorde, pois sua legitimidade depende somente desse processo formal.[\[19\]](#)

Essa cisão entre moral e direito de Kelsen é o que garante a pureza do direito, e, caracteriza sua obra como formalista, de certa forma, por não se importar, ainda assim, com o plano substancial das normas jurídicas. Paradoxalmente, no derradeiro capítulo de sua obra, Kelsen expõe seus pensamentos sobre a interpretação jurídica, onde diferencia o seu juspositivismo do juspositivismo clássico.

É nesse mesmo capítulo que o autor contribuiu para a revolta anti-formalista. Depois de reconhecer uma indeterminação inerente a todo o processo de produção do direito e que, por causa disso, nunca existirá uma única opção para aplicar ao caso concreto. Ao contrário, existirão várias, que juntas são enquadradas por uma moldura normativa. Todas as possibilidades circunscritas pela moldura são condizentes com o direito e possuem igual valor em relação a ele.[\[20\]](#)

Quando o juiz se depara com várias hipóteses (todas de igual valor perante o direito válido), mediante um ato de vontade, haverá de escolher uma delas. Kelsen afirma então que não mais reina a atividade meramente cognoscitiva do direito (viés formalista). Daí em diante, em sua visão, o magistrado é livre para decidir. Passam a servir como subsídio para essa escolha outras matérias que não a ciência jurídica: a política, a moral, os valores sociais e os interesses do

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

Estado.[\[21\]](#)

O jusfilósofo austríaco afirma que neste ato de vontade o juiz cria direito novo, e compara então o Poder Judiciário ao Poder Legislativo, como dois criadores de leis, diferindo apenas quanto à intensidade da vinculação dos dois sujeitos, que no caso do legislador é muito menor se comparada à do juiz.[\[22\]](#)

Assim, embora o juspositivismo kelseniano tenha avançado, quando comparado ao juspositivismo clássico, por reconhecer a antes temida atividade criativa dos juízes, aproximou essa criatividade ao legislador, mantendo, com isso, a interpretação no campo político, e, portanto, fora da dogmática jurídica.[\[23\]](#)

Todavia, as correntes posteriores, farão o contrário: ou irão ignorar completamente a interpretação jurídica, ou irão desenvolvê-la, trazendo-a para o campo da dogmática jurídica e transformando-a numa verdadeira teoria, onde surge a hermenêutica jurídica.[\[24\]](#) Assim, muitas delas farão oposição não só ao juspositivismo clássico, mas também o juspositivismo de Kelsen.

Dentre uma infinidade destas doutrinas, identificam-se, de maneira geral, duas tendências opostas ao juspositivismo, que revoltaram-se ao formalismo: uma sociológica e outra axiológica.[\[25\]](#) A seguir, faz-se breves considerações sobre as doutrinas pertencentes a essas duas tendências.

Pragmatismo Jurídico: A Ignorância Da Interpretação Das Normas Jurídicas

Dentro da primeira tendência (a sociológica) encontra-se o Realismo Jurídico, que surgiu no início do século XX nos Estados Unidos. A partir dos anos 1980, porém, passou a ser conhecida pelo nome de Pragmatismo Jurídico,[\[26\]](#) tendo Richard Posner, juiz norte-americano, como um dos maiores precursores desta corrente.[\[27\]](#)

Talvez uma das mais radicais doutrinas de concepção do direito, o pragmatismo rompe com a hierarquia de normas proposta pelo juspositivismo kelseniano ao alocar os fatos sociais e as decisões judiciais como a principal fonte do direito (e não a lei), ao ponto de se fazer a distinção entre direito formal (as normas jurídicas e as jurisprudências) e direito vivo ou em ação (o que se constrói a partir dos casos concretos, mediante as decisões judiciais).[\[28\]](#)

Objetiva o pragmatismo afastar da aplicação do direito questões morais, abstratas e metafísicas que interferem na objetividade de uma decisão (semelhantemente a Kelsen), mas com o objetivo de impulsionar a eficiência, a promoção do bem-estar, da opinião pública e do desenvolvimento da sociedade.[\[29\]](#)

O juiz pragmatista possui uma grande liberdade perante a lei, que, na concepção dele, é

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

vista como mais um entre vários recursos nos quais ele pode se basear para decidir, podendo inclusive usar-se de recursos que se situem fora da esfera jurídica. Nesse sentido, é marcante seu recorrer aos fatos e anseios da sociedade, sempre buscando decidir de modo a atender as necessidades sociais (por isso, situa-se na tendência sociológica). Desse modo, ele não encontra e declara o direito legislado - como quer o formalismo - mas o constrói, usando-se de diversas fontes, ficando evidente o seu descompromisso com a certeza do direito.[\[30\]](#)

Interessante destacar que essa corrente ignora totalmente a interpretação das leis, sendo esse um dos elementos mais marcantes de seu postulado, havendo quem a denomine como “ceticismo interpretativo”[\[31\]](#). É também oportuno evidenciar a ligeira oposição à Kelsen, quando o pragmatismo busca o atender às necessidades sociais antes que à vontade da lei, posto que Kelsen preconizava que deveriam ser considerados apenas os valores expressos pelas leis, e não aos valores sociais.[\[32\]](#)

Dessa forma, o subjetivismo do legislador (a vontade do legislador, que é o escopo primordial no formalismo) é substituída pelo subjetivismo do magistrado, que atentando-se principalmente aos fatos e às necessidades sociais e minimamente à legislação, decide. Frisa-se: a legislação não é, portanto, a mais importante fonte do direito, mas apenas uma dentre outras, e o direito não se traduz nas normas editadas pelo legislativo, mas sim no que é decidido atentando-se à sociedade.[\[33\]](#)

E é justamente por causa destas características que se pode considerar o pragmatismo como uma das formas mais puras de ativismo judicial.[\[34\]](#) e [\[35\]](#) Portanto, no que tange ao grau de revolta ao juspositivismo clássico, provavelmente o pragmatismo seja uma das correntes que mais intensamente se opôs ao formalismo. E, vale ressaltar, essa doutrina exerceu e exerce uma grande influência.

Uma vertente, porém, menos radical, será agora vista.

Moralismo Jurídico: A Perspectiva Pós-Positivista, O Resgate Da Moral e o Neoconstitucionalismo

O Moralismo Jurídico, dentro da tendência axiológica que se desvencilhou do formalismo, como seu próprio nome diz, procura conciliar o direito e a moral.[\[36\]](#) Reconhecendo, assim como faz o jusnaturalismo,[\[37\]](#) uma ordem externa de valores que existem independentemente de serem previstas no direito positivo, utilizam-se desses valores como fonte de legitimação da ordem jurídica (extremo oposto à Kelsen, vale lembrar) e guiam-se por eles na aplicação-intepretação do direito nos casos em que as leis concederem certa margem de liberdade ao juiz para decidir (conceitos indeterminados e normas principiológicas - a moldura de Kelsen).

Importante salientar que, em geral, os moralistas não negam ou desconsideram o direito

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

legislado[38] e [39] como fazem os pragmatistas. Quanto a sua relação com o positivismo, o moralismo, também denominado pós-positivismo, toma como base o enfoque positivista, procurando suprir as suas falhas, objetivando superá-lo,[40] ainda que se oponha a alguns dos seus postulados mais centrais.

Para os moralistas, a juridicidade (ou validade do direito) depende da licitude moral das condutas proibidas ou permitidas pelas normas. É dizer: Se o direito interliga soberanamente a vontade dos cidadãos, é porque há um elemento central de legitimidade, superior e independente das condições de lugar e de tempo, hábil em cativar a adesão das consciências. Assim, para o moralismo jurídico, a justiça dá sentido ao direito. Por isso, diz-se que a validade das normas jurídicas, sob a concepção moralista, existe em razão de seu conteúdo, diferentemente do formalismo que se preocupa apenas com a validade formal das normas.[41] e [42]

Embora o moralismo jurídico já tenha sido formulado por vários adeptos em fins do século XIX e início do século XX, tais como Viktor Cathrein, Georges Ripert, Giovanni Gentile e Julius Binder,[43] foi o caráter essencialmente axiológico e finalístico dos princípios consagrados nas cartas magnas do recente neoconstitucionalismo que essa corrente encontrou verdadeiro abrigo ao seu desenvolvimento,[44] e [45] e assim, aliado ao pós-Segunda Guerra Mundial, ganhou uma nova denominação: o pós-positivismo.[46] Assim, o pós-positivismo encontra-se dentro do neoconstitucionalismo.[47]

Foi no Tribunal de Nuremberg, tribunal internacional instituído pelos principais vencedores da Segunda Guerra Mundial para julgar os crimes de guerra cometidos pelos nazistas alemães em 1945,[48] em que se formou um palco onde duas concepções do direito digladiaram: os réus, em suma, argumentavam que seus atos eram conforme às leis editadas pelo regime nazista, e por isso não haviam cometido ilícitos. Todavia, grande parte deles foram condenados, porque prevaleceu o argumento de que embora aquelas leis, a que obedeceram os nazistas, formalmente fossem leis, não eram, de fato direito, pois faltavam-lhe os valores da justiça.[49] e [50] Desse modo, buscou-se a justiça mesmo que ela não fosse encontrada no ordenamento jurídico positivo,[51] o que constituiu a marca registrada do pós-positivismo.

Apesar de se falar muito em queda do juspositivismo em decorrência de tal evento, é preciso atentar que ele não teve sua existência eliminada do mundo jurídico, mas sim, que no âmbito do pós-positivismo, procura-se realizar um aperfeiçoamento desta concepção, ainda considerando-a, porém, reintroduzindo uma legitimidade em conta da substância das leis, dialogando abertamente com a moral, com a justiça.[52]

Em outros termos, o juspositivismo de Kelsen “[...] continua sendo a matriz teórica preferida pelos juristas. Apenas foram acrescentados alguns pressupostos teóricos jusnaturalistas, como a necessidade de justiça social, e a defesa dos Direitos Humanos [...], para responder à questão da legitimidade”[53].

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

Os expoentes contemporâneos mais notáveis dessa teoria são Robert Alexy, na Europa, e Ronald Dworkin, dos Estados Unidos.[\[54\]](#) Como mero exemplo, Alexy, filósofo do direito, ao examinar casos emblemáticos do pós-Segunda Guerra que chegaram ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, conclui e defende que o direito não se confunde somente com totalidade das leis escritas, mas também com valores como o da justiça. Assim, nos casos duvidosos (a moldura de Kelsen), ao passo que o positivistas consideram que a decisão será determinada por fatores externos ao direito, os pós-positivistas poderão considerar que essa decisão será determinada inteiramente pelo direito, porque este não se restringe somente à lei escrita, formal.[\[55\]](#)

Além do mais, é preciso ressaltar que o pós-positivismo é parte de algo maior: o neoconstitucionalismo. E não se pode deixar de falar dele, a essa altura do trabalho, uma vez que trouxe reverberações extremamente pertinentes ao direito. Sua proposta, a princípio, é buscar a efetivação ou concretização direta das constituições, diferentemente da ideia de que se valeu o constitucionalismo do século XVII, em que as constituições tinham símbolo de limitação política do poder e de segurança jurídica, à sombra da clássica separação dos poderes.[\[56\]](#)

Nessa toada, o neoconstitucionalismo tem como características principais a positivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, o reconhecimento das espécies normativas denominadas normas principiológicas, com um conseqüente renovo na hermenêutica constitucional e, o principal, o tom axiológico com que é vista a lei fundamental: As constituições são verdadeiros valores que permeiam toda a aplicação do direito infraconstitucional.[\[57\]](#)

Elementos centrais de quase todas as constituições dessa época, as declarações dos direitos fundamentais, os *bill of rights*, são pontos marcantes da reação contra os regimes ditatoriais (principalmente aqueles que levaram o mundo à Segunda Grande Guerra), procurando afirmar a prioridade de determinados valores sobre as ordens jurídicas de diversos países. Por possuírem um caráter atemporal e muitas vezes transnacional,[\[58\]](#) os direitos fundamentais têm uma boa dose de indeterminação conceitual em sua feitura, transferindo do legislador para os tribunais o fardo de determiná-los e delimitá-los, quando de sua concretude, o que evidencia o aumento na possibilidade de uma atitude criativa dos juízes.[\[59\]](#)

Não obstante, a preocupação do neoconstitucionalismo com a dignidade da pessoa humana passa a elencar os direitos fundamentais como núcleo central do ordenamento jurídico. Ultrapassando o plano subjetivo desses direitos e assumindo uma posição ativa e positiva em prol da coletividade, são eles tomados como critério de interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, de modo que se tornam valorações políticas.[\[60\]](#)

A inclusão dos princípios nas redações constitucionais, por sua vez, geralmente associada à função prospectiva (num sentido de regular o futuro incerto, impossível de ser detalhado e especificado), torna os textos magnos abrangentes, carecendo de mínima precisão, capazes de tudo disciplinar, projetando-os a todos os setores do ordenamento jurídico, de modo que as normas principiológicas, sem dúvidas, acentuaram também a criatividade do exercício

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

jurisdicional.[\[61\]](#)

Aliás, já é consenso que cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados oriundos do uso neoconstitucional das normas principiológicas engendram uma área vaga, de ausência de definições inequívocas de significados, dando azo ao subjetivismo do intérprete da lei.[\[62\]](#)

Não obstante, o novo tom axiológico das Constituições as colocam como centro do ordenamento jurídico, devendo a lei e os poderes públicos estarem em consonância com o “espírito constitucional”, ou seja, devem perseguir os valores nela destacados. De mera carta política, passa a ser vista como norma jurídica superior, imperativa e central.[\[63\]](#) Assim, recheada de conceitos indeterminados, restou novamente aos tribunais a tarefa de precisá-los, missão essa tão exigida pelos tempos atuais que almejam a imediata aplicação normativa das Constituições.

O que fica evidente, ao se percorrer por esses três importantes pilares do neconstitucionalismo, é que o aspecto de indeterminação que deles se extrai impõe uma distância consideravelmente maior entre decisão judicial para um caso concreto e o objetivo primordial das disposições constitucionais, fazendo com que quanto mais remota for a finalidade a ser atingida, maior será a necessidade de se legitimar a aplicação do direito.[\[64\]](#)

É nesse espaço argumentativo que o juiz efetivamente exercerá sua atividade inovadora, (pois a lei não diz como o juiz deve agir e como deve argumentar, taxativamente) criando lei com o auxílio de diversas áreas externas ao direito, para fazer com que a indeterminação da lei passe à forma determinada, alcançando o fato concreto, que é determinado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vistas, desse modo, as principais correntes de concepção do direito - mesmo que de forma breve - algumas conclusões podem ser tiradas. Primeiramente, a revolta contra o formalismo juspositivista, quer em sua vertente sociológica, quer em sua vertente axiológica, deu um passo importantíssimo na concepção de aplicação das normas pelos juizes: descobriu e tornou evidente que os papéis dos magistrados eram muito mais complexos[\[65\]](#) e difíceis do que se pensava que fosse anteriormente. Não bastava mais apenas dizer o Direito.

Em segundo lugar, a vertente sociológica, mostrou ao juiz a preocupação com a efetividade de suas decisões, ou seja, do bem social que faz ao considerar seus efeitos concretos na sociedade, tudo isso, acima dos grilhões do direito legislado, permitindo a interpenetração de uma série outros elementos na conformação da decisão, malgrado acaba impondo sério risco à segurança jurídica se tal tendência for radical.

E em terceiro lugar, a vertente axiológica culminou no reconhecimento, dentro dessa revelada complexidade dos papéis dos magistrados em interpretar e aplicar a lei, da evidente fluidez que se

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

impõe nos antigos e definidos limites entre moral e direito. Isso porque a atividade do juiz deve ser legitimada não só na lei, mas também na moral, na justiça.

Os limites de aplicação das leis deslocam-se do plano estritamente jurídico-normativo para um plano axiológico, visando dar efetividade material aos valores impressos nas Constituições principiológicas e do neoconstitucionalismo das últimas décadas, não se importando em corrigir esporádicos desvios desses valores morais idealizados, ocorridos no direito legislado.^[66] Em outras palavras, o direito não mais se resume apenas à lei.

Portanto, o direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico formalista, e a rígida separação entre moral e direito não correspondeu mais ao estágio do processo civilizatório da humanidade.^[67] Com isso, a revolta ao formalismo leva a outra conclusão: O Poder Judiciário, apesar de tudo, é criador do direito, como bem defende Kelsen.

Assim, no trajeto entre o positivismo e o pós-positivismo, foram incrementadas ideias que gradualmente buscaram acompanhar o crescimento da dinâmica social, dando respostas aos seus problemas e, principalmente, tornando a atividade jurisdicional mais complexa, do que decorreu que e os limites de aplicação do direito pelos juízes fossem repensados e difundidos, como nos termos assim expostos:

A Constituição não deve ser compreendida como um conjunto fechado e estático de normas jurídicas, mas como um processo público aberto e evolutivo. A Constituição viva depende de processos interpretativos em que se devem inserir todos os órgãos estatais, as entidades privadas e os cidadãos. A interpretação constitucional, como processo público, aberto e evolutivo, depende de maior comunicação entre o Estado e a sociedade. Cabe ao ordenamento jurídico não apenas assegurar a interpretação aberta da constituição, mas promover a opinião pública, estabelecendo canais de comunicação entre governantes e governados^[68].

E tudo isso, numa complexa equação que envolve outros inúmeros elementos condicionantes, contribuíram para engendrar os sólidos precedentes do Protagonismo do Poder Judiciário e, conseqüentemente, no ativismo judicial, porque essas ideias são unânimes em impelir uma atuação mais ampla e difusa dos juízes, além de empoderá-los.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. MAGALHÃES, Caroline Porto de. Jurisdição Constitucional Aberta, Ativismo Judicial e Judicialização: O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento de Resolução de Conflitos entre Direitos Fundamentais. In: GORCZEWSKI, Clovis. LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Constitucionalismo Contemporâneo: Concretizando Direitos. Curitiba: Multideia, 2013.

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Caroline Müller. Existe Espaço Para Argumentação que Considere “Aspectos Morais” na Decisão Judicial no Constitucionalismo Contemporâneo? In: GORCZEVSKI, Clovis. LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Constitucionalismo Contemporâneo: Concretizando Direitos. Curitiba: Multideia, 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução de Carmem C. Varriale et.al. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições da Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos e. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

D'MACEDO, Juliana Maria. Pragmatismo Jurídico no Supremo Tribunal Federal. In: Direito e Humanidades - Revista eletrônica do Curso de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. São Caetano do Sul. nº 25. 2013, p.2. Disponível em: . Acesso: 16 mar 2018.

DWORKIN, Ronald. Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTALVÃO, Ricardo. Filosofia do Direito Descomplicada. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações Sobre o Debate Contemporâneo. In: Direito, Estado e Sociedade - Revista da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. nº 17. p. 121-143, agosto-dezembro de 2000.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015.

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

Notas de rodapé:

[1] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010 p. 170.

[2] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 45.

[3] Ibid, p. 38.

[4] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 274.

[5] BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições da Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos e. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 145.

[6] Ibid, p. 26.

[7] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Do Espírito das Leis. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010 p. 175.

[8] OLIVEIRA, André Gualtieri de. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book não paginado.

[9] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 71.

[10] TAVARES, André Ramos. Teoria da Justiça Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.

[11] CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 32.

[12] RAMOS, Elival da Silva. Op.cit., p. 73.

[13] WHITE, Morton Gabriel. Social Thought in America: The Revolt Against Formalism. New York: The Viking Press, 1949 Apud CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 31.

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

[14] CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 32.

[15] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 1.

[16] Ibid, p. 12-15.

[17] Ibid, p. 47.

[18] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 139.

[19] BITENCOURT, Caroline Müller. Existe Espaço Para Argumentação que Considere “Aspectos Morais” na Decisão Judicial no Constitucionalismo Contemporâneo? In: GORCZEVSKI, Clovis. LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Constitucionalismo Contemporâneo: Concretizando Direitos. Curitiba: Multideia, 2013, p. 27-47.

[20] KELSEN, Hans. Op.cit., p. 247.

[21] Ibid, p. 249.

[22] Ibid, p. 249-251.

[23] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 74.

[24] MONTALVÃO, Ricardo. Filosofia do Direito Descomplicada. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 235.

[25] RAMOS, Elival da Silva. Ob.cit., p. 49.

[26] POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações Sobre o Debate Contemporâneo. In: Direito, Estado e Sociedade – Revista da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. nº 17. p. 121-143, agosto-dezembro de 2000, p.123-124.

[27] Ibid, p. 129.

[28] RAMOS, Elival da Silva. Ob.cit., p. 49.

[29] D’MACEDO, Juliana Maria. Pragmatismo Jurídico no Supremo Tribunal Federal. In: Direito e Humanidades – Revista eletrônica do Curso de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. São Caetano do Sul. nº 25. 2013, p.2. Disponível em: . Acesso: 16 mar 2018.

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

[30] POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações Sobre o Debate Contemporâneo. In: Direito, Estado e Sociedade – Revista da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. nº 17. p. 121-143, agosto-dezembro de 2000, p.126-128.

[31] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 75.

[32] Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 12.

[33] RAMOS, Elival da Silva. Ob. cit., p. 76-77.

[34] Para Thamy Progresbinchi, “um juiz pragmatista é necessariamente um juiz ativista” (POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações Sobre o Debate Contemporâneo. In: Direito, Estado e Sociedade – Revista da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. nº 17. p. 121-143, agosto-dezembro de 2000, p.126).

[35] D’MACEDO, Juliana Maria. Pragmatismo Jurídico no Supremo Tribunal Federal. In: Direito e Humanidades – Revista eletrônica do Curso de Direito da Universidade Municipal de São Caetano do Sul. São Caetano do Sul. nº 25. 2013, p.3. Disponível em: . Acesso: 17 mar 2018.

[36] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 49.

[37] Segundo Barroso, o jusnaturalismo tem como ideia básica o reconhecimento de que há na sociedade um conjunto de valores e pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, e tem validade em si mesmo, legitimado por uma ética superior (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 269).

[38] RAMOS, Elival da Silva. Ob.cit., p. 53.

[39] REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 481.

[40] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7.

[41] REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 481-482.

[42] MONTALVÃO, Ricardo. Filosofia do Direito Descomplicada. Salvador: JusPODIVM, 2016. P. 96 e 97.

[43] Miguel Reale realiza considerável estudo das ideias desses moralistas do início do século XX

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

(REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 483-493).

[44] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 93.

[45] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 284.

[46] OLIVEIRA, André Gualtieri de. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book não paginado.

[47] STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à Necessidade de Respostas Corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7.

[48] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução de Carmem C. Varriale et.al. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 301-302.

[49] OLIVEIRA, André Gualtieri de. Filosofia do Direito. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book não paginado.

[50] BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit., p. 276.

[51] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 265.

[52] BARROSO, Luís Roberto. Ob.cit., p. 282.

[53] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 53 Apud BITENCOURT, Caroline Müller. Existe Espaço Para Argumentação que Considere "Aspectos Morais" na Decisão Judicial no Constitucionalismo Contemporâneo? In: GORCZEVSKI, Clovis. LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Constitucionalismo Contemporâneo: Concretizando Direitos. Curitiba: Multideia, 2013, p. 27-47.

[54] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 92 e 96.

[55] ALEXY, Robert. Conceito e Validade do Direito. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 11-12.

[56] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 70.

[57] AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2012, p. 44.

01 a 04 de outubro de 2018

Evento: XXIII Jornada de Pesquisa

[58] Vide Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), Pacto de San José da Costa Rica (1969), por exemplo.

[59] CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 61-68.

[60] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. MAGALHÃES, Caroline Porto de. Jurisdição Constitucional Aberta, Ativismo Judicial e Judicialização: O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento de Resolução de Conflitos entre Direitos Fundamentais. In: GORCZEVSKI, Clovis. LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Constitucionalismo Contemporâneo: Concretizando Direitos. Curitiba: Multideia, 2013, p. 49-67.

[61] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 86-88.

[62] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 455.

[63] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 71.

[64] MONTALVÃO, Ricardo. Filosofia do Direito Descomplicada. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 87.

[65] CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 33.

[66] RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 53 e 54.

[67] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 282.

[68] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. MAGALHÃES, Caroline Porto de. Jurisdição Constitucional Aberta, Ativismo Judicial e Judicialização: O Princípio da Proporcionalidade como Instrumento de Resolução de Conflitos entre Direitos Fundamentais. In: GORCZEVSKI, Clovis. LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). Constitucionalismo Contemporâneo: Concretizando Direitos. Curitiba: Multideia, 2013, p. 49-67.