

ATIVISMO JUDICIAL E FIDELIDADE PARTIDÁRIA: UMA ABORDAGEM DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOB O ENFOQUE DO PRAGMATISMO LEGAL

JUDICIAL ACTIVISM AND PARTY LOYALTY: AN APPROACH TO HIGHER COURT DECISIONS UNDER THE PERSPECTIVE OF LEGAL PRAGMATISM

Vidal Serrano Nunes Junior

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, obteve os títulos de Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito pela mesma Universidade. Professor Associado de Direito Constitucional e Diretor da Faculdade de Direito da PUC-SP.
E-mail: serranonunesjr@gmail.com

Daniela Moyses da Silveira Favaro

Mestranda em Direito Constitucional pela PUC-SP. Promotora de Justiça do Estado de São Paulo.
E-mail: dani_moyes@hotmail.com

Recebido em: 02/02/2023
Aprovado em: 14/04/2023

RESUMO: O ativismo judicial é um fenômeno cada vez mais presente nos processos decisórios, em especial dos Tribunais Superiores (STF e TSE), diante do modelo de Estado regulatório que surgiu a partir do século XX. Neste artigo, exploro como este ativismo, por vezes conceituado como voluntarismo ou exercício impróprio do Poder Judiciário, pode ser visto como uma forma de concretizar direitos fundamentais e deveres do Estado, devido a omissão dos órgãos políticos, em especial no Direito Eleitoral, de modo a preservar o Estado Democrático de Direito e como o pragmatismo legal pode ser útil para garantir que tais decisões, substancialmente mais criativas e de maior alcance, sejam tomadas sem prejuízo da segurança jurídica.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Pragmatismo jurídico. Fidelidade partidária.

ABSTRACT: Judicial activism is an increasingly present phenomenon in decision-making processes, especially in the Superior Courts (STF and TSE), given the regulatory state model that emerged in the 20th century. In this article, I explore how this activism, is sometimes conceptualized as voluntarism or improper exercise of the judiciary. It can be seen as a way to realize fundamental rights and duties of the State, due to the omission of political bodies, especially in electoral law, to preserve the Democratic Rule of Law and how legal pragmatism can be useful in ensuring that such decisions, which are substantially more creative and more far-reaching, and they are taken without prejudice to legal certainty.

Keywords: Judicial activism. Legal pragmatism. Party loyalty.

SUMÁRIO: Introdução e delimitação do tema. 1 Ativismo judicial: Conceito e caracterização sob a ótica processualista e sob a ótica pragmatista. 2 A atuação política dos Tribunais Superiores: Do julgamento das ADIs, ADCs, ADPFs e ADOs à expedição de decretos regulamentadores. 3 O ativismo judicial no Brasil com base nas decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal sobre a fidelidade partidária. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira.¹

A aumento da interferência do Poder Judiciário em decisões antes restritas aos órgãos tipicamente políticos não é, contudo, um fenômeno isolado ao Estado brasileiro, mas sim global. Em diversos países, os tribunais vêm assumindo o papel de protagonistas de decisões envolvendo questões de alcance político e implementação de políticas públicas.

Como efeito, conforme consta da Revista de Informação Legislativa², para se ter uma ideia do prestígio do Judiciário norte-americano, em especial da Suprema Corte, durante toda a história da instituição, somente quatro de suas decisões foram contestadas e revogadas pelo Legislativo, resultando nas emendas 11, 14, 16 e 26. Na verdade, a capacidade do Judiciário norte-americano de influir no modo como funcionam as instituições daquele país é enorme e parece aumentar com o passar do tempo.

Tanto que Dworkin³ chegou a afirmar que “nenhum ministério é mais importante do que nossos tribunais.”

Na Europa, são também inúmeros os casos ocorrentes do fenômeno do ativismo. Aos Tribunais Constitucionais Europeus cabe não apenas solucionar os conflitos suscitados entre jurisdições e atividades administrativas ou julgar a constitucionalidade das leis e tratados internacionais, como também decidir sobre as violações dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

A aumento do denominado ativismo judicial pode ser explicado pelas modificações ocorridas nos ordenamentos jurídicos a partir do século XX, com inclusão dos direitos sociais e a constitucionalização dos diversos ramos do direito, inclusive o direito privado.

Conforme explana Clarice von Oertzen de Araújo, “com a virada da modernidade, as Constituições deixaram de consignar somente dispositivos que refletiam o liberalismo econômico e o respectivo modelo de Estado não-intervencionista na órbita das relações privadas e econômicas. O modelo de Estado contemporâneo adota o arquétipo de Constituição dirigente, traz uma diversidade e uma variedade de normas programáticas. O Estado passa a instituir políticas públicas, e a Constituição, então, passa a conter dispositivos que atribuem competências para a sua implementação. Este tipo de delegação de poderes é uma regulação aberta, em que se necessita de um espaço de apreciação política para a consecução de metas desejáveis ao bem comum. O Estado passa a se comprometer com a provisão de direitos subjetivos públicos que não se limitam somente à preservação das garantias individuais, mas compreendem também os direitos sociais.”⁴

Com surgimento do Estado social, o direito passa a ser visto como uma ferramenta para atingir metas desejáveis ao bem comum. Os novos valores adotados pela sociedade fornecem a justificativa para o Estado assumir áreas que antes eram reguladas pela iniciativa privada como

¹ BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, in *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Vol. 5, nº 8, ano 2009, p. 11-22, p. 11.

² NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 97-128, jan/mar 2014

³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 15

⁴ ARAÚJO, Clarice v Oertzen. *Semiótica na Hermenêutica e Interpretação da Linguagem Constitucional*. In: *Hermenêutica Constitucional. Homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*, organizadores Eduardo Ribeiro Moreira, Jerson Carneiro Gonçalves Junior e Lucia Helena Polleti Bettini, São Paulo: Conceito, 2010, p. 160

saúde e educação e as instituições jurídicas assumem o papel de protagonistas na transformação social. O direito é visto como ponto chave da reestruturação da sociedade.

A Constituição é, assim, um instrumento de transformação e de conformação social adequada da sociedade.

No Estado Social, o direito se flexibiliza mediante princípios para possibilitar uma maior adequação do argumentar jurídico à complexidade da sociedade. Os preceitos constitucionais não têm um conteúdo preciso ou delimitado, o que permite que a norma se adapte ao novas realidades e ideologias, sem perder a sua validade. A Constituição deve ter em si o poder de se adaptar às modificações de situações históricas. Quanto maior a sua vinculação com o contexto, maior a sua efetividade.

No campo das instituições do Estado vemos, assim, um deslocamento do centro de decisões politicamente relevantes, envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em termos controvertidos, do Legislativo e do Executivo em direção ao Judiciário. É a chamada judicialização da vida ou da política.

No dizer de Celso Campilongo, “no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário (e acrescentaria aqui o Ministério Público, por ser ele o defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis) passa a integrar o circuito de negociação política: garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos significa atribuir ao Magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça distributiva”⁵.

Marinoni observa que a evolução do conceito de interpretação, bem como o próprio impacto do constitucionalismo culminaram na dissociação entre texto legal e norma jurídica (resultado interpretativo), bem como na incorporação dos valores morais contidos nas normas de direitos fundamentais ao raciocínio decisório ou interpretativo, o que não só levou à distinção entre lei e direito, como ainda submeteu a validade da lei à Constituição, dando origem a uma legalidade substancial. Houve aí uma nítida modificação do conceito de direito e da função jurisdicional. Basicamente, o direito deixou, de vez por todas, de significar a lei, e a jurisdição não mais se limitou a atuar a vontade da lei⁶

A interpretação é essencial para o desenvolvimento da força normativa da Constituição, pela ótima concretização da norma, que não pode ser deduzida apenas com elementos lógicos. O direito e a Constituição se condicionam pela realidade, sendo a concretização o método de interpretação adequado, o qual une a proposição normativa com a realidade.⁷

No mesmo sentido, Daniel Sarmento lembra que o caráter vinculante dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional são ingredientes da constitucionalização do direito, que “não se limita à regulação, pelas constituições contemporâneas de matérias que no passado inseriam-se na esfera exclusiva do legislador ordinários. Mais do que isso, ele envolve a ideia de que todos os institutos jurídicos devem ser objeto de releitura a partir dos valores constitucionais, de que todos os ramos do direito, com suas normas e conceitos, devem sujeitar-se a uma verdadeira ‘filragem’ constitucional.”⁸ É a sujeição à força da Constituição em prol da efetiva transformação da sociedade.

Essa nova feição da atividade judiciária, portanto, decorre da própria publicização ou constitucionalização do direito e do fato de ter se tornado instrumento concretizador das liberdades civis e franquias constitucionais. O ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, um modo

⁵ CAMPILONGO, Celso. *Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49, in Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 247-261, p. 257

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 89

⁷ BURCKHARDT, Walter apud Konrad Hesse in FALCONE, Marconi. *Justiça Constitucional*. O caráter jurídico-político das decisões do STF. São Paulo: Método, 2010, p. 2.

⁸ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 112/113

proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.⁹ Nada obstante, ainda constitui fonte de perplexidade da sociedade, enredada na ideia de que a atuação política do Poder Judiciário é causadora de insegurança jurídica.

O que se pretende mostrar neste artigo é justamente o contrário. Que a atuação mais ativa do Poder Judiciário, mais precisamente dos Tribunais Superiores, como protagonistas na concretização de princípios e valores da Constituição Federal pode ser vista como uma forma de garantir que os direitos nela previstos sejam efetivamente observados pelos poderes públicos, especialmente quando estes são omissos, desde que isso seja feito com ênfase na razoabilidade, observando-se o contexto em que inseridas as normas que os protegem e os possíveis efeitos (consequências) que as decisões provocam na sociedade e projetam para o futuro, inclusive a possibilidade de universalização dos critérios usados na decisão, o que resultará em maior segurança jurídica.¹⁰

Neste artigo, pretendo expor como o ativismo judicial é exercido em diversas áreas e, em especial, no direito eleitoral que, via de regra, exige um maior protagonismo e atuação supletiva do Poder Judiciário na solução de conflitos que, por vezes, envolvem o destino político de uma nação, e como ele pode estar associado à busca por um resultado mais efetivo e ajustado à realidade. É justamente aqui que incluo as propostas do pragmatismo legal como um método para evitar arbitrariedades e obter um resultado mais consentâneo com a complexidade do contexto (pluralista e fragmentário), na medida em que ele se propõe a olhar a realidade para dela colher elementos para formar a premissa menor (método abduutivo) e, a partir daí, buscar o significado da norma, prospectando os efeitos que a decisão irá gerar para o futuro.

Quanto mais elaborado, profundo e interdisciplinar for o contexto da descoberta e da investigação, tanto melhor será a substância da justificação (motivação) da decisão e, portanto, maior a segurança jurídica.

1 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO SOB A ÓTICA PROCESSUALISTA E SOB UM ENFOQUE PRAGMATISTA

Antes de discorrer sobre o tema propriamente dito é necessário definir o que se entende, neste artigo, por ativismo judicial, tendo em vista as diversas acepções do termo, bem como a relevante diferença na atuação dos diversos órgãos jurisdicionais.

Com efeito, Maria Benedita Urbano¹¹ destaca a pluralidade de conceitos encontrados para o termo ativismo judicial.

Segundo os ensinamentos de Charles Sanders Peirce, os conceitos não se referem às definições linguísticas, mas sim a experiência com aquele objeto. Conceito é a soma das consequências advindas com a experiência. Assim, temos que a nossa visão do que seja o ativismo judicial em muito depende de como o vemos, na prática.

Se, por um lado, o ativismo é visto como exercício impróprio do poder judicial, pautado por decisões arbitrárias, conotação negativa que procuramos afastar neste artigo, também podemos denominar ativismo judicial tanto a mudança na postura dos magistrados, que tem seus poderes reforçados com o fim de estimular a participação das partes para, juntos, buscarem uma solução comum, que seja útil não somente aos litigantes, mas à sociedade, o que em regra se espera nas

⁹ BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, in *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Vol. 5, nº 8, ano 2009, p. 11-22, p. 20.

¹⁰ Como alerta Maria Benedita Urbano (2010, p. 417), “os esforços do aplicador-intérprete não devem nunca perigar a certeza do direito e a segurança jurídica dos cidadãos”

¹¹ URBANO, Maria Benedita. The law of judges: attempting Against Montesquieu's Legacy or a new configuration for na old principle? In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXXVI, ano 2010, p. 621-639, p. 622.

demandas envolvendo direitos coletivos, que visam, muitas vezes, a implementação de políticas públicas – o que aqui denomino ótica processualista, - como o aumento dos poderes do magistrado, diante das diversas possibilidades de interpretação, e que se modificam conforme o contexto, de forma ainda mais acentuada em sociedades plurais..

Com a modificação no modelo de Estado, que passa a estabelecer diretrizes para o futuro e a promover a realização de programas sociais, o juiz não mais pode ser visto como o “boca da lei”, ou juiz fonógrafo, uma vez que não há mero mecanicismo na aplicação do direito; cabe ao juiz uma função essencialmente criadora. Como ensina Marinoni, no quadro atual das relações entre a legislação e a jurisdição, a questão não está em negar o espaço de subjetividade do juiz – que inquestionavelmente existe a partir do reconhecimento da equivocidade da linguagem e da vagueza das normas e será maior ou menor de acordo com a espécie normativa com que disciplinada determinada situação (princípio ou regra) e de acordo com a técnica legislativa empregada (técnica casuística ou técnica aberta). A questão está em tornar as decisões judiciais intersubjetivamente controláveis a partir de um método adequado de interpretação e aplicação do direito¹²

Todo processo de escolha é valorativo e exige uma postura ativa daquele que vai decidir. Isso não significa, como se pode pensar, que esta escolha é dotada de voluntarismo e arbitrária (e de fato não deve ser). Ela decorre de um processo de investigação, que servirá para embasar e fundamentar a decisão. A possibilidade de, após a prospecção dos efeitos que advirão desta escolha, eleger qual hipótese normativa deverá ser aplicada, não de forma mecânica e supostamente neutra, mas após um processo de investigação, que leva em conta dados empíricos, o contexto e possíveis consequências, e que justificarão a decisão, exige uma postura proativa do julgador.

Quando o resultado não é determinado por fontes incontestes, pode o intérprete juiz criar a norma, mas não sobre uma tábula rasa. Ele deve decidir se aplica uma norma antiga sem modificá-la, se modifica a norma antiga e depois a aplica ou se cria e aplica uma norma nova, devendo fazer a escolha que produza os melhores resultados.¹³ Para exercer este mister, o juiz deve perquirir sobre as finalidades do direito, tal como um cientista experimental, bem como deve dispor de um conjunto organizado de conhecimentos na área (fontes normativas e precedentes). Ainda, deve olhar para frente, valorizando o presente e o futuro.

Tem-se, assim, que, com um enfoque ou sob a perspectiva do pensamento pragmatista, a postura ativista dos intérpretes da lei visa orientar a evolução das instituições jurídicas para melhor servir o crescimento individual, e formar uma visão mais ampla, mais integrada, dos assuntos jurídicos com o leque mais vasto de preocupações sociais gerais. O juiz deverá verificar se haverá uma melhoria social e se ela pode ser universalizada. O pragmatismo valoriza o dinamismo do pensamento e a permanente evolução dos conceitos.

Lastreando-se nos mesmos fundamentos, se a interpretação de uma lei gera resultados absurdos, os juízes podem e devem reescrevê-la.

Quando um Tribunal determina se uma lei é válida ou inválida, constitucional ou inconstitucional, é proferido um juízo de valor, que é ao mesmo tempo jurídico, ou seja, lastreado em uma valoração racional, e político.

Neste contexto, o dissenso judicial é inevitável, na medida em que as divergências entre os juízes não se prendem verdadeiramente à validade ou invalidade formal de seus respectivos argumentos, mas às suas noções substancialmente divergentes sobre questões de natureza política.¹⁴

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2016, p. 138.

¹³ POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012, pps. 357-420, p. 393.

¹⁴ HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do Direito*. São Leopoldo, Ed. UNISINOS, 2015, P. 39

E por que não denominar tal postura investigativa, crítica e proativa do intérprete juiz como ativismo judicial?

Como veremos a seguir, nos Tribunais Superiores, como o STF e o TSE, a fluidez da fronteira entre política e justiça é ainda mais evidente, tendo-se em vista que o sistema de justiça constitucional previsto na Constituição Federal deixa para o Supremo o papel de definir o significado das normas constitucionais.

Embora se trate de conceitos diversos, a judicialização da política, que decorre do sistema de justiça constitucional adotado, e o ativismo judicial são dois lados da mesma moeda. São fórmulas utilizadas para superar arbítrios políticos, permitindo o acesso a direitos fundamentais pela população mais vulnerável, legitimando, assim, a suposta invasão do Poder Judiciário a áreas antes tidas como tipicamente pertencentes aos demais poderes.

Nos termos da definição dada por Barroso¹⁵, “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”

No tópico seguinte, pretendemos ilustrar a vinculação existente entre o ativismo judicial e o pragmatismo jurídico.

2 A ATUAÇÃO POLÍTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: DO JULGAMENTO DAS ADIS, ADCS, ADPFS E ADOS À EXPEDIÇÃO DE DECRETOS REGULAMENTADORES

Ninguém nega que controle direto ou abstrato de constitucionalidade, tal como exercido pelos Tribunais Superiores, nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão (ADO), incluindo o TSE, que também expede resoluções e recebe consultas, são julgamentos tipicamente políticos, porque não se dispõem a resolver qualquer litígio concreto, mas que sempre partem de uma normatividade, que se questiona ou que inexistente (quando deveria existir) e dentro de um procedimento jurisdicional, o qual legitima, inclusive, o exercício de atividades tipicamente legislativas.

Como bem recorda o ministro Barroso¹⁶, nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, in *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Vol. 5, nº 8, ano 2009, p. 11-22, p. 14

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, in *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Vol. 5, nº 8, ano 2009, p. 11-22, p. 13.

crimes hediondos; (iv) a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público. Incluo nesta lista: (v) a impossibilidade de pagamento de auxílio-moradia a magistrados em acúmulo com a recomposição salarial, a despeito do previsto no artigo 65, II, da LC nº 35/79; (vi) a suspensão de todos os decretos que flexibilizaram compra e porte de armas.

Em todos estes casos, a judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte, mas a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

Dou destaque aos dois últimos tópicos – o primeiro de relatoria do ministro Luiz Fux e o segundo do ministro Edson Fachin - para fundamentar a posição adotada neste artigo sobre o ativismo judicial sob o ponto de vista pragmatista.

Toda a lógica do pragmatismo fora aplicada nas decisões acima referidas, ou seja, analisando-se o contexto e as consequências das decisões na realidade, fora, no primeiro caso, afastada a vigência de uma regra estipulada na Lei Orgânica da Magistratura e, no segundo caso, afastados diversos decretos editados no Governo atual para regulamentar a aquisição de armas de fogo.

Reproduzimos aqui alguns trechos das decisões que fundamentam tal assertiva.

Ação Ordinária (AO) 1773-DF¹⁷:

“Em cenários como esse, **o Poder Judiciário deve, sempre que possível, proferir decisões ou modificaras já existentes para que produzam um resultado prático razoável e de viável cumprimento. É que, em uma abordagem pragmática e multidisciplinar, a atuação do juiz, como agente político dotado da missão de resolver conflitos intersubjetivos, deve ser informada por três axiomas: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo.** Primeiro, o Direito não é um fim em si mesmo, mas um processo dinâmico com finalidades sociais. Destarte, as decisões judiciais devem ser avaliadas relativamente à sua potencialidade de resolver e pacificar conflitos reais, fortalecendo relações jurídicas outrora estremecidas, **maximizando a normatividade do ordenamento jurídico e promovendo o bem-estar social**, sem que o magistrado possa se descuidar dos limites de sua própria função. Segundo, o exercício da jurisdição é contextual. **A Constituição é um documento vivo, em constante processo de significação e de ressignificação, cujo conteúdo se concretiza a partir das valorações atribuídas pela cultura política a que ela pretende ser responsiva. Por sua vez, tais valorações são mutáveis, consoante as circunstâncias políticas, sociais e econômicas**, o que repercute diretamente no modo como o juiz traduz os conflitos do plano prático para o plano jurídico, e vice-versa. Terceiro, **decisões judiciais geram impactos macrossistêmicos que repercutem em um ambiente político e econômico altamente disfuncional e fragmentado**, promovendo incentivos e desincentivos variados aos atores sociais e às instituições, tanto em relação àquilo que se vê, como àquilo que não se enxerga. As eventuais respostas dos players aos comandos judiciais se consubstanciam em elemento de convicção essencial para o alcance do ponto ótimo da intervenção judicial no mundo fenomênico, em cada caso concreto.

... o pragmatismo tornou-se common place na prática adjudicativa. Compreendido como estimativa de resultados ou juízo prognóstico, o consequencialismo não se confunde com o utilitarismo nem menoscaba reflexões de ordem moral ou positivista. Pressupõe, apenas, que o juiz considere os estados de coisas consequencialmente decorrentes de cada exegese que a norma contemple.

¹⁷ <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AO1773auxiliomoradia.pdf>, acesso em 16/11/2022

Dentro do marco do consequencialismo, a decisão mais adequada a determinado caso concreto é aquela que, dentro dos limites semânticos da norma, promova os corretos e necessários incentivos ao aperfeiçoamento das instituições democráticas, e que se importe com a repercussão dos impactos da decisão judicial no mundo social. Sob essa perspectiva, há espaço para algum pragmatismo jurídico, com espeque no abalizado magistério de Richard Posner, impondo, bem por isso, ao magistrado o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social (POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60-64).”

Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADIs) 6139, 6466 e 6119 (Estatuto do Desarmamento)¹⁸.

“Além da diligência devida, aplicada às obrigações dos Estados de regularem os usos de armas de fogo, em atenção à proteção à vida, tem-se consolidado igualmente, na esfera internacional, a necessidade de preservar o princípio da proporcionalidade na regulação da matéria. Isso equivale a dizer que as medidas adotadas pelo Estado sofrem escrutínio quanto a sua necessidade, sua adequação, e sua relativa interferência em princípios contraditórios. Penso que estas duas balizas hermenêuticas — a diligência devida e a proporcionalidade — aplicam-se in totum ao acervo normativo fiscalizado na presente ação direta de inconstitucionalidade. Em outras palavras, este Supremo Tribunal Federal deve oferecer resposta a pergunta jurídica assim formulada: **a interpretação realizada pelo Chefe do Poder Executivo do Estatuto do Desarmamento, e a consequente produção do conjunto de decretos e da portaria aqui vergastados, quita, com diligência devida e proporcionalidade, os deveres do Estado brasileiro de garantir a vida e a segurança de seus cidadãos e de cidadãos estrangeiros?** (grifos nossos)

Com fundamento em dados empíricos e fazendo uso da interdisciplinaridade, o ministro Edson Fachin responde negativamente a esta questão para justificar a sua decisão.

Importante indício, para a formulação de uma resposta, encontra-se no Comentário Geral nº 31, do COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS (CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13 26.05.2004). Ali, o Comitê explicitou o alcance das obrigações legislativas dos Estados, advertindo que os deveres impostos pelo Pacto só poderiam ser efetivamente garantidos se os indivíduos fossem protegidos por leis e normas regulamentares adequadas tanto em relação à ação estatal, quanto em relação a atos privados. É precisamente essa norma que consubstancia o dever de adotar medidas legais, com due diligence, para a mitigação de riscos de aumento quantitativo e qualitativo da violência na sociedade. No âmbito regional, a CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS tem insistido sobre o fato de que a obrigação de regular o uso da força não envolve apenas agentes públicos, mas também particulares. Isso porque o uso arbitrário da violência tolerado pelo Estado por ações ou omissões dá ensejo à responsabilização internacional por violações de direitos humanos.

Em contextos de alta violência e sistemática violação de direitos humanos, como é o caso brasileiro, o escrutínio das políticas públicas estatais deve ser feito de forma a considerar sua propensão a otimizar o direito à vida e à segurança, mitigando riscos de aumento da violência.

¹⁸ <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6139.pdf>, acesso em 16/11/2022.

Neste sentido, o dever de proteção à vida não se esgota, apenas, no controle interno exercido sobre os agentes do Estado, mas se estende à capacidade do Poder Público — entendida a partir de uma expectativa razoável de cumprimento do dever por um sujeito responsável — de controlar os riscos gerados por agentes privados. Na presente ação, refinando em grau superior a pergunta jurídica que antes formulei, **deve-se indagar se a facilitação à circulação de armas, na sociedade, aumenta ou diminui a expectativa de violência privada. Antecipando a resposta à qual me encaminharei, penso que se deve concluir pelo aumento do risco e consequente violação do dever de proteção pelo Estado.**

...

O aumento vertiginoso de armas circulando em território nacional não encontra guarida nos direitos à vida e à segurança, **nem tampouco possui premissas empíricas que possam suportar um possível direito de acesso às armas de fogo para fins de autodefesa. Afinal, como logrou demonstrar o Relatório Atlas da Violência – 2019: “De fato, há consenso na literatura científica internacional sobre os efeitos perniciosos da difusão de armas de fogo na sociedade.** Por exemplo, Conti fez uma análise intitulada “Dossiê Armas, Crimes e Violência: o que nos dizem 61 pesquisas recentes”. Segundo o autor: “90% das revisões de literatura são contrárias à tese “mais Armas, menos Crimes”. Das 10 revisões de literatura ou meta-análises publicadas em periódicos com revisão por pares entre 2012 e 2017, nove concluíram que a literatura empírica disponível é amplamente favorável à conclusão de que a quantidade de armas tem efeito positivo sobre os homicídios, sobre a violência letal e sobre alguns outros tipos de crime.”

Como se vê, claramente, ambas as decisões, de natureza política, contêm fundamentos normativos e empíricos. A realidade é levada em consideração no momento em que são levantados os fundamentos jurídicos das decisões, assim como os prognósticos dos efeitos que tais decisões trarão para a sociedade.

Neste sentido, permito-me concluir que, partindo-se do pressuposto que a Constituição é um “documento vivo”, bem como que todo juiz deve pautar suas decisões em observância aos preceitos constitucionais, sendo função do Supremo Tribunal Federal dar significado a tais preceitos, que agregam valores, *mutáveis consoante as circunstâncias políticas, sociais e econômicas*, não há dúvidas que o contexto e as consequências práticas das decisões repercutem *diretamente no modo como o juiz traduz os conflitos do plano prático para o plano jurídico*; ao fazê-lo, o juiz, desembargador ou ministro, assumem uma postura mais ativa. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. E quando estamos nos referindo a decisões dos Tribunais Superiores, por vezes são prolatadas decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.

3 O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL COM BASE NAS DECISÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Chegamos, assim, ao último tópico, objeto deste artigo. Igualmente ao que já foi exposto, sustentamos que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior Federal quanto a fidelidade partidária foram dentro do conceito de ativismo judicial proposto neste artigo. Em outras palavras, foram decisões que partiram de um contexto (ausência de normatividade), bem como evoluíram em consonância com os efeitos práticos verificados na realidade (qual seja, a

importância da sigla partidária nas eleições proporcionais e majoritárias, sob o enfoque de respeito à vontade popular) e se projetaram para o futuro. No primeiro momento, o ativismo ocorreu pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, regulamentando as regras sobre fidelidade partidária. Em um segundo momento, especificou-se em que momento deveriam incidir tais regras (somente nas eleições proporcionais e não nas majoritárias). E, em um terceiro momento, com a minirreforma do Código Eleitoral, o STF declarou que aplicação das novas regras sobre desfiliação deveriam abranger, temporariamente, uma das justas causas previstas na resolução do TSE, não mais em vigor, em nome da segurança jurídica.

Vejam os.

As definições sobre o conceito fidelidade ou infidelidade partidária se tornaram extremamente relevantes diante da possibilidade de um filiado, eleito para o desempenho de mandato eletivo, ser sancionado por ato de infidelidade decorrente de sua desfiliação voluntária.

As definições do que seria ato de infidelidade, as penalidades aplicáveis, as consequências da desfiliação voluntária dos candidatos eleitos pelo partido e da possibilidade de perda do mandato eletivo por desligamento forçado (expulsão) acabaram sendo delegadas e regulamentadas pelos partidos políticos, nos termos do §1º, artigo 17, da Constituição Federal e dos artigos 23 a 26 da Lei nº 9.096/95.

Diante de tal contexto, da ausência de uma definição clara das consequências dos atos de infidelidade e de desfiliação voluntária, os Tribunais Superiores acabaram sendo consultados pelos partidos políticos: o TSE por meio das Consultas nº 1.398/2007 e 1407/2007 e o STF nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 22.604.

No voto da Consulta nº 1398/2007¹⁹, primeiro a tratar do tema, o ministro Cezar Peluso, observando que o “funcionamento do sistema representativo proporcional baseia-se no número fixo de cadeiras estabelecido *a priori* pela própria assembleia”, e que “daí a nítida e visceral dependência que guarda o sistema proporcional em relação aos partidos políticos”, concluiu que o sistema representativo proporcional pressupõe a “primazia radical dos partidos políticos sobre a pessoa dos candidatos”.

Consta do voto o seguinte trecho:

“À luz das premissas do primado dos partidos na organização da vida política e da natureza partidária dos mandatos nas eleições proporcionais, cumpre indagar do alcance dessa vinculação entre candidato e partido. Esgotar-se-ia no momento das eleições, no ato da proclamação dos eleitos, na sua posse, ou pressuporia liame mais sólido entre o candidato e a agremiação política pela qual se elegeu? A resposta implica a questão da compatibilização entre a liberdade de filiação e a necessidade de observância da fidelidade partidária.”

Consignou ainda que a doutrina, nacional e estrangeira,

"não hesita em reconhecer, dentre os modelos teóricos, a superioridade do sistema proporcional, que, apesar das imperfeições, é o que mais bem respeita as exigências de justiça, equidade e representatividade, sem comprometer a estabilidade do governo", motivo pelo qual "os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando, sem justificção nos termos já expostos, ocorra cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito para outra legenda".

Ao final, o ministro decidiu que:

"dessa caracterização de proporcionalidade brota, como princípio, a pertinência das vagas obtidas segundo a lógica do sistema, mediante uso de quocientes

¹⁹ <https://www.migalhas.com.br/quentes/37410/integra-do-voto-do-ministro-cezar-peluso-na-consulta-1398-do-pfl--sobre-a-titularidade-dos-mandatos>, acesso em 16/11/2022.

eleitoral e partidário, ao partido ou coligação, e não, à pessoa que sob sua bandeira tenha concorrido e sido eleita".

Como se vê, observando a situação fática estabelecida pelo sistema proporcional e concluindo que os candidatos eleitos, assim o são em virtude dos partidos políticos aos quais são filiados, eis que a quantidade de vagas decorre do coeficiente eleitoral obtido pelo partido, o TSE, com fundamento no artigo 23, inciso XVIII, do Código Eleitoral, que lhe conferia competência normativa regulamentar, firmou o entendimento que, se o candidato, após o pleito, nas eleições proporcionais, mudasse de partido pelo qual foi eleito, perderia o mandato, uma vez que a vaga pertenceria ao partido ou à coligação e não ao candidato. Definiu, assim, que a desfiliação é hipótese de infidelidade partidária que enseja a perda do mandato eletivo, nos termos da Resolução n. 22.526, de 27 de março de 2007. Por meio da Consulta nº 1.407/2007, a regra acabou sendo estendida às eleições majoritárias.

Após diversos questionamento junto ao STF da validade da decisão, o TSE, lastreado pelos julgamentos dos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, pelos quais se concluiu que as características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas, e novamente fazendo uso do poder regulamentar, disciplinou o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária por meio da Resolução nº 22610 de 25 de outubro de 2007.

O poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral foi então questionado na ADI 3999-DF²⁰. Em referida ação direta de inconstitucionalidade, argumentou-se que, ao expedir a Resolução acima referida, houve usurpação, pelo TSE, de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo, bem como que, na mesma linha de raciocínio, teria ocorrido uma violação do princípio de separação dos poderes.

A decisão do STF novamente fez uso de argumentos pragmáticos para justificar o ativismo judicial do TSE.

Conforme se observa da ementa da decisão, publicada em 12.11.2008:

“O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. **As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar**”
(grifos nossos)

De fato, se há um dever constitucional a ser observado, é necessário criar mecanismos legais para que isso ocorra. Se a situação fática – omissão do Poder Legislativo – não fornece tais mecanismos, cabe ao TSE, conforme poder regulamentar que lhe foi conferido, criar a normatividade necessária para garantir a observância do princípio constitucional. Para dar eficácia prática à decisão da Suprema Corte, coube ao TSE definir os procedimentos de sua atuação nos processos envolvendo a fidelidade partidária.

Mesmo aqueles que pugnaram pela irregularidade das atuações do TSE e do STF no caso da fidelidade partidária, reputando-a como um ativismo indevido, apontam as consequências positivas delas advinda. Admitem, assim, que ela frenou a imensa troca de partidos motivadas por

²⁰ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>, acesso em 16/11/2022

interesses pessoais em detrimento da soberania popular e da representatividade do sistema político, possibilitou o acompanhamento, pelos eleitores, dos representantes que elegeram e permitiram a identificação do candidato eleito com o programa e objetivos do partido, em consonância com a escolha do eleitor.

Em 2015, o conteúdo da resolução acabou sendo novamente questionado pelos partidos políticos, por meio da ADI 5081²¹. Novamente observando a situação fática subjacente, o STF entendeu que as regras sobre fidelidade partidária e perda do mandato eletivo não se aplicavam aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, adotado para a eleição de Presidente, Governador, Prefeito e Senador, em razão de esse sistema possuir lógica e dinâmica diversas do sistema proporcional. Considerou-se que, nestes casos, a ênfase estava na figura do candidato, de modo que a perda do mandato, no caso de mudança do partido, frustraria a vontade do eleitor.

Sobreveio, então, finalmente, a Lei nº 13.165 de 29 de setembro de 2015, a qual, acrescentou o artigo 22-A a Lei 9.095/95, tratando das consequências da desfiliação partidária e as hipóteses de justa causa, revogando, assim, a Resolução do TSE.

Contudo, em razão da supressão de uma das hipóteses de justa causa para desfiliação, qual seja, o prazo de trinta dias após a criação e registro de um novo partido, a regra foi então questionada junto ao STF (ADI 5398²²), uma vez que partidos criados antes da nova lei há menos de trinta dias, para os quais ainda estavam migrando parlamentares, ficariam sem qualquer representatividade.

Em nome da segurança jurídica, uma vez que a regra anterior, mesmo que transitória, elegia tal migração como possível, e considerando as consequências da decisão – a quebra da confiança em relação a ato do poder público e a legítima expectativa dos partidos novos criados antes da lei de receberem em seus quadros detentores de mandato eletivo, e, em decorrência, cotas do fundo partidário e acesso ao rádio e à televisão - foi criada uma regra transitória, permitindo a migração de parlamentares aos novos partidos criados em data anterior à lei pelo prazo de 30 dias, a despeito da nova legislação não incluir tal hipótese como justa causa para desfiliação.

Como podemos observar, tanto o TSE como o STF, pautados, em geral, no contexto e nas consequências das decisões, sempre mantiveram um certo ativismo em matéria eleitoral, não sendo tal fenômeno uma novidade das últimas eleições, nas quais a atuação do órgão foi amplamente questionada, dado o seu protagonismo no estabelecimento de regras sobre a veiculação de propagandas eleitorais pelas mídias tradicionais e digitais.

Em todos os casos, não haveria como os Tribunais Superiores agirem tão-somente pela lógica tradicional de subsunção do fato a regra, já que situações novas foram apresentadas, demandando uma intervenção a luz dos novos fatos levados ao conhecimento dos órgãos judiciais, responsáveis em garantir uma eleição justa e pela concretização do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÕES

Conforme alerta Ibañez²³, impulsionada pelas mudanças dos paradigmas das escolas jurídicas em face da crise do positivismo, pela delegação do Executivo e omissão do Legislativo, pelo aumento da demanda da sociedade civil e pela constitucionalização dos direitos fundamentais em uma normatividade repleta de expressões vagas, fluidas e indeterminadas, ocorreu uma modificação no comportamento dos tribunais, que passaram a atuar nos vazios institucionais.

Procuramos demonstrar neste artigo que o ativismo judicial não necessariamente implica na violação da segurança jurídica. Ao contrário, o juiz, ciente que muitas vezes trata de questões políticas, que envolvem inclusive a implementação de políticas públicas, com impactos na vida

²¹ <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4513055>, acesso em 16/11/2022

²² <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748684723>, acesso em 16/11/2022

²³ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com juízes. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun. 2003.

econômica e na arena político-partidária do País, deve tomar decisões judiciais criativas, as quais devem, contudo, ser “*intersubjetivamente controláveis a partir de um método adequado de interpretação e aplicação do direito*”²⁴. As decisões, assim, devem ser fundamentadas não em argumentos retóricos, ou seja, em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão (artigo 20 da LINBT). Seria impossível, por outro lado, lastrear tais decisões pelo método do silogismo ou modelo clássico da subsunção, a não ser pelo uso de subterfúgios destinados a nada mais que esconder os reais motivos da escolha. Em outras palavras, mostra-se inviável a adoção de soluções genéricas e formalistas que não tenham a capacidade de analisar o contexto e contribuir para o bem comum. Se o pensado, o intencionado e o objeto das crenças e convicções estão sempre relacionados com o agir, então as ações próprias e alheias são os elementos incontornável para se compreender e efetivar racionalmente fins e objetivos no âmbito social.²⁵ Esta é a justamente a lógica do pensamento pragmatista. No mundo contemporâneo, não mais subsiste a tão propalada separação entre Direito e ética, tendo em vista o caráter instrumental do sistema jurídico na realização da dignidade da pessoa humana, no ideal de justiça.

Evidente que nem tudo são flores e que voluntarismos devem ser combatidos. Contudo, eles não deixam de existir somente pelo método empregado na decisão, que, por vezes, apenas irá camuflar os preconceitos do aplicador do direito.

No caso das decisões proferidas sobre fidelidade partidária, incluindo a expedição de uma resolução para regulamentar a matéria após consulta recebida pelo TSE, a resposta judicial nada mais pretendeu que fornecer a tão almejada segurança jurídica, regulamentando uma importante questão, devido a omissão do Poder Legislativo, exatamente nos termos do que prevê atualmente a LINBT (Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas).

Enfim, nos termos de tudo o que foi exposto, é seguro afirmar que mesmo considerando que os Tribunais Superiores proferem decisões políticas, isso decorre não somente do próprio sistema de justiça constitucional previsto na Constituição Federal (o que dá ensejo a judicialização da política), como também da necessidade de cumprirem, de modo estrito, o seu papel, na concretização dos valores e fins constitucionais, muitas vezes devido a omissão dos demais poderes. Neste ponto, surge como necessário o ativismo do Poder Judiciário, que não deve ser visto como ato de vontade ou arbitrário, desde que este aumento de poderes seja usado de forma responsável, após avaliação criteriosa da própria capacidade institucional, do contexto e com o olhar para o futuro, tendo em vista os impactos das decisões e a possibilidade de se perpetuarem no tempo, pacificando as situações levadas ao conhecimento do órgão, contribuindo, assim, para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges e outros, Consequencialismo, Teoria da Decisão e Jurisdição Constitucional. *Revista dos Tribunais Online*, vol, 1038/2022, p. 249-279, abril/2022.

ARAÚJO, Clarice v Oertzen. Semiótica na Hermenêutica e Interpretação da Linguagem Constitucional. In: *Hermenêutica Constitucional. Homenagem aos 22 anos do grupo de estudos*

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2016, p. 138

²⁵ GABRIEL, Anderson de Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. in *Temas de Análise Econômica do Direito Processual*, coord. Luiz Fux, Rodrigo Fux, Rafael Gaia Pepe, 1ª ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019, pp. 100/136, p. 101.

Maria Garcia, organizadores Eduardo Ribeiro Moreira, Jerson Carneiro Gonçalves Junior e Lucia Helena Polleti Bettini, São Paulo: Conceito, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Vol. 5, nº 8, ano 2009, p. 11-22.

BUSTAMANTE, Thomas. Positivismo Normativo Ou Novos Desenhos Institucionais? Uma Análise De Duas Alternativas Para Se Contestar A Supremacia Das Cortes Constitucionais. In: *Teorias Contemporâneas do Direito. O Direito e as Incertezas Normativas*. Cadernos FGV Direito Rio. Volume I. coordenação Pedro Fortes, Ricardo Campos, Samuel Barbosa. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 2016.

CAMPILONGO, Celso. *Os Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCONE, Marconi. *Justiça Constitucional*. O caráter jurídico-político das decisões do STF. São Paulo: Método, 2010.

GABRIEL, Anderson de Paiva. O pragmatismo como paradigma jurisdicional contemporâneo. In: *Temas de Análise Econômica do Direito Processual*, coord. Luiz Fux, Rodrigo Fux, Rafael Gaia Pepe, 1ª ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019, pp. 100-136.

HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do Direito*. São Leopoldo, Ed. UNISINOS, 2015.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com juízes. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 24, n. 94, p. 31-47, jun. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Tomson Reuters Brasil, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. 4ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 97-128, jan/mar 2014.

POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2012, pps. 357-420.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 247-261.

STF, Ação Ordinária (AO) 1773-DF, relator (original) ministro Luis Fux

STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIs) 6139, 6466 e 6119, relator ministro Edson Facchin

STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3999 DF, relator ministro Joaquim Barbosa

STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5081 DF, relator ministro Roberto Barroso

STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5398 DF, relator ministro Roberto Barroso

TSE, Consulta nº 1398/2007, Classe 5ª. DF, relator ministro Cesar Asfor Rocha.

TUZET, Giovanni. Legal Abduction. In *Cognitio*, São Paulo, vol. 6 no 2, p. 265-284, jul./dez. 2005.

URBANO, Maria Benedita. Interpretação conforme com a constituição e ativismo judicial. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, ano 7, 2010, p. 411-418.

URBANO, Maria Benedita. The law of judges: attempting Against Montesquieu`s Legacy or a new configuration for na old principle? In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXXVI, ano 2010, p. 621-639.