



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Manuela Thomé da Cruz Bunn

**A relação entre Direito e Moral e suas consequências no âmbito do ativismo judicial no
Brasil**

Florianópolis

2025

Manuela Thomé da Cruz Bunn

**A relação entre Direito e Moral e suas consequências no âmbito do ativismo judicial no
Brasil**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori.

Coorientadora: Luiza Leandra Ferreira.

Florianópolis

2025

Bunn, Manuela Thomé da Cruz

A relação entre Direito e Moral e suas consequências no âmbito do ativismo judicial no Brasil / Manuela Thomé da Cruz Bunn ; orientador, Luiz Henrique Urquhart Cademartori, coorientador, Luiza Leandra Ferreira, 2025.

73 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2025.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Moral. 3. Ativismo Judicial. 4. Argumentação Jurídica. I. Cademartori, Luiz Henrique Urquhart. II. Ferreira, Luiza Leandra. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.



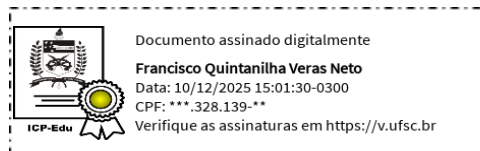
**SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Coordenação de TCC**

Manuela Thomé da Cruz Bunn

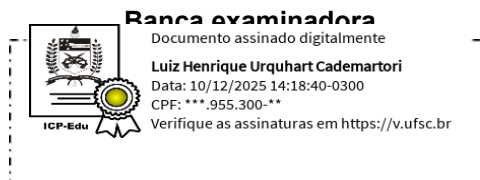
**A relação entre Direito e Moral e suas consequências no âmbito do ativismo
judicial no Brasil**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito.

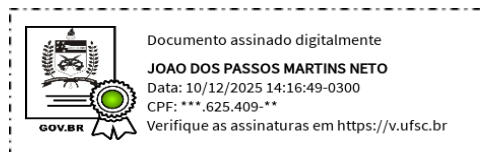
Florianópolis, 09 de dezembro de 2025.



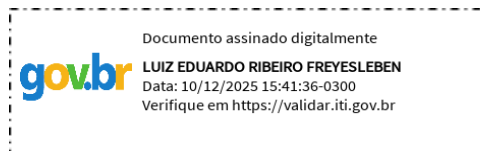
Coordenação do Curso



Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Orientador(a)



Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto
Universidade Federal de Santa Catarina



Dr. Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben
Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Florianópolis, 2025.

AGRADECIMENTOS

Difícil pensar em algo que se conquiste sozinho. A graduação em um curso de ensino superior e a elaboração de um trabalho como este com certeza não são algumas dessas coisas. Por isso, incumbe a mim a feliz tarefa de agradecer. Agradecer aqueles que acima de tudo se fizeram presentes e, de alguma forma, possibilitaram que eu chegasse até aqui.

Aos meus pais, Janice e Joilen, que não pouparam esforços para garantir que a minha formação fosse a melhor que eles pudessem ofertar e, mais que isso, desde cedo me ensinarem que não há nada melhor que alguém possa fazer por si mesmo do que aprender. À Maithe, minha irmã, pela parceria de tantos anos, pela cumplicidade e apoio constantes e por acreditar em mim, por vezes muito mais que eu mesma.

Ao João Gabriel, pelo carinho e compreensão de tantos anos, mas em especial neste último semestre, quando não pude me fazer tão presente quanto gostaria. Cada palavra de motivação e gesto de cuidado me fizeram acreditar cada vez mais em mim. Agradeço por ter comemorado comigo cada pequena conquista como se fossem suas.

Aos meus amigos Maicon, Cássia, Mariza e Matheus, pela parceria nestes cinco anos de graduação, fazendo desta jornada tão leve quanto ela poderia ser. Em especial, agradeço à Natália e ao Gustavo, não só pela amizade nesse período, como também por todo o apoio no processo de elaboração desta pesquisa, vocês foram essenciais.

À equipe do Gabinete do Dr. Luiz Eduardo R. Freyesleben, onde fui recebida de braços abertos. Poucas pessoas têm o privilégio de trabalhar com uma equipe tão atenciosa e disposta a instruir, que construiu um ambiente onde se quer estar. Entrei no estágio buscando aperfeiçoar meus conhecimentos jurídicos e quanto à prática forense, mas tive a feliz surpresa de aprender muito mais que isso: aprendi que qualquer bom trabalho impescinde de boas relações. Em especial ao Jeferson, que contribuiu muito para este trabalho, bem como para a minha aprovação na OAB.

Ao caro orientador Professor Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, que fez de cada orientação uma aula, sem poupar esforços para que esta pesquisa se concretizasse. As lições que me passou transformaram o desejo de continuar na jornada acadêmica em uma certeza. À coorientadora Luiza, por ter aceitado me auxiliar neste processo.

Ao Professor Dr. João dos Passos Martins Neto, com quem tive a feliz experiência de ser monitora, além de ser o grande responsável pelo meu apreço pelo Direito Constitucional. Ao Dr. Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben, por acreditar em mim e estar sempre disposto a me auxiliar, bem como por me orientar nos melhores caminhos para atingir meus objetivos. Agradeço, também, por aceitarem participar da banca avaliadora deste trabalho, abdicando de outros afazeres para isso.

“A legitimidade do Poder Judiciário não se mede pelo que ele decide, mas pela prudência de como decide.” (Luís Roberto Barroso)

RESUMO

A presente pesquisa busca conhecer quais as consequências da fundamentação de decisões judiciais baseada em argumentos morais e seu potencial antidemocrático. Parte-se da hipótese de que a principal consequência é a ocorrência do fenômeno conhecido como ativismo judicial, e que este seria potencialmente degradante à democracia. Para isso, objetiva-se compreender o instituto da argumentação jurídica, as relações existentes entre direito e moral, suas consequências, bem como o fenômeno do ativismo judicial. Adotando-se o método dedutivo, a pesquisa estabeleceu uma análise geral dos conceitos e institutos para, em seguida, deduzir suas ocorrências específicas, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Assim, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo centrou-se nas teorias da argumentação jurídica, seus principais expoentes e métodos de aplicação. No segundo, analisou-se as relações existentes entre direito e moral, inclusive como ela ocorre em decisões judiciais do STF e, por fim, quais as consequências dessa ocorrência. O terceiro capítulo estuda o fenômeno do ativismo judicial, apontado como uma das principais consequências do uso de argumentos morais em decisões judiciais. Abordando não apenas seus conceitos, como também sua ocorrência frequente no STF, destacou-se seu caráter antidemocrático e, portanto, perigoso para os Estados Constitucionais.

Palavras-chave: argumentação jurídica; direito e moral; ativismo judicial.

ABSTRACT

This research seeks to understand the consequences of judicial decisions based on moral arguments and their anti-democratic potential. It starts from the hypothesis that the main consequence is the occurrence of the phenomenon known as judicial activism, which could potentially undermine democracy. To this end, the objective is to understand the institution of legal argumentation, the relationships between law and morality, their consequences, as well as the phenomenon of judicial activism. Adopting the deductive method, the research established a general analysis of the concepts and institutions in order to then deduce their specific occurrences, mainly within the scope of the Federal Supreme Court. Thus, the work was divided into three chapters. The first chapter focused on the theories of legal argumentation, its main exponents, and methods of application. The second analyzed the relationships between law and morality, including how it occurs in STF judicial decisions and, finally, the consequences of this occurrence. The third chapter studies the phenomenon of judicial activism, identified as one of the main consequences of the use of moral arguments in judicial decisions. Addressing not only its concepts, but also its frequent occurrence in the Federal Supreme Court, its anti-democratic character and, therefore, dangerous for constitutional states, was highlighted.

Keywords: legal argumentation; law and moral; judicial activism.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. ASPECTOS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: PRINCÍPIOS, VALORES E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL	13
2.1 Teorias da argumentação jurídica	13
2.2 Princípios e valores e seu papel na construção da decisão judicial	16
2.3 A justiça e a ponderação de princípios	20
3. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NAS DECISÕES JUDICIAIS	26
3.1 Direito, Moral e Justiça	26
3.2 A influência de juízos morais nas decisões do STF	33
3.2.1 A ADPF 186.....	36
3.2.2 A ADI 4983.....	37
3.2.3 A ADI 3510.....	38
3.3 O impacto de juízos morais na (i)legitimidade das decisões judiciais	40
4. ATIVISMO JUDICIAL NO APELO A VALORES MORAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS: DESAFIOS E LIMITES	45
4.1 Conceitos destacados de ativismo judicial	45
4.2 Ativismo judicial e a interpretação moral de normas: o caso do STF	51
4.3 Ativismo judicial e a possível fragilização das instituições democráticas	56
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre as relações entre Direito e Moral tem se tornado, nas últimas décadas, tema polêmico e de inegável importância no contexto jurídico brasileiro, embora não seja somente um fenômeno local. Entretanto, e apesar da relevância prática do tema, ainda não há consenso acerca das circunstâncias em que tais relações são legítimas ou ilegítimas.

Somado a isso, tem-se, nas últimas décadas, um cenário jurídico brasileiro marcado por intensos debates acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário. Em um contexto de complexidade social crescente, demandas coletivas ampliadas e frequente ineficácia dos demais poderes na formulação e implementação de políticas públicas, os tribunais passaram a ocupar um espaço cada vez mais proeminente na solução de conflitos que ultrapassam a estrita aplicação da lei.

Nesse ambiente, verifica-se, com destaque, o uso da argumentação moral como fundamento para decisões judiciais, especialmente quando o ordenamento jurídico apresenta-se supostamente anacrônico no âmbito infraconstitucional, posto que os direitos fundamentais de origem pré-positivista não teriam mecanismos jurídicos adequados para sua interpretação e aplicação.

A incorporação de valores morais pode, inicialmente, parecer um meio legítimo de promover justiça material e garantir direitos fundamentais, mas essa prática suscita importantes questionamentos teóricos e institucionais. Em particular, discute-se em que medida a fundamentação moral contribui para o fenômeno conhecido como ativismo judicial, entendido como a ampliação da margem decisória do julgador para além dos limites traçados pelo texto constitucional e pelas competências atribuídas aos demais Poderes. Assim, a tensão entre moralidade e juridicidade passa a ser central para a compreensão do papel do Judiciário em um Estado Democrático de Direito.

O problema que orienta este trabalho consiste, portanto, em examinar como e por que o uso de argumentos morais em decisões judiciais resulta em ativismo judicial, e quais são as consequências dessa prática para a separação de poderes, a legitimidade democrática e a previsibilidade do direito. A relevância do tema decorre não apenas da crescente judicialização de questões políticas e sociais, mas também da necessidade de identificar a relação que existe entre o direito e a moral e seus limites.

Objetiva-se, especificamente, analisar os principais aspectos relacionados à argumentação jurídica e a fundamentação de decisões judiciais, sendo, para tanto, necessário perpassar por algumas relevantes teorias de argumentação que se tornaram mais comuns no cenário jurídico brasileiro.

Não obstante, almeja-se analisar a relação entre o Direito e a Moral nas decisões judiciais, com destaque às decisões do Supremo Tribunal Federal, por sua posição de Corte Constitucional, para, então, discutir quanto às consequências dessa relação na legitimidade das referidas decisões.

Por fim, diagnosticado o problema do ativismo judicial como consequência do uso de argumentações morais nas decisões judiciais, busca-se compreendê-lo, exemplificá-lo em casos concretos julgados pela Suprema Corte Brasileira e, por fim, demonstrar porque esse fenômeno representa um desafio para um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, este estudo busca contribuir para uma compreensão crítica da atuação judicial, analisando os limites normativos da argumentação moral e seus impactos no equilíbrio institucional. Para isso, utilizou-se do método de pesquisa dedutivo, no qual parte-se de contextos gerais para identificar contextos específicos. Para abordar os principais referenciais teóricos sobre argumentação jurídica, moralidade no direito e ativismo judicial, foi realizada uma pesquisa majoritariamente bibliográfica, mas também jurisprudencial.

2. ASPECTOS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: PRINCÍPIOS, VALORES E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL

2.1 Teorias da argumentação jurídica

Com o propósito de perquirir a aplicação de princípios como eixo da argumentação na resolução de controvérsias judiciais, este primeiro capítulo tem por objetivo delimitar o conceito de argumentação jurídica, segundo alguns expoentes que tratam do tema¹, uma vez que este constitui o bojo da presente investigação. A partir da definição adotada, serão examinados os papéis dos valores e princípios nas decisões judiciais, bem como a ponderação de princípios no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com a busca pela justiça.

Explica-se, portanto, que a presente pesquisa concentrar-se-á na análise teórica do que considera como casos difíceis, conceito que será explorado, bem como na análise de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), onde poder-se-á visualizar a prática jurisprudencial da necessidade de aplicação de princípios.

A argumentação jurídica tem como objeto de análise as argumentações realizadas no campo do Direito. Assim, podem ser destacados alguns expoentes na área de argumentação que se entende serem os mais relevantes quanto a sua influência no Brasil. Nesse sentido, Atienza distingue três contextos jurídicos em que é possível de se verificar o fenômeno da argumentação, quais sejam, o âmbito de produção ou estabelecimento das normas, seu âmbito de aplicação e o âmbito da dogmática jurídica. O primeiro ocorre nas fases pré-legislativa e legislativa, enquanto o terceiro é identificado no desenvolvimento de critérios para a aplicação do Direito.²

O segundo, o âmbito da aplicação das normas jurídicas à solução de casos, abrange a argumentação jurídica relacionada a problemas fáticos e a problemas jurídicos no contexto das decisões judiciais. Apesar da realidade dos problemas enfrentados pelos tribunais estar

¹ Por evidente, não se trata aqui de esgotar toda a temática e os diversos jusfilósofos que tratam da teoria de argumentação jurídica, e sim selecionar de forma esquemática aqueles que tiveram maior influência no âmbito jurídico brasileiro.

² ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias das Argumentações Jurídicas - 2ª Edição 2014**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. *E-book*. p.1. ISBN 978-85-309-5571-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5571-7/>. Acesso em: 28 mai. 2025.

centrada nos problemas fáticos, a teoria da argumentação jurídica majoritária concentra-se nos problemas de Direito, que, quando analisados em concreto, são chamados de casos difíceis.³

Diante da impossibilidade de se afirmar que a referida aplicação das leis à solução de casos se perfectibiliza unicamente com uma inclusão lógica a partir de conceitos abstratos, não é possível desvencilhar a argumentação jurídica das decisões judiciais.⁴ Alexy explica esse cenário a partir de quatro motivos, quais sejam: a imprecisão da linguagem do Direito, a possibilidade de conflitos entre as normas, a possibilidade de casos aos quais não é aplicável nenhuma norma jurídica válida pré-existente e a possibilidade, excepcional, de casos serem resolvidos com decisões textualmente contrárias a estatutos.⁵

Diante da latência do tema, diversos autores buscaram a teorização da argumentação jurídica, como Chaim Perelman, Neil MacCormick e Robert Alexy. Assim, Perelman entende que a argumentação jurídica é a prática das decisões judiciais, centrada na maneira de justificá-las. Portanto, o autor defende que a matéria se caracteriza em função do auditório que se pretende convencer, expandindo o uso da ferramenta para a atividade da advocacia, inclusive, onde a motivação centra-se no intento de persuadir o juiz.⁶

MacCormick que, segundo Atienza, junto com Robert Alexy, construiu uma das teorias padrão da argumentação jurídica⁷, defende que as decisões judiciais não se resumem a subsunção do caso à lei, de forma a demandarem justificações que requerem a análise de parâmetros materiais, e não apenas formais ou procedimentais.⁸

Entretanto, em tempos recentes, o jurista que encontrou eco de forte disseminação no Brasil, tanto na Academia como na jurisprudência, foi Robert Alexy. Em realidade, o autor

³ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias das Argumentações Jurídicas - 2ª Edição 2014**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. *E-book*. p.1. ISBN 978-85-309-5571-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5571-7/>. Acesso em: 28 mai. 2025.

⁴ LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 154.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 33.

⁶ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 514.

⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Rio de Janeiro: Landy, 2002, p. 118.

⁸ PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p. 49. ISSN: 1980-511X.

exerceu notável influência não só nas concepções teóricas de juristas brasileiros, como também em posicionamentos no Supremo Tribunal Federal (STF)⁹.

Alexy, dessa forma, estabelece sua teoria da argumentação especificamente no campo jurídico, diferenciado-a, no que concerne a essa localização, da argumentação geral na medida em que aquela se caracteriza pela relação com a lei válida, onde nem tudo está aberto ao debate. Essa limitação varia de acordo com a modalidade de discussão jurídica em que se está argumentando, de forma que são nas decisões judiciais onde se encontram mais limitações. O autor explica essa situação destacando a disparidade dos papéis desempenhados no âmbito de um processo, bem como no limite de tempo existente e a regulamentação pelas leis processuais.¹⁰

Nesse sentido, defende que as decisões jurídicas são o resultado da justificação de um caso especial a partir de proposições normativas, de forma que a justificação se divide em interna e externa. A primeira refere-se a verificação de se a decisão em análise segue a lógica das premissas¹¹ usadas na fundamentação, enquanto a segunda está centrada na correção ou justificação daquelas premissas¹².

Portanto, Alexy defende que a adequada teoria da argumentação jurídica deve englobar teorias da dogmática jurídica e da avaliação apropriada dos precedentes judiciais, de forma que não esteja limitada à estrutura superficial de argumentos padronizados¹³. Ainda, importante o destaque da diferença que o autor defende quando se pretende argumentar uma decisão envolvendo direitos fundamentais.

Sobre isso, o jurista defende que a argumentação no referido âmbito deve ser vinculada não às decisões resultantes do processo legislativo, ou seja, às leis, mas nas

⁹ Sobre isso, conferir o artigo “O Proporcional e o Razoável”, onde o autor, Virgílio Afonso da Silva, demonstra que, através da análise de alguns casos julgados pelo STF, a Corte constantemente se utiliza da Teoria de Alexy (por mais que erroneamente, segundo Silva), no que diz respeito aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade propostos pelo jurista na resolução de conflitos entre Princípios.

¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 212.

¹¹ Entende-se por premissas, segundo o autor, as regras de direito positivo, enunciados empíricos e premissas que não correspondem a nenhuma das duas primeiras categorias. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 226.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 217- 218.

¹³ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 104.

disposições dos próprios direitos fundamentais, que as precedem. Nesse sentido, a argumentação nesses casos seria inevitavelmente abstrata, aberta e ideologizada.¹⁴

A escolha deste autor também decorre do fato de que a sua concepção de interpretação moral da Constituição, fundamentada em uma identificação eminentemente axiológica de princípios, encontrou uma forte oposição em juristas como Ferrajoli, como há de ser explorado.

O jurista italiano estabeleceu uma crítica consistente à concepção moral do direito, que, segundo ele, impulsiona o ativismo judicial e enfraquece a segurança das relações jurídicas. Esta pesquisa demonstrará como Ferrajoli, ao reafirmar a separação positivista entre direito e moral, defende um positivismo capaz de contemplar direitos fundamentais sem recorrer a juízos morais em sua interpretação e aplicação.

Ainda, importante notar que as teorias da argumentação objetivam formular meios pelos quais seja possível a correção de eventuais visões ultrapassadas do ordenamento jurídico posto, ainda que seu texto não sofra alteração. Um fenômeno relevante que exemplifica esse objetivo é o da mutação constitucional, que pode ser entendida como a modificação de sentido ou significado da Constituição, sem que se altere o seu texto.¹⁵

Após a análise das teorias da argumentação jurídica, passa-se à construção da fundamentação das decisões judiciais, com ênfase na necessidade de aplicação de princípios e valores.

2.2 Princípios e valores e seu papel na construção da decisão judicial

Sendo certo que a decisão judicial é uma exteriorização prática da jurisdição, essa que representa o exercício de influência dotada de conteúdo imperativo¹⁶, inevitável inferir que é intrínseca a ela a imperatividade natural de atos políticos, como afirma Dinamarco¹⁷. Portanto,

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 551. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alex-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 09 set. 2025.

¹⁵ SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas endo e extrajudiciais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2016, p. 41 *et seq.* ISBN: 978-85-8296-015-8.

¹⁶ Influência, segundo o autor, é a capacidade de gerar nas outras pessoas a reprodução de seu comportamento, enquanto o poder carrega tão intensa influência que emana caráter imperativo. DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do Processo**. 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 108-112.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do Processo**. 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 108-112.

a argumentação jurídica nela constante, na forma de fundamentação, não é apenas um capricho do julgador, mas um princípio processual positivado na Constituição Federal de 1988.

O princípio da motivação das decisões judiciais, consagrado no art. 93, inciso IX, da Carta da República, condiciona a fundamentação à validade da decisão, de modo que decisões imotivadas são absolutamente nulas¹⁸. Concomitantemente ao princípio da motivação das decisões judiciais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição também se mostra relevante na presente análise, visto que garante ao cidadão a efetiva prestação da tutela jurisdicional que busca, formal e materialmente¹⁹. Isso significa dizer, portanto, que o juiz não poderá se negar a prestar a tutela jurisdicional, nem mesmo sob o argumento de inexistência de lei que regulamente certo caso concreto.

Nesse sentido, os referidos princípios processuais assumem certa relação de causa e consequência quando da utilização de princípios como a base da argumentação, quando da ausência de dispositivo legal previamente estabelecido no sistema normativo capaz de solucionar adequadamente certos casos. Esses são os chamados casos difíceis: quando o julgador não apresenta leis escritas na sua fundamentação, mas razões, sedimentadas em princípios de justiça e política pública, uma vez que “nenhuma lei estabelecida dita uma decisão em qualquer direção” no caso analisado.²⁰

Essa realidade de aplicação torna imprescindível a diferenciação entre princípios e regras²¹, visto que a instrumentalização argumentativa daqueles e destas se dá em casos de diferentes contextos e tende a gerar efeitos diversos. Essa discussão que cerca os dois referidos tipos normativos não é recente, mas atingiu maior relevância a partir dos trabalhos de Dworkin e Alexy, em que ambos advogam que a destacada distinção não apenas existe, como tem caráter lógico²².

¹⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 247-248.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56-57.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira; 3a ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 131.

²¹ Assevera-se que, doutrinariamente, as normas constitucionais são classificadas entre princípios e regras. Uma parcela da doutrina defende ser irrelevante uma distinção bem delimitada entre elas, porém uma segunda parcela defende sua necessidade. Sobre isso, consultar: FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução: Alexander Araújo de Souza *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²² SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, Jul. 2003, p. 609. Disponível

A possibilidade de fundamentação de decisões que envolvem o conflito entre direitos fundamentais, onde pode haver a restrição ou limitação de algum deles, segundo Alexy, está vinculada à teoria que diferencia princípios e regras. Para o autor, a grande diferença entre as espécies normativas é qualitativa, de forma que os princípios são mandamentos de otimização, podendo ser satisfeitos em graus variados, mas dependendo, a sua satisfação, de possibilidades fáticas e jurídicas.²³

As regras, por outro lado, não comportam graus de satisfação, de modo que ou serão satisfeitas, ou não. Assim, as regras detêm caráter de determinações, de forma que uma regra válida deverá ser cumprida em seus exatos parâmetros. Diante dessa distinção qualitativa, e não de grau, uma norma poderá ser ou um princípio ou uma regra.²⁴

Dworkin, como já mencionado, também entende a diferença entre os tipos normativos em análise como de natureza lógica, diferenciando-se quanto à natureza da orientação que fornecem. Em consonância com Alexy, o autor distingue princípios de regras na medida que afirma que, enquanto os primeiros não geram consequências jurídicas automáticas quando suas condições se apresentam, as regras o fazem.²⁵

A flexibilidade dos princípios, que podem ser satisfeitos em diferentes graus, é essencial para sua aplicação em casos difíceis. O juiz não está autorizado a criar um direito *ex post facto*, mesmo diante da ausência de lei positivada para solucionar o caso.²⁶

em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 20 ago. 2025.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 89-90. E-book. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 22 ago. 2025.

²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 91. E-book. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 22 ago. 2025.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira; 3a ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 40.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira; 3a ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 129.

Dessa forma, os argumentos de princípio²⁷ utilizados nesses casos não significam a criação de um direito novo, mas a aplicação, pelo juiz, de uma norma pré-existente no ordenamento capaz de solucionar o caso. Portanto, os princípios evitam que o juiz exerça um poder discricionário - decidir sem qualquer vinculação a uma estipulação anterior - que não lhe cabe.

Ainda, em função da ausência de caráter consequentialista nos princípios, ou seja, de sua caracterização como mandamentos de otimização, eles não prescrevem resultados objetivos, mas inclinam a decisão, não de maneira conclusiva, a uma determinada direção. Portanto, um conjunto de princípios pode estabelecer uma resolução; da mesma forma, se determinado princípio, no caso concreto, obtiver mais peso que outro, o juiz deve decidir naquele sentido.²⁸

Esse sopesamento, destaca Alexy, é uma valoração necessária às decisões judiciais, feita pelo julgador²⁹. Ainda, destaca Esser que “as valorações [...] têm] uma importância central, de algum modo problemática, em todas as decisões”³⁰, o que torna imprescindível a anotação de Kriele de que não é possível “desconhecer o elemento valorativo, normativo-teleológico e político-jurídico contido em toda interpretação”³¹ jurídica.

É de um desajuste, portanto, ignorar o caráter valorativo da atividade judicante, visto que posiciona-se em uma decisão frente a uma conduta humana que se refere a valores, e não apenas à mera subsunção de fatos a normas³². Entretanto, esse cenário apenas identifica um problema sem propor qualquer solução, de forma que o questionamento que segue se resume a:

²⁷ Faz-se necessário diferenciar o argumento de princípio do argumento de política. O primeiro não faz do juiz um legislador delegado, visto que, por mais que justifique uma decisão política, garante um direito de um indivíduo ou grupo de indivíduos. Por outro lado, o argumento de política justifica uma decisão que acautela ou desenvolve um objetivo da sociedade como um todo, o que, ao fim e ao cabo, resulta na criação de um direito novo. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira; 3a ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 130.

²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira; 3a ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 57.

²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 38.

³⁰ ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt am Main: Scriptor Verlag, 1975. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 38.

³¹ KRIELE, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**. Berlin: Duncker and Humblot, 1967. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 38.

³² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 12a ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 192.

“onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos da interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações.”³³

Nesse sentido, além de apontar como se dá essa valoração dos princípios na resolução de casos difíceis, a presente pesquisa se deterá à análise dos limites e das possíveis consequências desses juízos de valor.

Para isso, será investigada a relação entre Direito e Justiça, com o objetivo de demonstrar sua relação de meio e fim e de que forma, para que seja possível atingi-la, utiliza-se da ponderação de princípios.

2.3 A justiça e a ponderação de princípios

Não são raras as qualificações de Direito e Justiça como sinônimos. Entretanto, é necessário distingui-los, ao passo que o primeiro é uma invenção humana, um fenômeno concebido para atingir a Justiça, enquanto essa é um sistema aberto de valores inerente ao ser humano. Portanto, melhor relacioná-los como uma ferramenta destinada a um fim: o Direito visa a Justiça.³⁴

A justiça, assim como a argumentação jurídica, é objeto de estudo de juristas e filósofos há muito tempo, que buscam construir uma teoria robusta e universal sobre o tema. Entre as principais teorias jurídicas, destacam-se as de John Rawls e Ronald Dworkin. Passa-se a análise do que os referidos autores entendem por justiça, perpassando brevemente por suas teorias sem, entretanto, aprofundá-las, visto que à presente pesquisa compete apenas o entendimento da natureza da justiça.

Rawls, em “Uma Teoria da Justiça”, distingue o que seria o conceito de justiça de concepção de justiça. O autor defende que seu conceito é definido a partir da atuação de seus princípios na distribuição de direitos e deveres, juntamente com a definição da adequada repartição de vantagens sociais. Por outro lado, a concepção de justiça é uma interpretação da atuação descrita, de forma que há, na sociedade, diversas concepções individuais de justiça,

³³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 38.

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito, justiça e sociedade. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 18, p. 58-65, 2002, p. 58.

realidade que não enfraquece seu conceito, mas demonstra o compromisso da humanidade com o alcance desta.³⁵

Os princípios de justiça elaborados por Rawls são:

“Primeiro Princípio: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todas.

Segundo Princípio: As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

- a) Tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições dos princípios da poupança justa, e
- b) Sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa oportunidades.”³⁶

Portanto, identifica-se em Rawls um conceito de justiça como equidade na medida em que o fenômeno por ele descrito se concentra não em preceitos de igualdade, mas de distribuições de direitos, deveres e vantagens sociais que consideram as discrepâncias existentes entre as pessoas.³⁷

Dworkin, por sua vez, entende a justiça como uma ideia política e moral interpretada de diferentes formas, tornando impossível estabelecer um conceito único e neutro, desvinculado de interpretações pessoais. Para o autor, a justiça está relacionada à equidade entre indivíduos, e não ao coletivo, afastando-se da busca por um equilíbrio indistinto na sociedade.³⁸

Verifica-se, portanto, que tanto Rawls quanto Dworkin têm por justiça um fenômeno - ou instituição - moral diretamente vinculado à ideia de equidade. Partindo-se desse cenário e considerando o fim do Direito como a busca pela concretização da Justiça, como veiculado por Cavalieri Filho³⁹, buscar-se-á identificar como são solucionados os casos difíceis, principalmente aqueles em que direitos fundamentais conflitam.

Para os positivistas, os casos difíceis, para serem solucionados, dependem do uso de um poder discricionário pela autoridade judiciária, diante da ausência de lei escrita que se

³⁵ ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito: O sistema jurídico e a justificação moral da obediência ao Direito em Uma Teoria da Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 36.

³⁶ ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito: O sistema jurídico e a justificação moral da obediência ao Direito em Uma Teoria da Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 63.

³⁷ O conceito original de Justiça em Rawls - o descrito - sofreu críticas contundentes de Dworkin e Hart, principalmente no tocante ao segundo Princípio de Justiça, o que levou o filósofo à publicação da obra “Justiça como Equidade - Uma Reformulação”, onde comenta sobre as referidas críticas e faz alguns aprimoramentos no que chama de sua “ideia original”. Sobre isso, conferir a obra “Justiça como Equidade - Uma Reformulação”, de John Rawls.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 93.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito, justiça e sociedade. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 18, p. 58-65, 2002, p. 58.

subsume ao caso. Nesse sentido, para limitar o que considera-se discricionariedade do juiz, opera-se um encurtamento semântico das normas, de forma que todas passam a operar como se regras fossem. Portanto, soluciona-se os casos difíceis a partir de normas já postas no ordenamento, ainda que não previstas para os casos em análise.⁴⁰

Dworkin, mesmo para os casos difíceis, advoga que há apenas uma decisão correta para o caso, o que compõem a sua teoria da integridade. Refutando a discricionariedade defendida pelos positivistas, o autor diferencia o uso de princípios da atribuição de criação do direito, como entendem o positivistas, sob o argumento de que eles têm existência prévia no ordenamento, resultando, portanto, em uma interpretação construtivista, não criadora do direito.⁴¹

Nesse ponto, a teoria de Dworkin enfrenta duas críticas principais: o possível atentado à democracia e a necessidade de respeito à anterioridade da lei. Quanto ao segundo argumento, o autor sustenta que os princípios já estão presentes no ordenamento, seja por interpretação do conjunto normativo, seja por positivação direta, não havendo criação de direito posterior ao caso analisado.⁴²

Quanto ao argumento da necessidade de se preservar a democracia, Dworkin constrói uma teoria que, segundo ele, almeja tornar o direito o melhor que ele possa ser. Assim, a construção de uma decisão baseada em princípios não faria o julgador apossar-se de uma competência que democraticamente não é sua - a de criar o direito - , mas dar a ele a direção de um sistema consistente.⁴³

Ademais, não apenas nos casos difíceis os princípios são invocados para servirem de base às argumentações judiciais. Não são raros os casos de conflitos entre direitos fundamentais de caráter principiológico que demandam, para suas respectivas soluções, o uso dessas normas. Daí a íntima relação entre a teoria dos direitos fundamentais e o conceito de princípio de Robert Alexy, o que foi anteriormente abordado.

Nesse sentido, o autor detalha esse vínculo e fundamenta-o em uma característica da própria natureza dos direitos fundamentais: seus efeitos perante terceiros.⁴⁴ Assim, necessário

⁴⁰ DUTRA, Delamar José Volpato. **Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: Educs, 2008, p. 116.

⁴¹ DUTRA, Delamar José Volpato. **Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: Educs, 2008, p. 117 *et seq.*

⁴² DUTRA, Delamar José Volpato. **Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: Educs, 2008, p. 117 *et seq.*

⁴³ DUTRA, Delamar José Volpato. **Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: Educs, 2008, p. 117 *et seq.*

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 543. E-book. Disponível em:

que o procedimento de tutela jurisdicional que os envolva se atenha às consequências desta característica, visto a importância destes em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro.

Três dessas consequências merecem especial atenção. A primeira delas é a limitação dos conteúdos possíveis de serem abrangidos pelo direito ordinário. Isso porque os direitos fundamentais tornam certas matérias como constitucionalmente necessárias, enquanto outras como constitucionalmente impossíveis. A segunda consequência centra-se na sua qualidade como tipo de determinação substancial, que por vezes torna-se de significação aberta, não apenas um função dessa característica em termos semânticos e estruturais, bem como em função de sua natureza principiológica.⁴⁵

Por fim, a terceira consequência está relacionada à qualidade moral de referida abertura. Essa situação é perfeitamente perceptível na análise dos direitos fundamentais mais básicos - liberdade, dignidade e igualdade -, os quais são conceitos fundamentais da Filosofia. Portanto, o sopesamento entre direitos fundamentais e, conseqüentemente, entre princípios leva, inescapavelmente, ao problema da justiça já abordado.⁴⁶

Essa realidade também se observa dos abordados princípios de justiça em Rawls, que, como visto, refletem uma árdua tentativa de sopesar os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade. Nesse sentido, inegável que os direitos fundamentais, a partir dessa característica de produção de efeitos perante terceiros - ou irradiação -, derrama sobre todos os ramos do Direito essa ideia de justiça.⁴⁷

Destacada a necessidade de aplicação de princípios na argumentação das decisões judiciais e em conjunto com a relevância prática do tema (que será demonstrada em seguida), cumpre estabelecer como se dá essa aplicação. Isso porque, é possível a conclusão de que,

https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 09 set. 2025.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 543. E-book. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 09 set. 2025.

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 544. E-book. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 09 set. 2025.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 544. E-book. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 09 set. 2025.

diante de casos difíceis ou que apresentam conflitos entre direitos fundamentais, não apenas um princípio se apresenta - e muito menos apenas um princípio é utilizado - para que o conflito seja decidido, de forma que são passíveis de entrar em colisão^{48, 49}

O que ocorre é a necessidade de sopesamento e valoração dos princípios, como brevemente já anotado, a partir de todos aqueles que possíveis e necessários à resolução do caso, bem como daqueles conflitantes. A esse processo Alexy nomeia de ponderação de princípios. Propõe o autor que seja utilizada a máxima da proporcionalidade, uma vez que, segundo ele, está ela conectada aos princípios em função de suas naturezas.⁵⁰

A máxima da proporcionalidade, portanto, é um método composto por três regras - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - , que devem ser aplicadas em ordem, devendo ser satisfeitas ou não. Quando da eventual não-satisfação de uma delas, importa dizer, não se vislumbra qualquer ilegalidade, apenas que a hipótese observada não é a mais indicada ao caso vislumbrado.⁵¹

A adequação se resume na conveniência do mandamento ao caso concreto, ou seja, se é apropriada a aplicação de determinado(s) princípio(s). A necessidade está centrada na ideia de menor onerosidade, ou seja, se a medida a ser aplicada ao caso concreto afeta na menor intensidade possível, por exemplo, o outro direito fundamental envolvido no caso. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é um procedimento de sopesamento em sentido estrito, portanto, significa verificar se a medida alcança benefícios que se sobrepõem a eventuais prejuízos.⁵²

⁴⁸ Sobre isso, destaca-se que direitos expressos em princípios podem colidir na medida em que por vezes o *dever-ser* expresso por um não é compatível com o *dever-ser* expresso por outro, em função das amplitudes atingidas por esses *dever-seres*. Sobre isso, consultar: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁴⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 37.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116 *et seq.* E-book. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 09 set. 2025.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116 *et seq.* E-book. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 09 set. 2025.

⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 116 *et seq.* E-book. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 09 set. 2025.

É importante destacar que a jurisprudência brasileira, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), frequentemente utiliza os termos “princípio da razoabilidade” e “princípio da proporcionalidade” como sinônimos. No entanto, conforme já observado, ambos são regras e não princípios. Embora no senso comum razoabilidade e proporcionalidade possam ser considerados equivalentes, no contexto jurídico e na teoria de Alexy, é necessário diferenciá-los.⁵³

Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva destaca que não apenas as origens dos institutos são diferentes, sendo a razoabilidade um instituto de origem norte-americana, enquanto a proporcionalidade tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, como têm estruturas diferentes. Assim, destaca-se que a regra da proporcionalidade, como visto, não é apenas a identificação de um conduta proporcional a partir de juízos subjetivos, é um procedimento valorativo com critérios fixos, claros e independentes.⁵⁴

Por outro lado, a razoabilidade, que se baseia no devido processo legal substancial, está vinculada à “compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”.⁵⁵

A jurisprudência do STF, como já mencionado, não distingue corretamente a razoabilidade da proporcionalidade, o que compromete sua aplicação adequada. A Corte, como há de se observar, não parece se deter no procedimento, da mesma forma que sem muita profundidade fundamenta sua utilização.⁵⁶

A exemplo da referida prática, destaca-se o HC 76.060-4 que, ao decidir sobre a impossibilidade da submissão compulsória ao fornecimento de material genético, com fins de obtenção de prova de reforço quanto à possível paternidade, o fez sob os fundamentos do “princípio da proporcionalidade ou razoabilidade”⁵⁷. Sem fazer qualquer menção ao

⁵³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002, p. 30. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 09 set. 2025.

⁵⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 31. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 09 set. 2025.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 4, p. 160-175, jul./dez. 1996, p. 66.

⁵⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 31. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 09 set. 2025.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 76.006-4/SC. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 31 de março de 1998.

procedimento e ainda confundindo os institutos, a jurisprudência brasileira pouco acrescenta ao debate da técnica em questão⁵⁸.

3. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NAS DECISÕES JUDICIAIS

Com o objetivo de evidenciar a problemática envolvendo a utilização de argumentações morais na fundamentação de decisões judiciais, o presente capítulo buscará estabelecer qual é a relação existente entre direito e moral. Em seguida, será analisada a (in)ocorrência de eventual utilização de argumentos de natureza moral pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciando suas principais atribuições e suas respectivas naturezas. Para tanto, serão analisadas três decisões de expressiva relevância social, quais sejam: a ADPF 186, a ADI 4983 e a ADI 3510.

Por fim, será discutido o impacto do uso argumentos morais nas decisões judiciais, sobretudo naquilo que concerne a sua legitimidade, evidenciando, também, como consequência desse uso, os fenômenos da judicialização da política, da politização da justiça e, principalmente, do ativismo judicial. Esse último, em especial, será objeto do próximo capítulo, devido a sua relevância.

3.1 Direito, Moral e Justiça

A discussão quanto à relação entre direito e moral é, há muito tempo, alvo de abordagens pelos mais diversos e renomados juristas e teóricos do Direito, que não apenas traçaram suas próprias teorias acerca dessa relação, bem como as trabalharam sobre suas próprias noções do conceito de moral⁵⁹. Não cabe, neste trabalho, a busca pelo esgotamento do tema, mas o passeio por algumas concepções, incluindo aquela que se acredita mais adequada para esta pesquisa, com o fim de que seja possível atingir uma melhor elucidação quanto à relação entre direito e moral.

Como visto, a aplicação de princípios e valores nas decisões judiciais implicam um julgamento, em alguma medida, pincelado de contornos morais. Por isso, torna-se necessário

⁵⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 31. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 09 set. 2025.

⁵⁹ MATZENBACHER, Fernanda Sucharski. **A relação entre Direito e moral em Dworkin e Ferrajoli: O Estado Constitucional de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004, p. 9.

desvelar a relação que se entende existir entre esses dois institutos, analisando algumas teorias sobre o tema, bem como acolhendo aquela que considera-se mais coerente com o cenário judicial brasileiro.

Com o objetivo de identificar o impacto da moralidade na legitimidade das decisões judiciais, será analisada a sua utilização na interpretação das normas constitucionais a partir da identificação de em que medida a moral influencia nas decisões da Corte Constitucional brasileira.

Nesse sentido, o positivismo jurídico, doutrina jurídica que compreende o direito como fenômeno relativo e contextual de acordo com cada ordenamento nacional, afastando-o de uma abordagem valorativa, defende a análise do direito como análoga a de uma ciência, de forma a considerá-lo como tal. Entretanto, apesar de defender a análise do direito separando as dimensões do ser (mundo da vida) e do dever ser normativo, a doutrina positivista extrapola os limites da teoria e adentra no campo da ideologia ao explorar um determinado modo de se conceber o direito.

Assim, enquanto a teoria positivista caracteriza o direito como ciência avaliativa, sua ideologia advoga o dever incondicional ou absoluto de obedecer à lei quanto tal. Sob esse aspecto, destaca-se a ausência da valoração de justiça para justificar a obrigação de obediência à lei, uma vez que essa não está compreendida no seu conceito. Portanto, a obrigação social de agir nos ditames legais está desvinculada de qualquer juízo moral, uma vez que basta para que a lei assim o seja quando atende aos requisitos formais de sua elaboração.⁶⁰

Nas palavras de Kelsen:

“A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem o dever de o conhecer e descrever.”⁶¹

De outra parte, o neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, é entendido como um fenômeno que equaciona Direito, moral e política, de forma que extrapola os limites daquilo

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 225 *et seq.*

⁶¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 77.

que pode ser entendido como estritamente jurídico, fundamentando-se em uma concepção própria do Estado de Direito e do papel da Constituição.⁶²

Na medida em que pretende colocar-se como oposição ao positivismo, relativiza a rígida separação entre direito e moral proposta por aquela teoria, bem como desloca o papel central na análise da ciência jurídica do legislador para a decisão judicial. Dessa forma, passam a ocupar esse lugar o intérprete e julgador, visto que, enquanto aquela teoria valoriza os casos comuns - aqueles para os quais o ordenamento já prevê solução - o neoconstitucionalismo se ocupa com a solução de casos indeterminados - os casos difíceis.⁶³

Sobre isso, pode-se estabelecer um compromisso entre o direito e a moral através do consenso, entendido como um critério para a juridicização de valores. Significa dizer, dessa forma, que valores morais adentram no Direito através desse critério, de modo que essa inserção passa a ser justificada e não causa qualquer estranheza, na medida em que é incorporada ao ordenamento ao ser jurisdicizada.⁶⁴

Habermas discute essa relação com maestria, na medida em que defende que procedimentos morais não regulados juridicamente não são racionais e, por isso, não estão associados a critérios independentes, capazes de fazer com que qualquer pessoa média e alheia ao caso consiga perceber, a partir da fundamentação, que a decisão está correta.⁶⁵

A moral vincula-se ao direito quando este é institucionalizado pela vontade humana, mesmo que não legislado, desde que jurisdicizado. Assim, não há problema em inovações normativas posteriores ao fato judicializado, sendo central o papel da argumentação jurídica, especialmente na ponderação de princípios pelos juízes.⁶⁶

O neoconstitucionalismo, como demonstrado, é uma doutrina que busca romper com o positivismo jurídico, por entendê-lo superado após a Segunda Guerra Mundial e com o desenvolvimento das constituições da segunda metade do Século XX, muito marcadas por sua

⁶² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

⁶³ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 42 *et seq.*

⁶⁴ MATZENBACHER, Fernanda Sucharski. **A relação entre Direito e moral em Dworkin e Ferrajoli: O Estado Constitucional de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 223 *et seq.*. 2004.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Tradução: Sandra Lipert. Lisboa: Fundação Piaget. 1999, p. 58.

⁶⁶ ROSA, Alexandre Moraes da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 101.

rigidez, proteção aos direitos fundamentais e pela incorporação de uma série de princípios diretrizes de ordem socioeconômica nelas previstos.

Assim, a pretensão superação daquela doutrina, respaldada pela vinculação entre direito e moral, na importância da distinção das normas constitucionais entre princípios, regras e diretrizes e na admissão da possibilidade de colisão entre princípios e sua ponderação, aproxima esta de um novo jusnaturalismo que não se mostra mais adequado no atual contexto dos Estados Constitucionais de Direito.⁶⁷

Esse posicionamento de defesa quanto à separação das normas constitucionais entre princípios e regras tem reflexo direto na vinculação entre o direito e a moral que o neoconstitucionalismo impõe. Isso porque, para essa doutrina, os direitos fundamentais têm, em regra, estrutura de princípios e, portanto, serão objeto de ponderação como método prévio de aplicação em casos difíceis.⁶⁸

Nesse sentido, o direito adquire um caráter moral objetivo, ou seja, baseado em valores morais e políticos de justiça comuns à coletividade, como são entendidos os direitos fundamentais. Por isso, normas consideradas extremamente injustas, nessa concepção, serão consideradas, em última análise, inválidas.⁶⁹

Disso decorre a defesa de Habermas de que nos sistemas constitucionais atuais, com a constitucionalização de direitos fundamentais, o moral não está mais acima do direito, mas introduz-se no próprio centro do direito positivo: a Constituição.⁷⁰

Por outro lado, Luigi Ferrajoli, jurista italiano, defende aquilo que denomina constitucionalismo garantista (ou normativo ou positivista): uma nova abordagem do direito positivo que corrige as distorções do que ele chama de paleopositivismo, vale dizer, o positivismo clássico consolidado a partir do Estado de Direito. Sendo assim, o positivismo

⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 101.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 543. E-book. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 13 nov. 2025.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Tradução: Sandra Lipert. Lisboa: Fundação Piaget. 1999, p. 36.

defendido por Ferrajoli consegue enfrentar a interpretação e aplicação de direitos fundamentais mantendo a separação entre direito e moral.⁷¹

Esta nova observação do positivismo, agora de caráter constitucional, pode representar três significados distintos⁷², quais sejam: um modelo de sistema jurídico, uma teoria do direito e uma filosofia política. Como modelo de direito ou de sistema jurídico, o constitucionalismo garantista se caracteriza pela positivação de princípios que devem guiar a produção normativa, de forma a garantir materialmente os direitos fundamentais previstos nas Constituições tidas como rígidas⁷³.

Como teoria do direito, a corrente distingue o dever ser do ser do direito, tendo o primeiro como correspondência das normas constitucionais e o segundo das normas infraconstitucionais. Além disso, distingue corretamente os planos de validade e vigência da norma, admitindo a possibilidade de uma norma vigente ser inválida, como no caso de adequação formal, mas incompatibilidade com normas substanciais de sua produção.

Por fim, o significado como uma filosofia política consiste em uma teoria da democracia substancial⁷⁴, ou seja, ancorada em um sistema jurídico e político que garante os direitos fundamentais. Neste cenário, estes são tidos como a “esfera do indecível”, posto que contramajoritários e insuscetíveis de supressão. Ou seja, a democracia é concebida tendo

⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 102.

⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Principalista e Constitucionalismo Garantista*. In: ROSA, A.M. *et al* (orgs.) **Garantismo, Hermenêutica e Constitucionalismo**, 2. ed. ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 10 *et seq.*

⁷³ Existem diferentes formas de classificar uma Constituição, sendo um dos critérios de maior relevância a sua classificação quanto à estabilidade, mutabilidade ou alterabilidade. Nesse sentido, uma constituição pode ser rígida, flexível ou semi-rígida. Uma constituição é rígida quando só pode ser alterada mediante processo solene e dificultado em relação àqueles de elaboração de leis infraconstitucionais. Uma constituição é entendida como flexível quando inexistem critérios que dificultam esse processo de reforma, podendo ser alterada livremente. Por fim, uma Constituição é considerada semi-rígida quando há partes suas que podem ser alteradas sem formalidades, enquanto outras as exigem. Destaca-se a condição da Constituição Federal de 1988 como rígida. OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito constitucional**. São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2004, p. 26 *et seq.*

⁷⁴ Democracia substancial é um conceito elaborado por Luigi Ferrajoli, em observação ao novo paradigma dos Estados de Direito no segundo pós-guerra: a Constituição. Assim, o jurista elaborou essa acepção que compreende a dimensão formal da ideia de democracia, qual seja, o método de tomada de decisões políticas estar baseado na representação, por intermédio do sufrágio universal; bem como integra a dimensão material ou substancial da produção legislativa, ou seja, a observância daquilo que é proibido e daquilo que é obrigatório decidir, quaisquer que sejam as maiorias contingentes. Sobre isso, consultar: FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução: Alexander Araújo de Souza et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 45 *et seq.*

como regra primacial a vontade da maioria, entretanto, limitada por uma esfera de direitos protegidos quanto à opinião majoritária contingente.

Assim, a tese de Ferrajoli nega aquilo que ele entende por cognitivismo ético, ou seja, uma concepção objetivista da moral, tal como entendida pelos neoconstitucionalistas, bem como defende a separação entre esta e o direito. Nesses termos, o juspositivismo, como também é chamada a corrente em tela, advoga no sentido de que a validade ou a existência da norma de forma alguma implica sua justiça. Assim, o constitucionalismo garantista admite os pontos de vista da moral e da política, portanto, os pontos de vista críticos, nos confrontos das normas constitucionais, mas estes externos ao ponto de vista do direito, que se entende autônomo.⁷⁵

Assim, entende Ferrajoli que a separação entre direito e moral é uma conclusão inevitável do princípio da legalidade, de forma a excluir da atribuição de validade de uma norma seu caráter de justa, o que garante a submissão dos juízes à lei e limita qualquer arbítrio moral, desfavorecendo o ativismo judicial que decorre das concepções principialistas. Ademais, o autor descaracteriza a importância da distinção entre princípios e regras, afirmando que essa categorização enfraquece a normatividade constitucional, tendo como deslinde o comprometimento da segurança das relações jurídicas^{76, 77}

Isso porque a constitucionalização dos direitos fundamentais, ainda que se pretenda entendê-los como princípios de justiça, não incide sobre a tese da separação entre direito e moral. Essa realidade se justifica na medida em que a positivação de uma norma, seja ela constitucional ou não, realizada em conformidade formal e material com um sistema jurídico

⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 102.

⁷⁶ Ferrajoli critica a referida separação das normas constitucionais em princípios e regras sob alguns argumentos, dentre eles, e talvez o mais relevante, tem-se o enfraquecimento do caráter vinculante das normas constitucionais. Isso ocorre em função da contraposição dos procedimentos de subsunção da norma constitucional, quando esta for entendida como regra, e de ponderação da norma constitucional, quando esta for entendida como princípio. Em paralelo, essa distinção também enfraquece a legitimidade da jurisdição na medida em que ameniza sua cognitividade, ao mesmo tempo que propicia o ativismo e a discricionariedade judicial. Sobre isso, consultar: FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista*. In: ROSA, A.M. *et al* (orgs.) **Garantismo, Hermenêutica e Constitucionalismo**, 2. ed. ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista*. In: ROSA, A.M. *et al* (orgs.) **Garantismo, Hermenêutica e Constitucionalismo**, 2. ed. ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 12.

nomodinâmico, torna-a válida independentemente de qualquer consideração quanto a sua (in)justiça.⁷⁸

Além disso, não é necessário preocupar-se com possíveis excessos legislativos ou com a impossibilidade de correção pelos juízes, pois, no plano da teoria política, o juspositivismo, ao separar direito e moral, rejeita o uso do direito como reforço da moral para garantir liberdades fundamentais em relação ao que não lesiona terceiros. Dessa forma, o juspositivismo funciona como limite ao poder legislativo e à sua eventual invasão na vida moral da sociedade.⁷⁹

Portanto, entende-se o direito como um sistema autônomo que não corresponde a um subproduto necessário de regras morais. Entretanto, e conforme já dito, é necessário distinguir o positivismo jurídico, ou paleopositivismo, como chamado por Ferrajoli, do juspositivismo, aqui discutido. Enquanto aquele não observa a existência dos institutos da validade e da vigência das normas como independentes entre si, este não apenas observa, mas faz desse um ponto estruturante em sua acepção de teoria do direito, como já demonstrado.

Isso se deve ao fato de que o constitucionalismo garantista observa a nova formulação dos Estados, centrados naquilo que essa doutrina denomina como Estado Constitucional de Direito. Até o advento dessa concepção, a premissa maior dos Estados era a lei em sentido estrito, e, portanto, para uma norma ser válida ela necessariamente seria vigente também, visto que esses institutos apenas se referiam às correspondências formais do processo legislativo.

O advento do Estado Constitucional de Direito, segundo Ferrajoli, exige o aprimoramento do paleopositivismo para distinguir os institutos, pois a premissa principal passou da lei em sentido estrito para a Constituição. Os mecanismos de garantia das premissas constitucionais, especialmente o controle de constitucionalidade, também tornaram essa diferenciação necessária. Assim, o critério para aferir a validade de uma norma deixou de ser formal e passou a ser o próprio texto constitucional.⁸⁰

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução: Alexander Araújo de Souza et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 104 *et seq.*

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principlista e Constitucionalismo Garantista. In: ROSA, A.M. *et al* (orgs.) **Garantismo, Hermenêutica e Constitucionalismo**, 2. ed. ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 12.

⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principlista e Constitucionalismo Garantista. In: ROSA, A.M. *et al* (orgs.) **Garantismo, Hermenêutica e Constitucionalismo**, 2. ed. ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

Assim, importante ressaltar que a diferença mencionada com relação à premissa paradigma não é uma simples alteração de escala, uma vez que a Constituição não representa um compêndio organizado de leis, mas um pacto sócio-político do Estado. Portanto, é imprescindível a diferenciação dos institutos da vigência e da validade das normas na atual configuração dos Estados Constitucionais de Direito.

A doutrina positivista clássica, o paleopositivismo jurídico, portanto, não se mostra mais idônea para demonstrar o contexto atual dos Estados Constitucionais de Direito pelas diversas razões apresentadas.

O neoconstitucionalismo também não é suficiente ou mesmo adequado ao referido cenário contemporâneo, pois, como já explorado, defende a aproximação do direito com a moral, resultando no indesejável cognitivismo ético, bem como enfraquece a normatividade da Constituição ao distinguir rigidamente princípios e regras.

Além disso, essa corrente privilegia a discricionariedade judicial⁸¹ ao conferir amplo poder aos juízes na ponderação de princípios. Essa atribuição, decorrente da centralidade das decisões judiciais em relação à elaboração legislativa, relativiza a submissão dos juízes à lei e ao princípio da legalidade, gerando insegurança jurídica e favorecendo o ativismo judicial

Assim, o constitucionalismo garantista supera as inconsistências apontadas tanto do paleopositivismo jurídico quanto do neoconstitucionalismo, na medida em que separa o direito da moral bem como reconhece a distinção entre validade e vigência das normas. Por isso, mostra-se como o paradigma mais adequado para fundamentar a análise da presente pesquisa, vez que melhor se adequa ao Estado Constitucional de Direito que se tem hoje.

3.2 A influência de juízos morais nas decisões do STF

Como anteriormente abordado, juristas e teóricos do direito, mais precisamente aqueles adeptos ao neoconstitucionalismo, defendem a vinculação necessária da moral e do direito, de forma que, inevitavelmente, as decisões judiciais terão caráter moral.

⁸¹ Entretanto, e por paradoxal que pareça, Ronald Dworkin, cuja teoria é uma das matrizes do neoconstitucionalismo, formula suas teses criticando o postulado da decisão discricionária de Hart para casos difíceis, concebendo um direito pós-positivista baseado em princípios da moral política de uma comunidade. Tais princípios, na visão de Dworkin, resolveriam casos difíceis onde não há regra a ser aplicada ou a regra é “injusta”. Mas, apesar disso, o uso destes princípios de estrutura semântica aberta ironicamente acabam por ampliar o subjetivismo interpretativo dos juízes, consubstanciando, em última análise, uma discricionariedade judicial ainda maior.

Nesse sentido, Ronald Dworkin, como uma das matrizes teóricas de maior expressividade do neoconstitucionalismo, como já afirmado, defende a aplicação vinculativa dos princípios nas decisões judiciais. Para o autor, a obrigatoriedade de se observar os princípios reside justamente na exigência da justiça, da equidade ou de qualquer outra dimensão da moralidade na construção de uma decisão judicial.⁸²

Da mesma forma, Robert Alexy, seguindo essa tese de forma implícita, não apenas conferiu importância central à aplicação de princípios, como também desenvolveu um método para resolver casos em que estes colidissem, o método de ponderação de princípios, como desenvolvido no primeiro capítulo desta pesquisa. Como visto, o STF utiliza-se do referido método com certa frequência, ainda que, para Virgílio Afonso da Silva, de forma, por vezes, equivocada⁸³.

O Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional brasileira, exerce funções que vão além da aplicação da lei, atuando como órgão revisor de decisões legislativas e exercendo função contramajoritária. Sua atuação centra-se na garantia de que o poder estatal não ultrapasse os limites ou contrarie as garantias constitucionais, sendo o verdadeiro garantidor do poder que emana do povo.⁸⁴

Ao STF, portanto, foi conferida a atribuição de guardião da Constituição⁸⁵. Uma de suas competências para tanto é o controle de constitucionalidade em abstrato das normas. Nesse sentido, o Tribunal detém o múnus de processar e julgar ações autônomas que suscitem controvérsias constitucionais. Diversas são as técnicas utilizadas nas decisões de ações do controle concentrado, dentre as quais destaca-se a interpretação conforme a Constituição.⁸⁶

⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, Tradução: Nelson Boeira; 3a ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35.

⁸³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 31 *et seq.* Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 09 set. 2025.

⁸⁴ PEDRA, Adriano Sant'Ana; TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional: uma análise a partir da morfologia do Supremo Tribunal Federal. **ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX**, 2010, p. 7318.

⁸⁵ Uma consideração importante é a de que não apenas ao STF foi conferida a função de guardião da Constituição, na verdade, todos os órgãos do Estado devem guardá-la, bem como estão vinculados a ela, de forma que devem atuar (seja editando normas ou agindo) visando concretizar suas determinações. Sobre isso, consultar: RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 129 *et seq.*

⁸⁶ MENDES, Gilmar. O controle de constitucionalidade no Brasil. **Sociedade Brasileira de Direito Público**. V. 5, 2019, p. 5 *et seq.* Disponível em: < www.sbdp.org.br/arquivos/material/1381_Texto_-_Gilmar_Mendes.pdf >. Acesso em: 11 nov. 2025.

Ainda, importante destacar a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, que também lhes foram atribuídas com o intuito de possibilitar, materialmente, a observância do texto constitucional. Como assinala Barroso, essa é uma função de desempenho da jurisdição constitucional do STF que se fundamenta no ponto de vista político-institucional.⁸⁷

A função contramajoritária⁸⁸ concentra-se no posicionamento contrário àquele exercido pela maioria da população. Assim, materializa-se na invalidação, quando necessário, de atos normativos do Poder Executivo ou de leis do Poder Legislativo para proteger grupo minoritário que esteja sofrendo ou encontre-se ameaçado de sofrer lesão a direitos em razão da força majoritária.⁸⁹

No exercício dessas atribuições, tanto na função político-institucional quanto no controle concentrado de constitucionalidade, a legitimidade da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal fundamenta-se em dois pilares essenciais: a garantia dos direitos fundamentais e a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de proteção política.⁹⁰

Partindo-se dessa premissa, e da afeição da Corte pelo neoconstitucionalismo *alexiano*, passa-se a uma análise da influência da moralidade nas decisões do STF, principalmente naquelas que resolvem sobre direitos fundamentais. Ressalta-se, entretanto, que a presente pesquisa não objetiva analisar o mérito das decisões, de forma a centrar-se na identificação de critérios morais na argumentação da Corte e se estes foram determinantes para a decisão final.

Serão analisados três casos emblemáticos do Supremo Tribunal Federal, caracterizados como tal não apenas pela repercussão social que representaram, como também pela existência de valores morais envolvidos. Assim, passa-se a análise da ADPF 186, que julgou a reserva de vagas em cotas raciais para ingresso em universidades públicas como constitucional; da ADI 4983, que entendeu ser inconstitucional a prática da Vaquejada e, por

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015, p. 36.

⁸⁸ Da função contramajoritária surge uma incongruência denominada “dificuldade contramajoritária”, a qual reconhece a problemática democrática de que juízes não eleitos pela soberania popular possam substituir um texto do legislador democraticamente eleito, que, em tese, decidiram conforme a vontade real da maioria da população. Sobre isso, consultar: NOVELINO, Marcelo. A influência da Opinião Pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013.

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 73.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015, p. 36.

fim, da ADI 3510, que julgou constitucional a pesquisa com células tronco embrionárias humanas.

3.2.1 A ADPF 186

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186⁹¹ tratou do julgamento acerca da possível inconstitucionalidade da reserva de vagas pela ação afirmativa de cotas raciais para ingresso em universidades públicas. Cumpre, para melhor análise deste caso, uma breve exposição do contexto fático.

O caso centrou-se no questionamento da validade frente à Constituição Federal de 1988 da política afirmativa de cotas raciais estabelecidas pela Universidade de Brasília (UnB), cujo procedimento de verificação da adequação do candidato às especificações das vagas reservadas se dava por uma comissão de seleção. Destaca-se que, apesar de não ter sido a primeira política de reserva de vagas em cotas raciais para ingresso em universidade pública (a Universidade do Estado do Rio de Janeiro já havia feito em 2003), suas precursoras previam, como método de verificação de atendimento à qualidade de negro ou negra, a autoidentificação, apenas.⁹²

A política de cotas, nos termos apresentados, foi inaugurada na UnB em 2004, sendo apenas em 2009 questionada frente ao Supremo Tribunal Federal. Em síntese, o principal argumento na defesa pela inconstitucionalidade da política afirmativa em tela foi a violação ao direito fundamental à igualdade, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal⁹³.

Para fundamentar a decisão pela improcedência da ADPF 186 e a consequente declaração de constitucionalidade das cotas raciais instituídas pela UnB, foram utilizados diversos argumentos que extrapolam os limites e garantias das normas constitucionais, o que evidencia sua natureza moral. Dentre eles, destaca-se dois dos mais relevantes: o dever ético

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 26 de abril de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 20 out 2025.

⁹² SCHÜTZ, Gustavo. **O STF e a fundamentação das decisões em casos de conflito moral**. 2018. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 90. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/204615>. Acesso em: out 2025.

⁹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out 2025.

do Estado de corrigir injustiças históricas e a necessidade de se entender a concretização do direito à igualdade como a garantia da justiça substancial⁹⁴.

Ainda, o caráter moral desta decisão é evidenciado pela proporção de argumentos fundamentados em doutrinas jurídicas e em ciências humanas, que representam, respectivamente, 34,7% e 65,3% dos argumentos apresentados; e, indiscutivelmente, pela proporção muito próxima de argumentos jurídicos (53,3%) e de argumentos de fundamentação moral (46,7%), como aqueles acima exemplificados.⁹⁵

3.2.2 A ADI 4983

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4983⁹⁶ buscava a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamenta a prática da Vaquejada, evento cultural típico de regiões do interior nordestino. O conflito centrou-se na vedação constitucional à crueldade animal, vinculada à proteção do meio ambiente⁹⁷ em contraposição ao direito à livre manifestação cultural⁹⁸, ambos previstos na Constituição Federal de 1988.

Neste caso, a decisão pela inconstitucionalidade da prática cultural da Vaquejada também foi amplamente fundamentada em argumentos de natureza moral, os quais, inclusive, preponderaram sobre os argumentos de natureza jurídica, na proporção de 68,1% e 31,9%, respectivamente.⁹⁹

⁹⁴ Esse segundo argumento destacado foi utilizado pelo ministro Ricardo Lewandowski, relator da ação, que o desenvolveu com base no conceito de justiça distributiva, de John Rawls. Sobre isso, consultar notas de rodapé 34 e 36.

⁹⁵ SCHÜTZ, Gustavo. **O STF e a fundamentação das decisões em casos de conflito moral**. 2018. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 94 *et seq.* Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/204615>. Acesso em: 21 out 2025.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983. Relator: Min. Marco Aurélio. 06 de outubro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://static.poder360.com.br/2023/08/ADI-4983-vaquejada-2016.pdf>. Acesso em: 21 out 2025.

⁹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out 2025.

⁹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out 2025.

⁹⁹ SCHÜTZ, Gustavo. **O STF e a fundamentação das decisões em casos de conflito moral**. 2018. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 103. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/204615>. Acesso em: out 2025.

Dentre os argumentos que compuseram a referida fundamentação moral, destaca-se, a título de exemplo, a caracterização do direito ao meio ambiente como um valor de solidariedade em benefício das futuras gerações e a necessidade de se impor limites ao direito à cultura, neste caso, vez que esse direito não justifica a crueldade aos animais.

A decisão foi amplamente criticada por juristas e doutrinadores, que apontaram falta de coerência e integridade, alegando que ela está em completo descompasso com a realidade social. Segundo eles, o Tribunal desconsiderou o histórico legislativo de autorização da prática e comparou a vaquejada com atividades como a “farra do boi” e a rinha de galo, que não possuem valor cultural além do entretenimento associado ao sofrimento animal.¹⁰⁰

3.2.3 A ADI 3510

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510¹⁰¹ objetivou a declaração de inconstitucionalidade do art. 5o da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005)¹⁰², que estabelecia as condições em que poderiam ser utilizadas células-tronco embrionárias de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*.

O argumento central era de que esse procedimento de extração de células-tronco de um embrião humano violaria os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, vez que já se tratava de uma vida humana desde a fecundação. Esse último aspecto era fundamental, visto que se almejava, em conjunto, a declaração, pelo STF, de que a vida humana começaria, de fato, com a fecundação.

Esse entendimento, como destacado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto, tem uma relação profunda com diversas crenças e religiões, o que não pode afetar, de modo algum, aquilo que o ordenamento jurídico brasileiro entende como termo inicial da vida

¹⁰⁰ DE SOUZA ALLAIN, João Paulo Fernandes *et al.* Uma Análise Crítica das Funções Contramajoritária, Representativa e Iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) À Luz da Doutrina da Efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 27, n. 3, p. 124-153, 2022, p. 147.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Min. Carlos Britto. 29 de maio de 2008. Brasília.

¹⁰² BRASIL. Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005). Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 22 out 2025.

humana, tendo em vista o caráter laico do Estado Brasileiro¹⁰³. Ainda, o Ministro se posicionou contra quaisquer espécie de argumento de ordem filosófica, seja de caráter teológico ou não, defendendo que estes “estão necessariamente fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima aniquilação da liberdade constitucional de crença [...]”¹⁰⁴.

O julgamento pela improcedência da ação ocorreu por maioria de um voto, sendo que tanto os fundamentos favoráveis quanto os contrários às pesquisas foram significativamente influenciados por argumentos de natureza moral (56,4%)¹⁰⁵. Entre esses argumentos, os mais relevantes, apesar da advertência do Ministro Celso de Mello, envolveram questões teológicas e filosóficas.

Diante da análise apresentada, fica evidente a presença e influência relevantes de argumentos morais para fundamentar decisões do STF, principalmente aquelas que envolvem diferentes direitos fundamentais e, ainda que não em primeiro plano, valores morais. Possível a identificação, nesse sentido, de que a Corte por vezes embasa as suas decisões em posicionamentos plurais de natureza moral, quando o poderia fazer em um conjunto único e coerente de argumentos jurídicos bem definidos.¹⁰⁶

O uso de argumentos morais, mesmo para justificar decisões que visam assegurar direitos fundamentais, representa uma ruptura das competências do Poder Judiciário estabelecidas pelo Constituinte. Essa prática acarreta diversas consequências negativas, como a deslegitimação das decisões, o comprometimento da separação dos poderes e, inevitavelmente, o ativismo judicial,¹⁰⁷ tema que será explorado no próximo capítulo.

¹⁰³ A laicidade do Estado Brasileiro pode ser extraída da interpretação dos arts. 19, I, da Constituição Federal, juntamente com o art. 5º, VI, VII e VIII, também da Carta da República. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out 2025.

¹⁰⁴ ADI 3510, Min. Celso de Mello, p. 431.

¹⁰⁵ SCHÜTZ, Gustavo. **O STF e a fundamentação das decisões em casos de conflito moral**. 2018. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 118. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/204615>. Acesso em: out 2025.

¹⁰⁶ SCHÜTZ, Gustavo. **O STF e a fundamentação das decisões em casos de conflito moral**. 2018. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 118. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/204615>. Acesso em: out 2025.

¹⁰⁷ DE SOUZA ALLAIN, João Paulo Fernandes et al. Uma Análise Crítica das Funções Contramajoritária, Representativa e Iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) À Luz da Doutrina da Efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 27, n. 3, p. 124-153, 2022, p. 149.

Assim, faz-se necessário, primeiramente, identificar o impacto na legitimidade das decisões judiciais como consequência do referido uso de argumentos morais na fundamentação das decisões da mais alta Corte do País, o que passa a ser feito.

3.3 O impacto de juízos morais na (i)legitimidade das decisões judiciais

O Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisões fundamentadas de forma expressiva em argumentos de cunho evidentemente moral, passa a construir um sentido axiológico para os ditames da Constituição Federal, visto a sua função de intérprete da Lei Maior. A problemática, neste ponto, centra-se no não desamparo da arquitetura constitucional brasileira no que tange a esta atuação, que é própria do Poder Legislativo, onde é esperado que a moral seja explorada amplamente.¹⁰⁸

Portanto, trata-se de uma questão que compromete a legitimidade das decisões descritas. Entende-se, aqui, legitimidade como a capacidade do sistema jurídico de receber amparo em suas decisões, incluindo daqueles que não concordam com suas razões materiais¹⁰⁹.

Nesse sentido, a legitimação das decisões judiciais está diretamente vinculada à legitimação do próprio Poder Judiciário, que, para Maus, se dá “por baixo”, na relação de freios e contrapesos da separação tripartite dos poderes. Isso significa que o Poder Legislativo é controlado pelo povo, através das eleições, ao mesmo tempo em que controla o Poder Executivo, como seu comissionado, enquanto o Poder Judiciário mantém a sua legitimidade democrática ao vincular suas decisões às leis.¹¹⁰

Nesse contexto, a jurista alemã faz uma crítica contundente à atuação do Tribunal Federal Constitucional Alemão, que pode ser transplantada para o cenário brasileiro, ao defini-la como “superego da sociedade”. A definição de Maus se refere à postura paternalista

¹⁰⁸ BOTELHO, Alexandre. Supremo Tribunal Federal como órgão moral máximo do ordenamento jurídico brasileiro. *In*: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Direito, Estado e Constituição: homenagem ao professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo**. Ubaldo Cesar Balthazar, Arno Dal Ri Jr. e Sergio Ricardo Ferreira Mota (Orgs.). Florianópolis: Insular, 2018. Cap. 2, p. 51-62.

¹⁰⁹ WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política. **Dikaion**, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018, p. 16.

¹¹⁰ MAIA, Gretha Leite. **O poder judiciário na democracia brasileira**. Fortaleza: Edições UFC, 2017, p. 85.

assumida pela Corte Constitucional quando esta toma para si a função de determinar os rumos sociais a partir de suas decisões judiciais.¹¹¹

A consequência dessa postura é a usurpação de soluções político-legislativas, que são próprias do Legislativo segundo o sistema constitucional. O juiz não pode ser visto como detentor da justiça ou como autoridade moral, pois sua vontade individual não constitui fonte do direito.¹¹²

Assim, a utilização de uma hermenêutica moralizante, que tem como efeito um verdadeiro afastamento da lei, atenta contra a democracia no momento em que seus elementos fundamentais têm seus efeitos esvaziados em alta medida. A separação dos poderes, por exemplo, é um dos pilares do Estado de Direito que é diretamente afetado por essa prática argumentativa das decisões judiciais.¹¹³

Para além da problemática democrática do exercício das competências do Legislativo pelo Judiciário, a legitimidade das decisões frente aos cidadãos, verdadeiros titulares da soberania, é reduzida na medida em que torna o povo relativamente incapaz de decidir acerca dos rumos sociais através do exercício de sua soberania.¹¹⁴

Lênio Streck, no Brasil, faz uma crítica ao STF muito semelhante à ponderação de Maus, quando afirma que as decisões do Tribunal, “abalizadas em uma moral autorreferenciada”, têm substituído a consciência da soberania popular, garantidora da democracia, a partir da instrumentalização dos “elementos normativos maiores da nação” - a Constituição.¹¹⁵

Esse fenômeno está intrinsecamente relacionado à chamada judicialização da política e a politização da justiça. Apesar de semelhantes, esses conceitos descrevem situações diferentes, ainda que relacionadas.

A judicialização da política consiste na utilização de decisões judiciais para resolver casos de natureza política. Isso pode ocorrer em dois contextos distintos, e, em ambos, a argumentação empregada nem sempre está vinculada à dimensão moral.

¹¹¹ MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 15 *et seq.*

¹¹² MAIA, Gretha Leite. **O poder judiciário na democracia brasileira**. Fortaleza: Edições UFC, 2017, p. 83.

¹¹³ MAIA, Gretha Leite. **O poder judiciário na democracia brasileira**. Fortaleza: Edições UFC, 2017, p. 84.

¹¹⁴ MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 15 *et seq.*

¹¹⁵ MAIA, Gretha Leite. **O poder judiciário na democracia brasileira**. Fortaleza: Edições UFC, 2017, p. 87.

O primeiro deles é o resultado da ampliação da atuação do Judiciário pela atribuição de revisor judicial de ações legislativas e executivas, fundamentado nos mecanismos de freios e contrapesos e na constitucionalização de direitos. O segundo contexto é a expansão de procedimentos típicos do Poder Judiciário aos demais Poderes, como, por exemplo, os tribunais administrativos, no âmbito do Poder Executivo, e as Comissões Parlamentares de Inquérito, no âmbito do Poder Legislativo.¹¹⁶

Nesse sentido, o processo de judicialização da política é um fenômeno natural em Estados com constituições elaboradas e compromissórias¹¹⁷. Por isso, Barroso afirma que é um fenômeno que não decorre da vontade do judiciário, mas do próprio constituinte quando construiu uma Constituição analítica e protegida através do controle de constitucionalidade¹¹⁸.

Por outro lado, a noção de politização da justiça está diretamente vinculada à argumentação moral, própria do âmbito político, nas decisões judiciais. Isso se deve ao fato de que esse conceito reflete a utilização de valores e preferências políticas dos atores judiciais de forma a expandir o poder das Cortes. Em termos práticos, significa operar, através das decisões judiciais, um papel político “mais positivo [...] do que aquele envolvido em uma não-decisão” legislativa.¹¹⁹

Isso evidencia a diferença explicitada por Kelsen entre o decidir e o escolher, centrada no caráter que cada um desses institutos têm: o primeiro, intersubjetivo, enquanto o segundo, subjetivo. Isso porque o decidir depende da construção política (e, portanto, de uma discussão moral prévia à aprovação de um projeto de lei) que resulta na criação do direito.¹²⁰

Essa diferença também se relaciona com a distinção entre discricionariedade legislativa e judicial. O jurista argumenta que a diferença entre ambas é apenas quantitativa: o

¹¹⁶ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion of Judicial Power. **New York University Press**, 1995. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/XtH5MwKHLqbL5xyN7dwd6zC/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 20 out 2025.

¹¹⁷ FERREIRA, Luiza Leandra. **Há jurisprudência de crise no Brasil**: a crise institucional e o Supremo Tribunal Federal. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2022, p. 25.

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Jan/Fev, 2009, p. 31.

¹¹⁹ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: revista de cultura e política**, p. 113-133, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/XtH5MwKHLqbL5xyN7dwd6zC/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 20 out 2025.

¹²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 12.

legislador possui maior liberdade na criação do direito, enquanto o juiz está vinculado ao conteúdo material do ordenamento jurídico, o que limita sua discricionariedade.¹²¹

Nesse sentido, Schmitt defende a impossibilidade de que, em um Estado de Direito, as decisões resultantes de conflitos políticos possam ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário¹²², uma vez que isso apenas transfere ao judiciário “os riscos inerentes ao processo político”. Da mesma forma, decisões políticas não poderiam ser tomadas pelo Judiciário, o que também resulta na politização da justiça¹²³.

Em consonância, Jeremy Waldron critica a já referida função representativa de uma Suprema Corte, neste caso, do Supremo Tribunal Federal. Para o autor, tal função é inerente aos órgãos democraticamente eleitos e, por isso, representativos por natureza, de forma que não é possível inferir que outra instituição democrática que não eleita tenha qualquer função representativa ou ainda que a ela possa ser transferida.¹²⁴

A problemática que resulta deste cenário é que a política deixa de ser assunto e passa a ser objeto, de forma que o que legitima o processo político - a soberania popular, os debates e as votações - não se faz mais presente, ao mesmo tempo que o que legitima a decisão judicial - sua vinculação à lei - é relativizado.¹²⁵

Ladeira descreve, com muita precisão, a adversidade que se discute:

“A domesticação da política pelo Direito, a pretensão de substituir a tomada de decisões dotadas de autoridade e capazes de vigorar em meio às divergências de interesses, mantendo no entanto a unidade do corpo político, colocando em seu lugar a interpretação sobre princípios constitucionais de moralidade, não apenas não elimina a política como transfere o risco de arbitrariedade para outra instituição, o judiciário.”¹²⁶

¹²¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 368.

¹²² Importante destacar que o autor trabalha sua teoria, muitas vezes, atrelada ao mecanismo de revisão judicial da atividade legiferante, ou seja, à atuação do Judiciário em termos de controle de constitucionalidade das leis. Entretanto, é plenamente possível utilizar-se dela também para análise de decisões judiciais fora do âmbito do controle de constitucionalidade, mas também eivadas de fundamentações morais, uma vez que referem-se à mesma problemática: o deslocamento da moral do âmbito político para o âmbito judicial.

¹²³ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. **Princípios: Revista de Filosofia**, v. 29, n. 60, set/dez, 2022, p. 174.

¹²⁴ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n.1346, 2006.

¹²⁵ GRIMM, Dieter. **Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage**. Berlin: Duncker & Humblot, 2020. In: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. **Princípios: Revista de Filosofia**, v. 29, n. 60, set/dez, 2022, p. 174.

¹²⁶ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. **Princípios: Revista de Filosofia**, v. 29, n. 60, set/dez, 2022, p. 177.

Assim, a decisão judicial fundamentada em argumentos de natureza moral amplia a atuação do Judiciário para temas que não lhe são próprios, resultando na politização tanto do Judiciário como instituição quanto do Direito como sistema normativo.¹²⁷

Ferrajoli adota posição muito semelhante a estas quando elabora sua já analisada crítica à separação das normas constitucionais em princípios e regras e a consequente ponderação dos primeiros. Nesse sentido, o autor não apenas reconhece como reforça o caráter fisiológico da ponderação e da ampla argumentação na produção legislativa, desde que respeitados os limites constitucionais.¹²⁸

Refere-se, dessa forma, a uma atuação judicial que influencia de forma decisiva nas escolhas da sociedade, sob o pretexto de apenas desempenhar o papel de decisor jurídico. Não há dúvidas de que a legitimidade das decisões é colocada em risco nesse contexto, como visto, a partir da condução moral de controvérsias sociais.¹²⁹

Ainda, não se pode deixar de mencionar as contradições que surgem na jurisprudência a partir de posicionamentos morais, o que é inerente a essa natureza argumentativa. A título de exemplo, em um mesmo voto¹³⁰ foi defendido ser ilegítimo não aceitar argumentos morais na fundamentação de decisões judiciais, ao mesmo tempo em que se alegou ser completamente descabida a vinculação a certas vertentes morais, pois levariam, obrigatoriamente, à decisão oposto àquela que se pretendia tomar.¹³¹

¹²⁷ SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2016, p. 22. In: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. **Princípios: Revista de Filosofia**, v. 29, n. 60, set/dez, 2022.

¹²⁸ ROSA, Alexandre Morais da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46 *et seq.*

¹²⁹ SILVA, Diogo Bacha; VIEIRA, José Ribas. Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do ativismo ao populismo judicial. **Sequência (Florianópolis)**, v. 43, n. 91, p. 66-93, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/bMHtycYDNpLRyHFzffzD53v/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 21 out 2025.

¹³⁰ ADI 4277, Min. Marco Aurélio.

¹³¹ Neste caso, estava em análise a ADI 4277, que julgava a inconstitucionalidade de dispositivo do Código Civil que limitava as uniões estáveis a relacionamentos heterossexuais. O Ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto, não apenas reconheceu a vinculação entre direito e moral, alegando que “há pontos de contato e aproximação” entre eles, como defendeu a plena possibilidade de utilização de valores morais nas decisões judiciais. Entretanto, na mesma decisão, o Ministro rejeitou a utilização da moral religiosa cristã, sob o fundamento de que, se considerada, ele teria que decidir pela constitucionalidade da limitação em análise. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: Min. Ayres Britto. 05 de maio de 2011. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=4277>. Acesso em: 02 nov 2025.

Portanto, a argumentação moral nas decisões judiciais deslegitimam-nas na medida em que usurpam competência que é própria do Poder Legislativo. Como consequência, enfraquecem a soberania popular e transferem o debate moral do momento pré-jurídico, onde é necessário que esteja, para o momento judicial, quando não mais lhe cabe.

Por todo o exposto, identifica-se que a utilização de argumentos de natureza moral para fundamentar decisões judiciais não se mostra apenas atécnico, no sentido de não compreender aquilo que se entende como fundamentação jurídica, dever dos magistrados, mas também problemático, visto que tem consequências diretas na deslegitimação dessas decisões, bem como na ascensão do ativismo judicial.

Nesse sentido, verifica-se que a argumentação moral é utilizada com frequência pelo STF e, ainda que em alguns casos não prevaleça sobre a argumentação de cunho jurídico, mostra-se como uma adversidade na medida em que avança sobre a competência do Poder Legislativo. Dessa forma, transfere do momento político, ou pré-jurídico, o debate moral, onde este deve ocorrer, para o momento jurídico, onde não há espaço nem legitimação para tal.

Assim, como destacado, tem-se como uma das principais consequências práticas dessa fundamentação moral das decisões judiciais o fenômeno do ativismo judicial, que passa a ser objeto de análise mais detalhada.

4. ATIVISMO JUDICIAL NO APELO A VALORES MORAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS: DESAFIOS E LIMITES

4.1 Conceitos destacados de ativismo judicial

Cuida-se, nesse momento, da opção por um conceito de ativismo judicial. Não apenas porque sua definição se faz necessária para uma compreensão adequada do assunto, mas também porque esta mostra-se imprescindível para a ponderação das críticas que são feitas ao tema¹³². Adverte-se, nesse sentido, que a importância não perpassa apenas pelo campo teórico,

¹³² RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 55 *et seq.*

mas prático também vez que, socialmente, o termo “vem sendo empregado no Brasil de um modo tábula rasa”¹³³.

Esse tema, como tantos outros no Direito e em outras áreas do conhecimento, adquiriu um significado frágil e carregado de emoção. O problema reside na dificuldade de construir críticas ou legitimações diante de uma indefinição conceitual.¹³⁴

Certo é que esse é um conceito que remonta suas origens ao sistema jurídico estadunidense, que é um sistema que se denomina *common law* e, por isso, sua própria natureza implica a criação do direito pelos juízes, através daquilo que se denomina sistema de precedentes. Nesse sentido, a primeira definição do que seria ativismo judicial, criada por Arthur Schlesinger Jr.¹³⁵, se refere a substituição da vontade do legislador pela vontade do juiz ao proferir decisões judiciais, sob a justificativa de promover as liberdades civis e os direitos das minorias quando o legislador falhou em fazê-los.¹³⁶

Schlesinger Jr. ainda trabalhou o conceito de auto restrição judicial, que seria oposto àquilo que denominou como ativismo judicial, de forma que a opção por uma ou por outra postura implicaria decidir quanto ao espaço decisório da Suprema Corte no sistema constitucional de um país. Destaca-se que, em sua obra, o autor defende a auto restrição e atribui ao ativismo conotação negativa, de forma a argumentar que o poder de decisão político deveria ser deixado com as instituições diretamente submetidas ao controle popular.¹³⁷

O conceito de ativismo judicial adquiriu notória popularidade desde então, tornando-se, como mencionado, eivado de uma carga emocional muito mais popularizada do que propriamente quanto ao seu significado.

Na busca por aperfeiçoar esse cenário, diversos autores elaboraram suas próprias definições de ativismo judicial. Dentre eles, destaca-se o conceito de Barroso, que associa o ativismo judicial a uma participação ampla e intensa do Poder Judiciário que inclusive

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. A interpretação da Constituição no Brasil: breve balanço crítico. **Revista Paradigma**, n. 21, p. 2-35, 2012, p. 11.

¹³⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, p. 387-401, 2013, p. 387.

¹³⁵ SCHLESINGER JR., Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. XXXV, n. 1, jan/jul, 1947.

¹³⁶ HUTZLER, Fernanda Souza. **O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 66.

¹³⁷ SCHLESINGER JR., Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. XXXV, n. 1, jan/jul, 1947, p. 208 *et seq.*

interfere no espaço de atuação dos demais Poderes, sob a premissa de concretizar valores e fins constitucionais.¹³⁸

O jurista, ainda, ressalta a impossibilidade de se confundir o ativismo judicial com o já abordado fenômeno da judicialização da política. Barroso destaca que, apesar de próximos, esses conceitos seriam “como primos”, vez que têm uma origem próxima, mas não igual. Como visto, a judicialização da política não é, para o autor, uma escolha livre do judiciário, mas uma consequência da vontade do constituinte. Por outro lado, sustenta o autor que o ativismo judicial é uma postura do intérprete da Constituição, caracterizada por sua expansividade, de forma a ir além do legislador ordinário.¹³⁹

Elival da Silva Ramos também elabora seu conceito de ativismo judicial, descrito como

“o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”¹⁴⁰

Para Streck, o conceito de ativismo judicial perpassa pela utilização de argumentos morais, ou de política, na fundamentação de decisões judiciais, de forma que se substitui o direito pelas convicções pessoais de cada magistrado.¹⁴¹

Dessa forma, observa-se que os conceitos destacados ressaltam a característica do ativismo judicial de ultrapassar as competências constitucionais do Poder Judiciário. Uma diferença relevante, entretanto, centra-se na defesa, por parte da doutrina, de que esse fenômeno seria legítimo, na medida em que decorre do curso natural dos avanços que o direito constitucional tem sofrido.¹⁴²

Nesse sentido, um dos principais expoentes dessa visão no Brasil é Luís Roberto Barroso, que não apenas defende a legitimidade do fenômeno discutido, como argumenta que o referido avanço alterou o papel do juiz que, de um mero aplicador de normas jurídicas,

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Jan/Fev, 2009, p. 25 *et seq.*

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Jan/Fev, 2009, p. 25 *et seq.*

¹⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131.

¹⁴¹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 621.

¹⁴² RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 124.

passou a ser um “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador [...]”.¹⁴³

Por outro lado, parte da doutrina entende que o ativismo judicial representa um problema significativo para o sistema jurídico, especialmente em relação à democracia e à separação de poderes, devido à discricionariedade interpretativa que o origina. Essa corrente, da qual Streck faz parte, adota uma visão negativa do fenômeno, defendendo que decisões judiciais não devem ser fundamentadas em convicções pessoais do juiz.¹⁴⁴

Assim, importante abordar a concepção de William Marshall, que classifica o fenômeno do ativismo judicial em sete categorias distintas.¹⁴⁵ À primeira delas é atribuído o nome de ativismo contramajoritário, que se refere à discordância, por um tribunal, de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; a segunda é denominada de ativismo não originalista, que ocorre quando o tribunal nega o originalismo na interpretação judicial, desconsiderando uma interpretação estrita do texto legal ou ainda a intenção do legislador.

Uma terceira classificação é o ativismo de precedentes, que significa a rejeição da aplicação de precedentes pré-estabelecidos; por outro lado, o chamado ativismo jurisdicional está representado na desobediência aos limites de competências conferidas ao Poder Judiciário. Nesse sentido, tem-se também o ativismo criativo, centrado na criação de novas teorias e direitos pelos juízes, através da doutrina constitucional.

Por fim, os ativismos remediador e *partisan* ocorrem quando o Judiciário impõe aos outros Poderes obrigações positivas, no caso do primeiro, e quando os tribunais utilizam de suas decisões com claras finalidades político-partidárias ou em prol de determinado grupo social, no caso do segundo.

Percebe-se, com vistas aos diferentes tipos de ativismo que Marshall sustenta existirem, que a grande característica comum desse fenômeno é a distorção das atividades exercidas pelos tribunais daquelas legalmente previstas como de sua competência. Partindo-se dessa premissa e dos conceitos abordados, inaugura-se uma análise do ativismo judicial no Brasil, principalmente naquilo que se refere a sua origem e ascensão.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr/jun, 2005, p. 9.

¹⁴⁴ RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 124.

¹⁴⁵ MARSHALL, William P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. Chapel Hill: **University of Colorado Law Review**, n. 73, p. 101-140, 2002.

Trindade defende que o ativismo judicial em *terrae brasilis* tem como marco inicial, ainda que de maneira simbólica, a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 (Emenda da Reforma do Judiciário, como ficou popularmente conhecida), caracterizada pela adoção de posturas pró-ativistas em todas as instâncias do Judiciário.. Destaca, ainda, que essa realidade é resultado da importação de um cenário prévio dos Estados Unidos da América e da Alemanha, de forma a originar aqui um ativismo *suis generis* impulsionado pela judicialização da política, pelo neoconstitucionalismo e pelas teorias da argumentação.¹⁴⁶

Ramos defende que o fenômeno no Brasil advém de diferentes fatores, dentre os quais alguns são estruturais e não particulares do país, enquanto outros são consequência de problemas, práticas institucionais e tendências teóricas próprias do Estado Brasileiro. Importante, portanto, conhecê-las para que as eventuais críticas que se pretenda fazer ao ativismo judicial obtenham algum êxito.¹⁴⁷

Dentre esses fatores, tem-se o modelo de Estado que o constitucionalismo nacional prestigia desde a Constituição de 1934 e que foi a opção do Constituinte Originário de 1988, o Estado-democrático social de perfil intervencionista. Essa adoção é evidenciada pelas “perspectivas de realização social [...] pela prática dos direitos sociais” bem como “pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania”, o que permite a concretização de um Estado de justiça social.¹⁴⁸

Ainda, tem-se como fatores de impulsão do referido fenômeno próprios da realidade brasileira algumas atividades atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, como a expansão do controle abstrato das normas e sua atividade normativa atípica. Sobre essa última, em especial a competência para editar súmulas vinculantes e para legislar indiretamente através do instituto do mandado de injunção. Essas competências normativas não apenas não decorrem do princípio da separação dos poderes como afrontam-no e, certamente, provocam significativa tensão ao conteúdo prescritivo de seu núcleo essencial.¹⁴⁹

¹⁴⁶ TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. P. 115. In: ROSA, Alexandre Morais da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-132.

¹⁴⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 283

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 120.

¹⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 309.

Com relação ao controle de constitucionalidade em abstrato das normas, atribuição da Corte Superior que já foi anteriormente discutida, assevera-se que este apresenta proximidade relevante com o exercício da atividade legislativa. Isso decorre de seus efeitos erga omnes, bem como da possibilidade de modulação temporal dos efeitos de eventual invalidade da norma julgada. Não menos importante que os aspectos comentados, também contribuiu para o ativismo judicial o caráter amplo e o sentido fluido das normas constitucionais utilizadas como parâmetro de aferição de validade das normas.¹⁵⁰

É importante ressaltar o caráter normativo das súmulas vinculantes, embora seja mais restrito que o conferido ao legislador, pois sua edição tende a criar o direito em vez de apenas aplicá-lo. Quanto ao mandado de injunção, o entendimento atual do STF permite a formulação do texto normativo faltante para viabilizar o exercício de determinado direito. Nesse caso, o Judiciário cria um suprimento normativo precário, já que essas decisões têm eficácia *erga omnes*.¹⁵¹

Ainda, o contexto do ativismo judicial no Brasil é marcado pela tentativa de justificá-lo na busca da concretização dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais ou de segunda geração. Sob esse aspecto, tenta-se justificar essa prática na insuficiência e constante omissão do Poder Legislativo em questões dessa natureza, de forma a *desneutralizar* a função dos tribunais.¹⁵²

Entretanto, essa atuação constantemente extrapola os limites atribuídos ao Poder Judiciário, o que traz questionamentos quanto à legitimidade desses excessos. Dessa forma, essa “patologia constitucional”¹⁵³, ainda que no âmbito de defesa dos direitos fundamentais, não se desvincula de pronunciamentos quanto a temas políticos e morais.¹⁵⁴

Partindo-se dos preceitos analisados, buscar-se-á identificar a presença concreta do ativismo judicial em casos resolvidos pelo STF, bem como esboçar uma reação a essa

¹⁵⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 289 *et seq.*

¹⁵¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312 *et seq.*

¹⁵² VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário: posituação do direito natural e política**. Rio de Janeiro: Estudos históricos, v. 9, n. 18, 1996, p. 3.

¹⁵³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan/jun. 2012, p. 39. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>. Acesso em: 02 nov 2025.

¹⁵⁴ RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 143 *et seq.*

atuação. Por fim, ressalta-se que a problemática que o ativismo judicial representa, entretanto, ainda será analisada com maior profundidade.

4.2 Ativismo judicial e a interpretação moral de normas: o caso do STF

Com base nos aportes teóricos realizados até aqui, passa-se a uma análise concreta da ocorrência do ativismo judicial no Brasil. Para tanto, centrar-se-á na atuação do Supremo Tribunal Federal, não apenas por sua posição hierárquica, como também por todas as suas funções destacadas até aqui.

Não obstante, a opção pela análise da jurisprudência do STF também perpassa pelo volume de críticas que a Corte vem recebendo nos últimos anos, em sua maioria voltadas a uma atuação ativista. Nesse sentido, tem-se observado um acúmulo, pelo órgão, do “exercício de autoridade”, que é próprio de qualquer corte constitucional, com o exercício de poder. O problema está neste último, que em repúblicas democráticas deveria estar centrado em órgãos representativos submetidos ao controle popular.¹⁵⁵

Em primeiro lugar, destaca-se as decisões já analisadas, ainda que sob outros enfoques, nesta pesquisa, quais sejam: o HC 76.060-4, a ADPF 186, a ADI 4983 e a ADI 3510. No HC 76.060-4, a Corte utilizou-se, como já visto, do método de ponderação de princípios (ainda que, segundo Virgílio Afonso da Silva, de maneira inadequada) para fundamentar a decisão quanto a impossibilidade da submissão compulsória ao fornecimento de material genético, com fins de obtenção de prova de reforço quanto a uma possível paternidade.

Como já defendido, esse método é proveniente da doutrina neoconstitucional e tem como principal função possibilitar uma argumentação amplamente principiológica, como foi o caso dessa decisão. Isso evidencia, inclusive em observação aos demais casos já trabalhados (ADPF 186, ADI 4983 e ADI 3510), a adoção de um vínculo estreito entre o direito e a moral pelo Supremo Tribunal Federal.

Reitera-se: essa utilização acentuada de argumentação principiológica e, por vezes, bastante genérica, envolvida de muitos subjetivismos e critérios de conveniência, bem como atrelada ao conceito de justiça, revelam essa conjugação do direito com a moral. Dessa forma,

¹⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez. 2008, p. 445 *et seq.* Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 02 nov 2025.

é inegável a caracterização de situações dessa natureza como ativismo judicial, vez que as decisões judiciais não se satisfazem em delimitar sua atuação nos estritos limites do direito.¹⁵⁶

Na ADPF 186, como já observado, foram essenciais para a fundamentação da decisão os argumentos quanto ao dever ético do Estado de corrigir injustiças históricas e quanto à necessidade de se entender a concretização do direito à igualdade como a garantia da justiça substancial. Esse é um exemplo claro de fundamentação elástica, de pouca sustentação normativa e genérica o suficiente para justificar decisões nos mais diversos casos, vez que pouco diz sobre a situação concreta.¹⁵⁷

Ainda, um julgado que se tornou notório não apenas por seu resultado, mas também pelo seu caráter evidentemente ativista foi a ADI 4277¹⁵⁸ de 2009, que decidiu pela constitucionalidade das uniões homoafetivas. Como dito, esse é um caso emblemático não apenas pela evolução social que representa, como pela ginástica argumentativa utilizada pelo STF para fundamentar a decisão.

A ação construiu a tese de que o art. 226, §3º da Constituição Federal¹⁵⁹, ao reconhecer “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, para fins de proteção do Estado, elencou um rol meramente exemplificativo e, portanto, as uniões homoafetivas também estariam protegidas, ainda que por meio de interpretação analógica. Essa construção sustenta a existência de omissão na legislação infraconstitucional ao limitar o reconhecimento das uniões estáveis às heteroafetivas, conforme o sentido atribuído ao dispositivo constitucional citado.

A esse respeito, bem como no que se refere ao tema do aborto, adiante citado, é preciso esclarecer que não se defende, neste trabalho, qualquer posição contrária a relações homoafetivas ou a própria discriminação do aborto. Ao contrário, pretende-se defender a opinião de que tais problemas se remetem à responsabilidade do legislador. Isso significa que a Constituição demanda alterações quanto ao tratamento de institutos como o da união

¹⁵⁶ RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 167.

¹⁵⁷ RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 156.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: Min. Ayres Britto. 05 de maio de 2011. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=4277>. Acesso em: 02 nov 2025.

¹⁵⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out 2025.

estável, bem como o Código Penal necessita de mudanças quanto ao tratamento de questões relativas ao aborto, apenas não cabe ao julgador fazê-lo.

Essa é uma peculiaridade desse caso que é essencial para a análise do ativismo judicial no Brasil, principalmente quanto à discussão já abordada sobre um possível “ativismo positivo”, que concretiza direitos fundamentais. Essa ação exemplifica que essa roupagem dada ao fenômeno não prospera, uma vez que nem toda omissão representa, ainda que voltada a direitos fundamentais, uma inconstitucionalidade. Em verdade, muitas vezes trata-se de uma decisão política, o “não-legislar” como uma escolha política.¹⁶⁰

Apesar dos apontamentos quanto à violação a direitos e garantias fundamentais à parcela dos cidadãos brasileiros que merece uma atenção cuidadosa, “não é através do exercício de um ativismo judicial que essa regulamentação deve ser levada a efeito”. O argumento de que ao não proibir a união estável homoafetiva, a Constituição Federal a permite, que é a construção que permeia a ideia de exemplificatividade do dispositivo constitucional, não legitima uma moldagem do seu texto para corrigir uma pretensa lacuna normativa.¹⁶¹

Ainda, um argumento muito utilizado para fundamentar a nova interpretação do dispositivo constitucional foi o combate ao preconceito e à discriminação como um objetivo constitucional que, portanto, legitimaria a referida mudança. Não se observou, entretanto, que o texto da Constituição originária não está adstrito nem à sua completude, no sentido de que pode haver normas que se oponham aos seus próprios princípios gerais, sem que isso acarrete em omissão ou inconstitucionalidade.¹⁶²

Um exemplo muito ilustrativo dessa característica da Constituição originária, alheio ao tema da ADI 4277, é a aposentadoria compulsória dos servidores públicos maiores de 70 (setenta) ou 75 (setenta e cinco) anos. Essa é uma disposição que pode ser lida como uma discriminação contra idosos, aquilo que se denomina etarismo. Ainda, o tratamento

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul/dez. 2009, p. 78. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 03 nov 2025.

¹⁶¹ RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 163 *et seq.*

¹⁶² RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 159.

diferenciado entre certos cargos com relação à idade da aposentadoria compulsória também poderia ser questionada como forma de privilegiar alguns cargos em detrimento de outros.¹⁶³

A questão que se defende é, portanto, própria da dogmática do direito constitucional, centrada na ideia de que é plenamente possível a previsão de normas antagônicas no Texto Constitucional originário, visto sua natureza de norma superior. Disso resulta a possibilidade de se estabelecer um princípio geral, mas limitar-lhe por uma série de outros dispositivos concomitantemente. E, diante disso, a Corte Superior não detém competência para estabelecer quaisquer juízos de valor sobre a interpretação das normas constitucionais originárias, principalmente partindo de seus próprios valores morais.¹⁶⁴

Destaca-se, ademais, a ADPF 54¹⁶⁵, que tratou sobre a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos no Brasil, caso de relevância similar à ADI 4277, novamente em função de seu caráter social e em razão da argumentação utilizada. Nesse sentido, a ação pretendia a declaração da “não incidência da criminalização” do aborto “à luz da Constituição Federal e dos princípios a ela inerentes por meio de uma interpretação evolutiva” que permitiria uma adaptação da lei à evolução social que o Brasil se encontrava.¹⁶⁶

Dessa forma, visto que o Código Penal apenas admite duas hipóteses de aborto legal, quais sejam: o único meio de salvar a vida da mãe e quando a gestação é oriunda de estupro, trata-se, portanto, da tentativa de incluir, jurisprudencialmente, mais uma hipótese legal. Tem-se, novamente, o Tribunal atuando como legislador positivo, criando verdadeira hipótese legislativa não prevista anteriormente.¹⁶⁷

É importante ressaltar que, nesse caso, o ativismo judicial se manifesta não apenas na usurpação de competência legislativa, mas também no modo como ocorreu: por meio de argumentos morais. Essa fundamentação esteve presente tanto nos votos favoráveis à

¹⁶³ RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 159.

¹⁶⁴ RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 159.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Min. Marco Aurélio. 24 de abril de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 04 nov 2025.

¹⁶⁶ BUNCHAFT, Maria Eugenia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência**, Florianópolis, v. 33, n. 65, p. 155-188, dez., 2012b, p. 170. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n65p155/23922>. Acesso em: 04 nov 2025.

¹⁶⁷ RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 174.

descriminalização do aborto de fetos anencéfalos quanto no voto contrário¹⁶⁸, que comparou a situação à supremacia racial e ao extermínio de anencéfalos, atribuindo à ação um caráter eugênico que, segundo essa posição, exigia avaliação ética pelo tribunal.

Ramalho, nesse sentido, alerta que tanto a referida posição contrária como a menção de Gilmar Mendes de que “uma manifestação pode ser proibida se o julgador não concordar com o tema defendido”, nesse caso, alertam que o uso da moral em decisões judiciais pode refletir tanto no privilégio quanto na limitação da liberdade. Dessa forma, consta refutado, mais uma vez, o suposto ativismo positivo, garantidor de direitos fundamentais.¹⁶⁹

Em contraposição ao ativismo judicial e que, provavelmente, importaria em decisões diferentes dessas proferidas nos casos analisados, está o conceito de autorrestrrição ou autocontenção judicial. Esse conceito foi re-elaborado, pode-se dizer, junto com o desenvolvimento seu antônimo, no já referenciado artigo publicado por Arthur Schlesinger Jr.

Trata-se, nesse sentido, da reformulação de um conceito que já existia. Nessa concepção clássica, a autorrestrrição judicial descreve uma postura de deferência aos Poderes Executivo e Legislativo quando da revisão de seus atos normativos e decisões prévias pelo Poder Judiciário. O novo sentido atribuído por Schlesinger Jr. vincula-se muito mais a uma estratégia de conservação da legitimidade e prestígio das cortes, de forma a evitar decidir contra os demais Poderes.¹⁷⁰

Nessa política judiciária de autocontenção, não se questiona a legitimidade da representação política dos poderes contramajoritários, nem se analisa a moralidade das leis. Trata-se de uma recusa em avaliar as posições dos Poderes Executivo e Legislativo em temas moralmente ou politicamente controversos. Assim, o ativismo ou a autocontenção será caracterizado conforme o grau de liberdade ou limitação da atuação dos juízes.¹⁷¹

Como visto, essa postura de autorrestrrição não é característica do cenário jurisdicional brasileiro atual, e a presente pesquisa não pretende simplesmente defendê-la como solução,

¹⁶⁸ O voto em questão foi proferido pelo então Ministro Cezar Peluso. Sobre isso, conferir: ADPF n. 54, Min. Cezar Peluso.

¹⁶⁹ RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 170.

¹⁷⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 378 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.btdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9555/1/Carlos%20Alexandre%20texto%20completo.pdf>. Acesso em: 10 nov 2025.

¹⁷¹ RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 115 *et seq.*

ainda que o referido cenário esteja muito mais vinculado ao perfil ativista. Dessa forma, foi demonstrada a relação consequencial entre fundamentações morais de decisões judiciais e a caracterização do fenômeno do ativismo judicial.

Além disso, foram introduzidos alguns dos problemas gerados pela atuação ativista do Judiciário, ainda que brevemente. Nesse sentido, passa-se a uma análise mais aprofundada de suas consequências, com o fim de evidenciar ainda mais o caráter adverso do referido fenômeno.

4.3 Ativismo judicial e a possível fragilização das instituições democráticas

Em observância ao exposto até aqui, percebe-se que a vinculação da moral ao direito através da fundamentação das decisões judiciais acarreta no fenômeno do ativismo judicial. Essa prática, entretanto, apresenta-se como uma ameaça à democracia, uma vez que coloca em risco princípios como o da legalidade, da submissão do juiz à lei e da separação dos poderes. “Em síntese, todos os princípios do Estado de Direito” são atacados nessa realidade.¹⁷²

Nesse contexto, Streck destaca que uma decisão judicial não pode resultar de escolhas políticas pré-formuladas pelo julgador com base em suas convicções pessoais. O autor explora a diferença entre escolher e decidir, semelhante à distinção proposta por Kelsen¹⁷³. Streck enfatiza que uma decisão jurídica está necessariamente vinculada ao conceito de decisão, e não de escolha.

Isso porque, sustenta o autor, uma decisão jurídica não comporta o processo de escolha, o qual pressupõe a existência de diferentes possibilidades, cabendo ao sujeito optar por aquela que entender mais adequada ou conveniente. Pelo contrário, uma decisão judicial não pode ser arbitrária ou discricionária, o que implica que não pode ser parcial, precisa ser comprometida “com algo que se antecipa”, ou seja, com o direito construído pela comunidade política.¹⁷⁴

¹⁷² ROSA, Alexandre Morais da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 245.

¹⁷³ Conferir nota de rodapé 120.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 107 *et seq.*

Portanto, considerando que “se as decisões judiciais não são elaboradas livremente e se, tampouco, a discricionariedade do juiz é tão ampla quanto a do legislador, é nos limites substanciais que o próprio direito a aplicar lhe impõe” que, quando ultrapassados, se identifica o ativismo judicial. Um dos problemas, nesse caso, centra-se na imprevisibilidade dessa decisão e o conseqüente descompasso com a segurança jurídica.¹⁷⁵

Verifica-se, dessa forma, que uma das conseqüências temerosas do ativismo judicial é comprometer o instituto da segurança jurídica, que pode ser tido como um “valor-pressuposto e imanente do conceito de Direito”. Assim, entende-se que uma das principais razões da existência do Direito é a estabilização das relações sociais e a organização coletiva, que só podem ser atingidas na medida em que a ordem jurídica for certa, duradoura e coerente.¹⁷⁶

Partindo dessa premissa, o chamado imperativo da previsibilidade normativa permite ao cidadão organizar sua vida individual e frente à coletividade, podendo prever comportamentos e conseqüências de suas próprias ações. No entanto, isso depende do respeito à legislação vigente, pois decisões discricionárias baseadas em critérios morais subjetivos do juiz impedem a concretização da segurança jurídica.

Sobre isso, Streck e Ferrajoli estabelecem um debate interessante, na medida em que o primeiro entende insustentável a separação entre direito e moral no Estado de Direito, ao mesmo tempo em que não admite a discricionariedade judicial, entendendo-a como incompatível com a democracia. Ferrajoli, por outro lado, defende a separação entre os dois institutos, mas admite uma certa discricionariedade judicial por entendê-la como “traço inevitável e fisiológico da jurisdição”.¹⁷⁷

O jurista brasileiro, nesse sentido, aponta na tese de Ferrajoli uma contradição entre a desvinculação do direito e da moral e o reconhecimento dos tais espaços fisiológicos de discricionariedade judicial. O autor responde a esse apontamento esclarecendo que esses

¹⁷⁵ RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 130.

¹⁷⁶ RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 82 *et seq.*

¹⁷⁷ ROSA, Alexandre Morais da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 246.

espaços são legítimos em função da natureza linguística do direito, mas que não se confundem com o ilegítimo espaço suprimível e patológico configurado no ativismo judicial.¹⁷⁸

Por conseguinte, ao afastar o Direito do julgador, o ativismo judicial impede em absoluto a existência do *rule of law*, na medida em que

“o Direito passa a não mais decorrer de interpretação vinculada e (ainda que minimamente) aderente aos textos normativos democraticamente construídos, mas somente da criatividade subjetiva dos julgadores, não se conhece ou se pode ter expectativas sobre qual será o tratamento a ser ministrado às controvérsias sociais, não mais se podendo falar em juridicização do poder e da vida social, ou sem segurança jurídica decorrente da aplicação do pacto social.”¹⁷⁹

Outro problema ocasionado pelo ativismo judicial é a afronta ao princípio da separação dos poderes. Para melhor compreender esse desdobramento, faz-se necessário alguns breves apontamentos quanto ao referido princípio e, principalmente, quanto à sua recente evolução.

Muito atribuída a Montesquieu, a ideia clássica da separação de poderes se reflete na distribuição das funções do Estado em três, quais sejam: as funções executiva, legislativa e judiciária. Do plano institucional, o autor francês distinguiu o que seriam três órgãos independentes: o governo, o parlamento e os tribunais. Dessa forma, atribuiu cada uma das funções a um órgão, ao governo a função executiva; ao parlamento a função legislativa e aos tribunais a função judiciária.¹⁸⁰

Essa divisão clássica sofreu algumas alterações com a democratização do poder, fundamentada na superação da monarquia absolutista e a consolidação da república (na maioria dos Estados ocidentais). Nesta nova acepção está presente o chamado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), próprio do direito norte americano, que, em linhas gerais, estabelece mecanismos de controle de um Poder sobre o outro, bem como permite que algumas atribuições próprias de um Poder sejam praticadas por outro.¹⁸¹

¹⁷⁸ ROSA, Alexandre Morais da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 247.

¹⁷⁹ ALVES, Vitor Amorim Mendonça. **Constituição, crise democrática e ativismo judicial**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 122 *et seq.*

¹⁸⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 165 *et seq.*

¹⁸¹ RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 44.

Cumpra ressaltar que o ativismo judicial, caracterizado por uma conduta proativa do judiciário¹⁸², atinge com maior frequência, entre as competências dos demais Poderes, a atividade legiferante. Assim, sob diferentes pretextos, como de suprir omissões legislativas ou de atualizar o sentido de uma norma anacrônica (como no caso da ADPF 4277), o fenômeno discutido acaba por adentrar nas atribuições do Poder Legislativo.¹⁸³

Nesse sentido, a usurpação de competências dos outros Poderes pelo Judiciário desequilibra esse sistema, desestruturando não apenas a distribuição de poder dentro do Estado, mas a democracia como um todo. Essa primeira consequência, quanto à distribuição do poder do Estado, é relevante porque contesta a falsa aceção de que um Judiciário ativista garante a liberdade individual ao, supostamente, dar concretude aos direitos fundamentais.¹⁸⁴

Ainda que esse argumento já tenha sido superado anteriormente¹⁸⁵, importa refutá-lo novamente porque a referida redistribuição de poder que privilegia o Judiciário pode levar ao errôneo entendimento citado. Errôneo, explica-se, porque o Judiciário é um Poder do Estado assim como o Legislativo e o Executivo, cuja transferência de competências e atribuições não as retira do Estado, apenas desloca-as, de forma a não conferir qualquer acréscimo à liberdade individual.

Na separação dos poderes, dois deles recebem representatividade popular e são majoritariamente responsáveis pelo conteúdo normativo do sistema jurídico, visando atender às demandas sociais. O terceiro poder, caracterizado pela estabilidade e independência de seus membros, tem a função limitada de controlar excessos dos demais, sem se vincular a critérios ideológicos ou políticos, pois não precisa (nem deve) representar a sociedade. Esse sistema protege os institutos democráticos.¹⁸⁶

Portanto, o ativismo judicial enfraquece a democracia constitucional na medida em que fragiliza seus dois principais pilares: a separação dos poderes e a existência de um regime

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 18 nov 2025.

¹⁸³ TESSARI, Mariana Machado; DEMARI, Melissa. Ativismo judicial na perspectiva do princípio da separação dos poderes. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 14, n. 26, p. 228-249, 2022, p. 235. Disponível em: <http://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/271>. Acesso em: 18 nov 2025.

¹⁸⁴ RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 51.

¹⁸⁵ Conferir nota de rodapé 152.

¹⁸⁶ RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 52.

jurídico estável e conhecido. Nas palavras de Ferreira Filho, “o ativismo judicial é uma militância contra o direito positivo”, uma vez que “o ativista despreza o Estado de Direito, cujo primeiro princípio é o da legalidade” e o fenômeno invade a esfera da governança, contrariando a separação dos poderes.¹⁸⁷

Para além desses elementos essenciais à democracia, que são enfraquecidos pelo ativismo judicial, não se pode deixar de mencionar a capacidade de se estabelecer um debate plural e tolerante, muito caro às democracias constitucionais. Partindo-se do conceito de democracia substancial¹⁸⁸ de Ferrajoli, já observado, fica claro que esta não pode ser reduzida ao simples majoritarismo, devendo ser interpretada a partir da vontade da maioria limitada àquilo que se denomina como “esfera do indecível”: os direitos fundamentais.

Dessa forma, a esfera do indecível representa uma barreira à vontade da maioria, na mesma medida em que é o que garante, ao fim e ao cabo, a viabilidade de participação de todo o povo nas deliberações políticas e sociais. Ademais, possibilita-se um debate plural capaz de melhor atender às necessidades das sociedades complexas e heterogêneas que hoje existem.¹⁸⁹

Diante disso, afastando-se a fundamentação da decisão judicial do direito posto se “transforma o regime democrático em um jogo de *vencedores e perdedores*”. Isso descaracteriza a prática jurisdicional ao mesmo tempo em que se desprestigia os consensos alcançados nos debates legislativos, “*locus fundamental*” no qual são tomadas as decisões políticas, morais e sociais.¹⁹⁰

Observa-se que, inevitavelmente, o ativismo judicial desincentiva o debate racional quanto às controvérsias sociais, morais e políticas naturais das sociedades modernas do âmbito político, transferindo-as para serem resolvidas na esfera judicial, onde não há a mesma participação e pluralismo. Por isso, contribuiu para a fragilização da democracia.

¹⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 42. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 361 *et seq.*

¹⁸⁸ Conferir nota de rodapé 73.

¹⁸⁹ ALVES, Vitor Amorim Mendonça. **Constituição, crise democrática e ativismo judicial**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 128 *et seq.*

¹⁹⁰ ALVES, Vitor Amorim Mendonça. **Constituição, crise democrática e ativismo judicial**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 130 *et seq.*

O ativismo judicial não é, entretanto, um problema sem solução. Na verdade, algumas teses já foram formuladas quanto às possíveis formas de se resolver a problemática, dentre elas pode-se citar uma atuação incisiva de movimentos sociais e da mídia sobre o Poder Legislativo e a já mencionada postura de autocontenção judicial.

Esta última, contudo, não será examinada em profundidade aqui, dada sua complexidade teórica e seus desdobramentos no debate institucional. Ainda assim, vale mencionar que se trata de um tema amplamente debatido na literatura, sendo especialmente recomendada a leitura da obra *Ulisses e as sereias*, de Jon Elster, que oferece importantes reflexões sobre os limites e responsabilidades das instituições democráticas a partir de um exercício de autocontenção de poderes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou compreender a problemática do ativismo judicial, fenômeno que resulta da argumentação moral em decisões judiciais. Assim, demonstrou que a fundamentação de decisões judiciais frequentemente assume caráter moral, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que desestabiliza uma democracia constitucional ao fragilizar suas principais sustentações: a segurança jurídica, a previsibilidade normativa, a separação dos poderes e a pluralidade de ideias.

Nesse sentido, ao tratar do conceito de argumentação jurídica, analisou-se algumas das principais teorias sobre o tema, principalmente aquela desenvolvida por Robert Alexy, em função da notoriedade que alcançou na doutrina e jurisprudência brasileiras. Para tanto, evidenciou-se a diferenciação estabelecida pelo autor entre princípios e regras, bem como aquela defendida por Ronald Dworkin.

Em seguida, destrinchou-se os principais aspectos do método de ponderação de princípios, proposto por Alexy para a resolução de casos difíceis, onde haveria a colisão entre princípios. Discorrer sobre essa teoria foi necessário para melhor compreender a posição da ideia de justiça em relação ao direito para aqueles que se afiliam aos pensamentos de Dworkin e Alexy.

Foram concluídas as considerações sobre as teorias da argumentação jurídica, seu conceito e métodos de aplicação, exemplificando sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, destaca-se o uso incorreto, pela Corte, do método *alexiano* de ponderação de princípios, ao confundir razoabilidade e proporcionalidade sem observar os detalhes necessários ao método.

Assim, passou-se para a discussão das relações existentes entre o direito e a moral e, em especial, aquelas presentes dentro de decisões judiciais. Para isso, demonstrou-se que a relação entre direito e moral se dá no momento pré-jurídico ou legislativo, onde é debatido e desenvolvido o direito, e não em um momento de interpretação do direito posto.

Essa conclusão foi alcançada com o estudo das doutrinas (i) positivista, (ii) neoconstitucionalista e (iii) constitucionalista garantista. Verificou-se pela impossibilidade de se ater aos exatos termos da doutrina positivista, vez que não mais se adequa ao contexto dos Estados Constitucionais, principalmente por não diferenciar os institutos da validade e da

vigência das normas. Essa acepção é anacrônica com a realidade contemporânea, uma vez que tem-se hoje a Constituição como parâmetro material de validade das normas, não sendo mais possível de ser pressuposta a partir de sua vigência.

O neoconstitucionalismo, por outro lado, doutrina a qual se filia Robert Alexy e, apesar de Ronald Dworkin não ter se intitulado como tal, inegável sua aproximação com ela, advoga pela aproximação do direito e da moral na medida em que busca superar o positivismo jurídico clássico. Dessa forma, desloca o papel central do estudo do direito do legislador para a decisão judicial.

Constatou-se, nesse sentido, ser impróprio para esta pesquisa filiar-se a essa doutrina, vez que, ao admitir uma aproximação do direito com a moral, enfraquece a normatividade da Constituição ao mesmo tempo em que resulta no indesejável cognitivismo ético.

O constitucionalismo garantista, de outro modo, reestrutura o positivismo jurídico clássico, aprimorando a defasagem da indistinção entre validade e vigência das normas, ao mesmo tempo em que resgata a separação rígida entre o direito e a moral. Por isso, mostra-se a doutrina mais adequada não apenas para essa pesquisa, mas também para um contexto de Estado Constitucional de Direito.

Vencida essa discussão quanto à separação entre direito e moral, buscou-se identificar se ela é ou não respeitada nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Analisando as decisões da ADPF 186, da ADI 3510 e da ADI 4983, bem como as atribuições da Corte, chegou-se à conclusão de que argumentos morais são uma constante na fundamentação de suas decisões, bem como são cruciais para o resultado final.

Constatada essa realidade, discutiu-se sobre o impacto dessa natureza de argumentação na legitimidade das decisões judiciais em que é aplicada. Defendeu-se, portanto, que essa prática deslegitima as decisões que atinge, vez que ultrapassa os limites legais de atuação do poder judiciário. Isso porque, sob o pretexto de satisfazer demandas sociais e conferir concretude aos direitos fundamentais, adentra nas competências do Poder Legislativo ao promover decisões morais, as quais deveriam ser concretizadas em debates políticos.

Disso resulta, como restou evidenciado, o ativismo judicial. Com isso, fez-se breves considerações acerca dos muitos conceitos atribuídos ao fenômeno, bem como buscou-se analisar uma postura ativista do Supremo Tribunal Federal, visto seu apreço por

fundamentações morais. Assim, além de retomados os casos analisados quando da análise das relações entre direito e moral, estudou-se dois casos emblemáticos da Corte, quais sejam: do aborto de fatos anencéfalos e da união estável homoafetiva.

Em ambos os casos, observou-se uma postura altamente ativista do STF, seja ao conferir uma interpretação não extraível do texto constitucional, seja ao criar uma hipótese legal não prevista pelo texto normativo. Identificada a ocorrência do problema no sistema judiciário brasileiro, tornou-se necessário ressaltar as consequências desse fenômeno, que o tornam problemático.

Assim, defendeu-se que a prática do ativismo judicial fragiliza a democracia na medida em que ameaça seus principais pilares: a segurança jurídica, a separação de poderes e a pluralidade de ideias. A segurança jurídica é relativizada uma vez que toda a previsibilidade da decisão é exaurida, visto tornar-se impossível prever convicções pessoais dos julgadores.

Nesse sentido, o princípio da separação dos poderes também é esvaziado na medida em que se usurpa competências dos demais Poderes, em especial do Legislativo, quando se age de forma ativista. Por fim, a pluralidade de ideias também resta comprometida, vez que não há propriamente um debate no âmbito judicial, de forma que não há garantia de que as controvérsias judiciais, morais e políticas serão resolvidas conforme os interesses da sociedade.

A crítica feita ao ativismo judicial nesta pesquisa, entretanto, não significa ignorar as insuficiências do Legislativo ou negar a relevância da proteção dos direitos fundamentais, mas reconhecer que a superação dessas lacunas deve ocorrer dentro dos marcos institucionais legitimados pela soberania popular. Nesse sentido, a contenção dos excessos judiciais mostra-se necessária para a preservação da legitimidade democrática e para a manutenção de um sistema jurídico estável e coerente com os limites que o próprio texto constitucional impõe.

Assim, compreende-se que o enfrentamento do ativismo judicial não se faz por meio da negação dos avanços civilizatórios conquistados, mas pela reafirmação das responsabilidades de cada Poder e pela valorização dos mecanismos democráticos de deliberação. Somente com o fortalecimento das instituições, o aprimoramento das práticas legislativas e uma postura interpretativa comprometida com o direito posto será possível

assegurar que a jurisdição cumpra sua função essencial: proteger a Constituição sem ultrapassá-la.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva; 5a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008. E-book. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos_humanos_stricto_sensu/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf. Acesso em: 22 ago. 2025.

ALVES, Vitor Amorim Mendonça. **Constituição, crise democrática e ativismo judicial**. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Rio de Janeiro: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias das Argumentações Jurídicas - 2ª Edição 2014**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. *E-book*. p.1. ISBN 978-85-309-5571-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5571-7/>. Acesso em: 28 mai. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-20, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Jan/Fev, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr/jun, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, nº 4, p. 160-175, jul./dez. 1996.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOTELHO, Alexandre. Supremo Tribunal Federal como órgão moral máximo do ordenamento jurídico brasileiro. *In*: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Direito, Estado e Constituição: homenagem ao professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo**. Ubaldo Cesar Balthazar, Arno Dal Ri Jr. e Sergio Ricardo Ferreira Mota (Orgs.). Florianópolis: Insular, 2018. Cap. 2, p. 51-62.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, p. 387-401, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out 2025.

BRASIL. Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005). Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 22 out 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Min. Carlos Britto. 29 de maio de 2008. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: Min. Ayres Britto. 05 de maio de 2011. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&numProcesso=4277>. Acesso em: 02 nov 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4983. Relator: Min. Marco Aurélio. 06 de outubro de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://static.poder360.com.br/2023/08/ADI-4983-vaquejada-2016.pdf>. Acesso em: 21 out 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 26/04/2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em: 20 out 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Min. Marco Aurélio. 24 de abril de 2012. **Diário de Justiça**

Eletrônico. Brasília. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 04 nov 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 76.006-4/SC. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 31 de março de 1998.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O julgamento da ADPF n. 54: uma reflexão à luz de Ronald Dworkin. **Sequência**, Florianópolis, v. 33, n. 65, p. 155-188, dez., 2012b. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n65p155/23922>. Acesso em: 04 nov 2025.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 378 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/9555/1/Carlos%20Alexandre%20texto%20completo.pdf>. Acesso em: 10 nov 2025.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito, justiça e sociedade. **Revista da EMERJ**, v. 5, n. 18, p. 58-65, 2002.

DE SOUZA ALLAIN, João Paulo Fernandes *et al.* Uma Análise Crítica das Funções Contramajoritária, Representativa e Iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) À Luz da Doutrina da Efetividade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 27, n. 3, p. 124-153, 2022.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do Processo**. 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Manual de Filosofia do Direito**. Caxias do Sul: Educs, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira; 3a ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESSER, Josef. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Frankfurt am Main: Scriptor Verlag, 1975. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. Tradução: Alexander Araújo de Souza *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principlista e Constitucionalismo Garantista. In: ROSA, A.M. *et al* (orgs.) **Garantismo, Hermenêutica e Constitucionalismo**, 2. ed. ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 42. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2022.

FERREIRA, Luiza Leandra. **Há jurisprudência de crise no Brasil: a crise institucional e o Supremo Tribunal Federal**. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2022.

GRIMM, Dieter. **Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage**. Berlin: Duncker & Humblot, 2020. In: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. **Princípios: Revista de Filosofia**, v. 29, n. 60, set/dez, 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Tradução: Sandra Lipert. Lisboa: Fundação Piaget. 1999.

HUTZLER, Fernanda Souza. **O ativismo judicial e seus reflexos na seguridade social**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Berlin: Duncker and Humblot, 1967. In: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 2a ed. São Paulo: Landy, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: revista de cultura e política**, p. 113-133, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/XtH5MwKHLqbL5xyN7dwd6zC/?format=html&lang=pt>. Acesso em: out 2025.

MAIA, Gretha Leite. **O poder judiciário na democracia brasileira**. Fortaleza: Edições UFC, 2017.

MARSHALL, William P. Conservatism and the Seven Signs of Judicial Activism. Chapel Hill: **University of Colorado Law Review**, n. 73, p. 101-140, 2002.

MATZENBACHER, Fernanda Sucharski. **A relação entre Direito e moral em Dworkin e Ferrajoli: O Estado Constitucional de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Tradução: Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar. O controle de constitucionalidade no Brasil. **Sociedade Brasileira de Direito Público**. V. 5, 2019. Disponível em:< www.sbdp.org.br/arquivos/material/1381_Texto_-_Gilmar_Mendes.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2025.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NOVELINO, Marcelo. A influência da Opinião Pública no comportamento judicial dos membros do STF. *In*: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. **Princípios: Revista de Filosofia**, v. 29, n. 60, set/dez, 2022.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito constitucional**. São Paulo: Prima Cursos Preparatórios, 2004.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; TERRA, José Maria Barreto Siqueira Parrilha. Legitimidade democrática da jurisdição constitucional: uma análise a partir da morfologia do Supremo Tribunal Federal. **ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX**, 2010.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIRES, Teresinha Inês Teles. A teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: Dimensão normativa, raciocínio prático e justificação das decisões jurídicas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 49-70, ago. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15n2p.49. ISSN: 1980-511X.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 2a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RAMALHO, Ranieri. **STF e o neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 12a ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ROSA, Alexandre Morais da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RAUPP, Maurício Santos. **Ativismo Judicial: características e singularidades**. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016,

ROHLING, Marcos. **Rawls e o Direito: O sistema jurídico e a justificação moral da obediência ao Direito em Uma Teoria da Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHLESINGER JR., Arthur. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. XXXV, n. 1, jan/jul, 1947.

SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. *In*: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. O caráter político da jurisdição constitucional: uma abordagem a partir de Carl Schmitt. **Princípios: Revista de Filosofia**, v. 29, n. 60, set/dez, 2022.

SCHÜTZ, Gustavo. **O STF e a fundamentação das decisões em casos de conflito moral**. 2018. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/204615>. Acesso em: out 2025.

SILVA, Diogo Bacha; VIEIRA, José Ribas. Os itinerários da politização do Supremo Tribunal Federal: do ativismo ao populismo judicial. **Sequência (Florianópolis)**, v. 43, n. 91, p. 66-93, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/bMHtycYDNpLRyHFzzfzD53v/?format=html&lang=pt>. Acesso em: out 2025.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Juvêncio Borges; PEREIRA, FMdaS. A influência política nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise dos papéis contramajoritários e representativos. **Rev Fac Dir**, v. 47, n. 1, p. 293-319, 2019.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.91, n.798, p. 23-50, abr. 2002. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/36159>. Acesso em: 09 set. 2025.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jul. 2003. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 20 ago. 2025.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **A credibilidade de Têmis e a argumentação jurídica: medidas endo e extrajudiciais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2016. ISBN: 978-85-8296-015-8.

STRECK, Lenio Luiz. A interpretação da Constituição no Brasil: breve balanço crítico. **Revista Paradigma**, n. 21, p. 2-35, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul/dez. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 03 nov 2025.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The Global Expansion of Judicial Power. **New York University Press**, 1995. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/XtH5MwKHLqBL5xyN7dwd6zC/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 20 out 2025.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan/jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a02.pdf>. Acesso em: 02 nov 2025.

TESSARI, Mariana Machado; DEMARI, Melissa. Ativismo judicial na perspectiva do princípio da separação dos poderes. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 14, n. 26, p. 228-249, 2022. Disponível em: <http://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/271>. Acesso em: 18 nov 2025.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: ROSA, Alexandre Morais da *et al.* **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Luigi Ferrajoli, Lênio Luiz Streck e Alexandre Karam Trindade (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95-132.

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário: posituação do direito natural e política**. Rio de Janeiro: Estudos históricos, v. 9, n. 18, 1996.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 02 nov 2025.

WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política. **Dikaion**, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n.1346, 2006.