



AINDA SOBRE ATIVISMO JUDICIAL: DESFAZENDO MITOS E EQUÍVOCOS PARA UM CONCEITO DEFINITIVO

*Glauco Barreira Magalhães Filho¹,
Daniel Damasceno²*

RESUMO

O presente artigo objetiva definir a consagrada expressão “ativismo judicial”. O modo acrítico e atécnico que essa conjunção tem sido empregada nos debates acadêmicos e sociais enfraquece a compreensão do fenômeno que o termo procura abarcar. As definições correntes na doutrina têm se limitado a descrever o fenômeno desde um viés ideológico, sem qualquer preocupação em estabelecer parâmetros científicos e objetivos para identificar o que venha a ser efetivamente uma atitude ativista do Poder Judiciário. Conclui-se, a partir de uma crítica hermenêutico-filosófica do direito, que conceitos baseados em juízos de valor quanto às consequências das decisões judiciais são insuficientes para resolver o problema, razão pela qual se define esta prática como uma postura *contra legem*, é dizer, contrária à lei, em sentido amplo, independentemente dos resultados negativos ou positivos que dela advenham.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Hermenêutica filosófica; Decisão jurídica.

STILL ON JUDICIAL ACTIVISM: DISPATCHING MYTHS AND MISTAKES TOWARDS AN ULTIMATE CONCEPT

ABSTRACT

This article aims to define the expression “judicial activism”. The uncritical and atechanical way that this conjunction has been used in academic and social debates weakens the understanding of the phenomenon that the term seeks to reach. The current definitions have been limited to describing the phenomenon from an ideological point of view, without any concern with establishing scientific and objective parameters to identify what may be an activist attitude of the Judiciary. It is concluded, from a hermeneutic-philosophical criticism of law, that concepts based on value judgments regarding the consequences of judicial decisions are insufficient to solve the problem, which is why this practice is defined as *contra legem*, that is contrary to the law, regardless of the negative or positive results coming from it.

¹ Possui graduação (1993) e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000). É Livre Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Vale do Acaraú (2006), Doutor em Sociologia pela UFC (2010), Graduado em Teologia pela UESP (2013), Doutor em Ministério (Faculdade de Teologia Metodista Livre - Reconhecida pela AETAL) e Especialista em Teologia Histórica e Dogmática pela FAERPI (2011). Foi Coordenador de curso de Direito da Faculdade Gama Filho/ Faculdade Integrada Grande Fortaleza e do curso de Direito da FAMETRO, Vice-Coordenador da Faculdade de Direito da UFC e Professor Assistente HA N. 6 da Universidade de Fortaleza, sendo atualmente Professor Associado I da Universidade Federal do Ceará.

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Trabalha na Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. Atuando principalmente nos seguintes temas: Hermenêutica, Ética judicial, Teoria da decisão jurídica.

KEYWORDS: Judicial activism; Philosophical hermeneutics; Legal decision.

INTRODUÇÃO

A expressão “ativismo judicial” ganhou ampla notoriedade nacional após recentes decisões, o Supremo Tribunal Federal, em que, aparentemente, os ministros teriam violado o texto expresso da Constituição ao substituí-lo pelo que julgavam “dever-estar” escrito ali. A opinião pública foi movida contra a atitude desses juízes, tendo inclusive quem defendesse o *impeachment* de vários deles³.

De fato, tornou-se lugar comum acusar a mais alta corte do Brasil de um tribunal “ativista”. Ocorre que, embora boa parte dos ministros tenha sido taxada de ativista, pouco se discutiu na mídia e na academia sobre o que venha a ser uma postura jurisdicional ativa. Não há dúvidas de que uma parte das decisões do STF exorbitam – e muito! — a esfera semântica das leis. Contudo, isto é, por si só, suficiente para desvelar o ativismo escancarado desta corte? O que é o ativismo judicial, afinal?

Antes, precisaríamos delinear o que é uma decisão judicial e quais são os seus limites para termos uma resposta definitiva, regredindo às características históricas e elementares da função judicial. A linha argumentativa de que a falta de legitimidade popular dos juízes é um empecilho para que os julgadores subvertam a função do legislador e passem a atuar além dos limites previamente estabelecidos pela legislação vigente não resiste a uma crítica hermenêutica do direito, porque é um argumento que só faz sentido dentro do já superado paradigma legalista-exegético.

Nesse sentido, para solucionar esse impasse, precisamos, primeiro, conhecer as variadas definições que se visa combater, por sua nítida imprecisão (seção 1). Em seguida, resgataremos as origens da Teoria da Separação de Poderes e a sua aplicação na atualidade, como forma de evitar confusões conceituais acerca da terminologia adotada (seção 2.1). Somente então, será possível lançar luzes sobre o papel dos juízes na produção do sentido das leis a partir do paradigma da hermenêutica filosófica, que apresenta uma função importantíssima na colocação do problema no seu devido lugar (seção 2.2).

Finalmente, poderemos encontrar uma definição precisa do que venha a ser uma decisão ativista, e responder se o ativismo pode ser avaliado positivamente ou não (seção 3). Sem isso, qualquer tentativa de relacionar essa atitude com questões de cunho epistemológico estará fadada ao fracasso, pois impreterível um estudo acerca de como ocorre o processo de interpretação das leis para alcançarmos um conceito definitivo.

1 O QUE É ISTO – O ATIVISMO JUDICIAL?

O termo *judicial activism* foi cunhado pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr. em seu ensaio *The Supreme Court: 1947*. Dividindo os juízes da Suprema Corte norte-americana em dois grupos, Schlesinger percebeu que uns estavam mais interessados em desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social (*judicial activists*) — mesmo que isso implicasse em instrumentalização da Justiça —, enquanto

³ Pedido de impeachment contra ministros do STF é protocolado no Senado. Agência Senado, Brasília, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/04/pedido-de-impeachment-contra-ministros-do-stf-e-protocolado-no-senado>. Acesso em: 05/12/2019.

outros advogavam uma política de autocontenção judicial (*champions of self-restraint*), deixando para o governo a adoção de medidas que alcancem resultados sociais desejados pelo povo, seja para o bem ou para o mal (KMIEC, 2004, p. 1446).

De fato, nos Estados Unidos, os tribunais tradicionalmente se consideravam guardiões da letra da Constituição e não árbitros do confronto político, afastando-se da função de servir como última instância de recorribilidade dos grupos políticos derrotados no sistema de votação majoritária (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 467-468).

Todavia, a ideia tradicional de que o exercício da jurisdição se dava conforme as leis criadas por terceiros, sem se basear em concepções pessoais de justiça, passou a ser superada pela noção de que os juízes deveriam adotar uma postura mais ativa no processo, avaliando sobre o que seria melhor para cada uma das partes ou para a sociedade em geral no caso concreto, conferindo à juridicidade a faculdade de “corrigir” o legislador quando julgasse conveniente (SOWELL, 2011, p. 266).

Aqui é possível identificar três traços característicos dessa postura chamada de ativista: 1) de ordem teleológica, o juiz como instrumento de efetivação de políticas de bem-estar; 2) de ordem institucional, a substituição do protagonismo dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário; 3) de ordem substantiva, a interpretação dos fatos sociais a partir de concepções particulares de justiça do magistrado (BESERRA, 2013, p. 14-15).

Segundo Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial “expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.” (BARROSO, 2012a, p. 31) E aponta três atitudes tipicamente ativistas:

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

Já Elival da Silva Ramos (2015, p. 131) define esse fenômeno como um exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judicial resolver litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias de natureza objetiva (conflitos normativos). Haveria, então, uma desnaturação das atividades típicas da judicatura, em detrimento do campo de atuação dos demais Poderes, sobretudo o Legislativo.

Para Frank Easterbrook (2002, p. 1401), a expressão “ativismo judicial” surge como uma antítese à autocontenção, quando os liberais⁴ ascenderam à Suprema Corte estadunidense e os conservadores clamaram por contenção em denúncia ao ativismo crescente. Isso significa que eles queriam que os juízes liberais seguissem os precedentes

⁴ Advirta-se que, nos Estados Unidos, “liberais” tem uma conotação política diversa da brasileira, pois está relacionada a políticas progressistas ou de esquerda, em oposição ao liberalismo econômico.

passados⁵, mais do que estivessem engajados em fazer leituras independentes da Constituição, as quais levariam a conclusões diferentes da tradição.

Em contrapartida, visando evitar abusos e garantir o balanceamento entre poderes, surge a doutrina da autolimitação judicial (*judicial self-restraint doctrine*), a qual apregoa a ideia de que os tribunais não têm competência para dar a última palavra (*the last say*) sobre questões controvertidas de cunho político⁶, devendo, na dúvida, ser respeitada a opção dada pelo legislador (*in dubio pro legislatore*) — que provavelmente tinha uma intenção originária diversa daquela deduzida pelo intérprete (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 468-469).

Oliver Wendell Holmes⁷ (1952, p. 307), juiz da Suprema Corte, resume sistematicamente a filosofia de conformação à vontade do legislador ao defender que o papel do juiz “é verificar se o jogo está sendo jogado segundo as regras, gostando eu delas ou não.” No mesmo sentido, Antonin Scalia⁸ (informação verbal), também membro da Alta Corte, dizia, em tom jocoso, que se alguém gosta o tempo todo de suas conclusões extraídas da lei, é porque provavelmente está fazendo algo de errado.

O fato de os magistrados não serem escolhidos pelo povo e a função estritamente reprodutora das leis criadas por terceiros (parlamentares) impediriam qualquer tipo de postura criativa por parte dos intérpretes na aplicação do direito. O Judiciário, devido à necessidade de se postar como terceiro imparcial, alheio à lide processual, característica inerente ao Estado Democrático de Direito, seria o único dos três Poderes que não gozaria de caráter representativo.

Para Barroso, essa postura procura reduzir a interferência jurisdicional nas ações dos outros Poderes, restringindo o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, na medida que os juízes:

- a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas (BARROSO, 2012a, p. 26).

Ocorre, porém, que todas essas explicações são demasiado imprecisas, pois não é tão simples delimitar, na situação particular, qual conduta pode ser considerada como ativista ou autocontida. Não à toa, Easterbrook (2002, p. 1409) chega à curiosa conclusão de que todos os nove juízes da Suprema Corte americana podem ser considerados ativistas, sob certo ponto de vista.

⁵ Por outro lado, quando os juízes conservadores ascenderam novamente à Corte, os liberais rogaram por contenção, em respeito ao ciclo anterior de decisões progressistas, denunciando um incipiente “ativismo conservador”.

⁶ Caso digno de nota ocorreu no Brasil, em 2017, após a declaração de inconstitucionalidade da prática de vaquejada na ADI 4.983/CE, em face de Lei Estadual que garantia essa expressão regional. Descontente com a decisão, o Congresso Nacional, com apoio da população, votou e aprovou a Emenda Constitucional nº 96/2017, que acrescentou o §7º ao art. 225, da CF/88, o qual não considera cruel práticas desportivas com animais, desde que sejam manifestações culturais. Esse efeito foi denominado pela doutrina como backlash, que é definido como uma reação conservadora a decisões judiciais polêmicas em temas sensíveis à sociedade. Sobre o tema, cf. MÁRMELSTEIN, 2019b.

⁷ Paradoxalmente, o autor é adepto do realismo jurídico, segundo o qual “o direito é o que os tribunais dizem”.

⁸ Palestra proferida na Chapman Law School, na cidade de Orange, Califórnia, em agosto de 2005.

É tanto que o próprio Schlesinger se contradiz ao elogiar largamente o voto dissidente do juiz Felix Frankfurter no caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, acusando a maioria vencedora de ativismo, quando o juiz Robert Jackson, classificado por ele como um dos “campeões da autocontenção”, foi, na verdade, o autor da opinião majoritária taxada de ativista. Essa inconsistência se deve ao fato de o historiador estar mais preocupado em descrever uma situação histórica particular do que oferecer uma definição jurídica coerente para esse fenômeno; obscurecendo, todavia, a sua análise tipológica (GREEN, 2009, p. 1202 e 1205).

Além disso, há certa dissonância cognitiva por parte dos juízes, que ora adotam uma conduta autocontida, ora ativista, sugerindo que, dentro de determinada questão de direito, se pode explorar em qualquer direção, a depender das predileções particulares de cada juiz. Um caso ilustrativo dessa inconsistência é o do juiz William O. Douglas, que ora dizia que a Corte não deveria ser uma “superlegislatura”, devendo deixar a política social à cargo dos representantes do povo, ora fundamentava suas decisões em “emanações” provenientes das penumbras da Lei Maior, tudo com o fim de encobrir preferências ideológicas individuais na sua posição (SOWELL, 2011, p. 262 e 267).

Em resumo, todas as conceituações expostas até o momento se mostram insuficientes e insatisfatórias, pela vagueza e ambiguidade das expressões empregadas, especialmente tais como “justiça social”, “bem-estar geral” e “resultado útil”. Para que o debate possa sair desse impasse, é preciso maior rigor semântico e clareza na apresentação dos conceitos, tentando escapar desse jogo de subjetividades que orienta as preferências contingentes do intérprete (MARMELSTEIN, 2019a). Afinal, sem um acordo prévio que delimite o entendimento mútuo das palavras, esses atalhos fáceis e simplistas, sem qualquer atributo científico, tenderão a prevalecer.

2 OS JUÍZES PODEM SER LEGISLADORES?

As concepções vistas no tópico antecedente pouco aproveitam a uma análise científica profícua, vez que um conceito inequívoco de ativismo judicial precisa estar amparado tanto na estrutura ontológico-funcional das decisões judiciais como na teoria do direito, de modo a evitar modelos subjetivos de identificação. Afinal, um conceito que se queira científico precisa se abster de fazer juízos de valor de qualquer natureza sobre o objeto estudado.

Easterbrook (2002, p. 1401-1402) adverte que a palavra “ativismo” é usada de maneira vazia, como uma máscara para uma posição substantiva. Todos querem se apropriar do termo e aplicá-lo da maneira que lhe soar mais favorável. O ativismo se transforma, então, em apenas “juízes se comportando mal” — não obstante cada interlocutor tenha uma diferente concepção do que seja “se comportar mal”. Muitos denunciam o problema gerado pelo ativismo, mas poucos se preocupam em definir o que seja ele para além de “decisões erradas, como eu as costumo ver”. Em suma, os ativistas pensam que aqueles que não compartilham a sua visão progressista de mundo são autocontidos, enquanto estes pensam que aqueles que não compartilham a sua visão conservadora são ativistas.

Dentro desse contexto, Marmelstein (2019a) nota que a etiqueta “ativismo judicial” se transformou em um rótulo que serve para criticar todas aquelas situações que,

na visão do locutor, extrapolam a função jurisdicional. Com isso, a expressão perdeu grande parte do seu poder explicativo, pois seu uso pressupõe uma compreensão mais abrangente do papel judicial, do sentido do direito, dos limites do constitucionalismo, das possibilidades do raciocínio jurídico e da atividade interpretativa. Ou seja, não se chega a lugar algum com essa dicotomia ideológica.

De fato, o termo é escorregadio, levando uma forte carga negativa. Mas, ainda assim, dada a sua popularidade e consagração, não podemos nos furtar de uma tentativa de definição — e que não seja ambígua. Essa complexa problemática passa necessariamente por uma correta compreensão do modo como os juristas interpretam as leis, pressuposto sem o qual qualquer discussão sobre a natureza de uma decisão ativista seria inócua, posto que baseada em argumentos reducionistas e emocionais. Portanto, de agora em diante, cuidaremos de como esse processo interpretativo se dá.

2.1 DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES AO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Desde Platão e Aristóteles, passando por Marsílio de Pádua, sabe-se que, quando o poder está constituído na posse de apenas um indivíduo, há o perigo da tirania, sendo necessário distribuí-lo (DALLARI, 2011, p. 215-216). A concepção moderna de separação dos poderes, fundada em instituições estatais, foi construída gradativamente por filósofos políticos, ganhando contornos mais nítidos com John Locke e vindo a atingir o seu cume máximo em Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, segundo quem existiriam três poderes harmônicos e independentes entre si, de modo que um poder não pudesse usurpar as funções do outro⁹.

Ao analisar a conjuntura política do Reino Unido, o filósofo francês observou a existência de três poderes distintos e com funções delimitadas, independentes e iguais hierarquicamente entre si, notando a perfeita harmonia entre eles. O Poder Executivo encarregado da administração pública, o Poder Legislativo incumbido de criar e corrigir ou anular as leis e o Poder Judicial atarefado de resolver os conflitos entre particulares. Entretanto, diferentemente do descrito pelo autor, o Rei da Inglaterra reinava, mas não governava; pois o Parlamento, na figura do Primeiro-Ministro, era o responsável pela administração pública, acarretando na tradicional confusão entre Executivo e Legislativo no regime de monarquia constitucional britânico¹⁰.

Influenciado por seu tempo, Montesquieu exaltou o poder de legislar, dando aos julgadores da lei um papel subsidiário na composição do Estado. Assinalou que o poder de julgar deve ser exercido por cidadãos do povo, e não profissionais, para formar um tribunal que só dure o tempo necessário para o exercício de sua função, pois, sendo temível a magistratura, esse poder é invisível e nulo (MONTESQUIEU, 2005, p. 169). Assim, os juízes nada mais seriam do que a boca que pronuncia as palavras da lei (*la*

⁹ No século XIX, tal pensamento foi consubstanciado na máxima de Lorde Acton: “o poder corrompe, o poder absoluto corrompe absolutamente.”

¹⁰ Segundo Carl Schmitt, o aparente equívoco trata-se, na verdade, de uma distorção deliberada da realidade, vez que os poderes ingleses estavam longe de serem separados e distintos como utopicamente descreveu o filósofo francês, sendo pouco provável que tal fato tenha passado despercebido pelo perspicaz pensador. (SCHMITT *apud* BONAVIDES, 2007, p. 69.) De todo modo, esse “erro” lhe permitiu idealizar a tripartição dos poderes, corolário seguido desde a Revolução Francesa (1789) até hoje pelas democracias modernas.

bouche qui prononce les paroles de la loi), pois quem determinara o espírito das leis foram os legisladores.

Essa ideia tem origem no Iluminismo francês, quando os filósofos não vendo nos juízes representantes do povo, mas aristocratas vinculados ao Rei e à Igreja, não concebiam a interpretação das normas jurídicas pelos magistrados, vislumbrando o risco de o espírito do legislador, verdadeiro representante da vontade geral, ser deturpado. Por isso, a figura do magistrado, temível por Montesquieu, remete a meros burocratas subjugados ao poder do soberano, posto que a configuração do Poder Judiciário era hierárquica, permitindo o seu controle por uma cúpula de confiança do chefe do Executivo (ROCHA, 1995, p. 38), o qual nomeava discricionariamente os juízes.

Após a Revolução Francesa, a lei passou a adquirir um caráter quase sagrado na França. Única e verdadeira expressão da soberania nacional e da vontade geral, ela era infalível e emancipadora, pois fruto da deliberação popular, com a consequência de que, inclusive em face de lacunas, os magistrados nada faziam do que somente aplicar o direito. Fora dela, reinavam somente o arbítrio e a insegurança. Foi esse espírito de reduzir todo o direito ao texto legal que influenciou a Europa, em grande medida, até metade do século XX, quando foram instituídos os tribunais constitucionais europeus (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1995, p. 121-124). Não é de se estranhar que Napoleão Bonaparte temesse que os intérpretes se tornassem, na verdade, os responsáveis pelo “assassinato” do seu Código Civil de 1804 (VILLEY, 2008, p. 392).

Daí o surgimento da Escola de Exegese, que contribuiu para a consolidação de um legalismo completamente avesso a qualquer extrapolação do poder jurisdicional, de sorte que a interpretação jurídica deveria limitar-se às disposições literais do texto ou, quando muito, a uma interpretação estritamente lógica, nos casos em que a letra da lei fosse obscura ou lacunosa. Nenhuma forma de controle judicial de constitucionalidade das leis era admitida, posto que caberia ao Parlamento realizá-lo preventivamente. E mesmo as decisões hodiernas dos magistrados poderiam ser invalidadas pela *Cour de Cassation*, órgão político-administrativo incumbido de evitar qualquer intromissão judiciária nas competências do Poder Legislativo (MAGALHÃES FILHO, 2011, p. 18).

Diversamente, a Constituição americana garantiu, no artigo VI, cláusula 2ª, a supremacia constitucional e das leis federais em relação às normas infraconstitucionais e locais, exigindo obediência dos juízes de todos os Estados, mas nada dizendo a respeito de quem seria o seu guardião. Poderia, então, o Judiciário declarar inconstitucional leis que lhe fossem incompatíveis? Essa cláusula, conhecida como *supremacy clause*, foi o pilar de sustentação teórica da doutrina do *judicial review* elaborada pelo *Chief Justice* John Marshall no caso paradigmático *Marbury v. Madison*, em 1803, que inaugurou o controle difuso de constitucionalidade das leis.

Astutamente, o juiz Marshall percebeu que, se a judicatura tem atribuição de interpretar as leis, quando uma delas entrar em contradição com a Lei Maior, o julgador teria de escolher entre dar força normativa a esta ou aquela, de modo que seria absurdo, nos termos da própria Carta Magna, preterir uma norma infraconstitucional à uma constitucional. Pois, se a Constituição é a lei suprema, então todas as disposições legais e infralegais que lhe forem contrárias serão passíveis de nulidade, concluindo assim que o Judiciário é o seu intérprete final, logo, capaz de fazer o controle das leis (BARROSO, 2012b, p. 20-21). Aí foram fixadas as bases definitivas do *judicial review*, segundo

o qual a inconstitucionalidade das leis poderia ser declarada por qualquer órgão jurisdicional diante do caso *sub judice*.

Em uma primeira análise, poder-se-ia julgar que o Judiciário estaria numa posição de superioridade em relação aos demais poderes, ao não conter representatividade popular para afastar a incidência de normas votadas e aprovadas pelo Parlamento. Essa prerrogativa, entretanto, não promove qualquer sobreposição do Terceiro Poder em face dos outros, tampouco viola a separação de poderes e os preceitos democráticos, como sustenta Alexander Hamilton em 1788, antes ainda daquela paradigmática decisão:

Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que dita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 226).

Longe de adotar integralmente a obra de Montesquieu, os *Founding Fathers* fizeram uma releitura da teoria da tripartição de poderes para adequá-la aos ideais da Federação Norte-Americana, fortemente marcada pelo sistema jurídico consuetudinário, inconciliável com a concepção francesa de juízes burocratas e reprodutores da lei. Nos países de origem anglo-saxônica, a legislação sempre foi vista como fonte excepcional de direito (CAPPELLETTI, 1993, p. 123), pois esta tradição sempre compreendeu a importância da jurisprudência, em concorrência com o Legislativo, para a produção do direito.

Não houve, aliás, na independência americana, a derrocada de um *Ancien Régime* como na França, mas apenas a emancipação político-institucional da metrópole inglesa, de forma que a proclamação da República, com eleições democráticas para o cargo de chefe do Executivo, não ensejou mudanças paradigmáticas na classe judiciária, a qual não se encontrava submetida ao monarca. Também por isso, as cortes do *common law* eram entendidas como responsáveis por interpretar tanto os fatos quanto a lei, sendo os *judges* considerados verdadeiros partícipes do processo de construção do direito nacional, em franca contradição com a experiência da Europa continental pós-revolucionária.

Desse modo, percebe-se a patente inadequação de importar a discussão sobre ativismo judicial dos Estados Unidos para países de tradição jurídica romanística, sem fazer as devidas considerações críticas. Em seguida, vejamos como a mudança de paradigma teórico do direito foi fundamental para a correta situação do problema na realidade brasileira.

2.2 DO LEGALISMO EXEGÉTICO À DISTINÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA: A CONTRIBUIÇÃO DA VIRAGEM LINGUÍSTICA PARA A COMPREENSÃO DO PROBLEMA

Na cultura jurídica respaldada pelo Estado de Direito Legal, entendia-se e ensinava-se que a interpretação identificava o trabalho do jurista, na medida em que consistia na aplicação da lei logo após havê-la interpretada e descoberto nela a resposta procurada. Se o direito estava contido na lei, ou melhor, nos códigos, era absolutamente possível e até desejável que o juiz se convertesse em um especialista de um ramo dessa ciência específica (VIGO, 2012, p. 193).

Nessa linha, o objetivo da interpretação judicial era desvendar o sentido da lei segundo o pretendido pelo legislador, e, para tais fins, o jurista deveria valer-se dos métodos interpretativos da Escola Histórica (gramatical, lógico, sistemático e histórico), que asseguravam um cumprimento fiel do julgador a seu mandato. O momento de criação do direito se resumia ao processo legislativo. Logo, o saber jurídico se encerrava nos postulados próprios das ciências físico-matemáticas, que se limitavam a descrever e sistematizar o fenômeno sem nenhum compromisso valorativo¹¹ (VIGO, 2006, p. 274).

À medida que as lacunas foram aparecendo e a incapacidade de resolver todos os dilemas jurídicos com base apenas nos dispositivos legais, o modelo francês do juiz “boca da lei” foi perdendo força. Ainda que de forma tímida, os princípios gerais do direito, a analogia e os bons costumes foram os primeiros subterfúgios utilizados para escapar da inflexibilidade do direito legislado. A complexidade com que são resolvidos os conflitos, mediante o uso de sofisticados métodos hermenêuticos, jamais poderia ser solucionada satisfatoriamente pela simples exegese do texto normativo.

Desse modo, os magistrados não poderiam mais ser encarados como meros autômatos reprodutores das leis, pois mesmo a mais clara das leis careceria de interpretação. Essa inversão no papel do Judiciário se deve, especialmente, às mudanças nas estruturas socioeconômicas experimentadas ao longo do século XX, transformando a qualidade e a quantidade da demanda jurídica, de modo a requerer do juiz participação na tarefa de criação do Direito (ROCHA, 1995, p. 38).

Habitualmente, tende-se a não fazer qualquer distinção entre texto e norma, como se ambos fossem uma coisa só. No senso comum, impera ainda a igualdade entre direito positivo (*lex*) e jurisprudência (*iurisprudencia*), equiparando aquilo abstratamente estabelecido pelo legislador e a interpretação dada incidentalmente pelos magistrados. Tal resquício do positivismo exegético-legalista veio a ser duramente combatido após a Segunda Guerra, ao negar-se uma visão pandectista do direito, com o ideal de completude e univocidade das leis, e reconhecer a incongruência de um sistema lógico-dedutivo, isto é, de conclusões subsuntivas, em face da atividade criadora dos tribunais.

Na metade do século, com o giro ontológico-linguístico proporcionado por Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, através da passagem da investigação filosófica sujeito-objeto para sujeito-sujeito, a interpretação passou a ser entendida não mais como uma reprodutora de sentidos psicologicamente expressos pelo autor do texto – como queriam Wilhelm Dilthey e Friedrich Schleiermacher –, mas como um verdadeiro ato criativo, no qual o intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão textual, dando-lhe nova significação (STRECK, 2011, p. 265 e ss.). A partir daí a tarefa de interpretar passa a ser definitivamente entendida como uma atribuição de sentido: logo, uma ação produtiva.

Nesse novo contexto, ao se associar “ativismo” com julgamentos além do direito, ou à substituição da vontade do legislador pela opinião do intérprete, cai-se em um anacronismo de igualar o direito à lei escrita, voltando-se ao velho magistrado reprodutor dos comandos normativos. Se nada existisse para além dos textos jurídicos criados pelos legisladores, os quais falariam por si mesmos e cujos sentidos seriam

¹¹ Esse modelo político europeu contava inclusive com ameaça penal contra o juiz que se afastasse do “sentido” original da lei, tendo em vista esse comportamento ser tipificado como crime de prevaricação – e ainda o é na Espanha e na Argentina, por exemplo.

uníssonos, caberia ao juiz tão somente verificar a competência legal do órgão prolator do ato e a sua adequação silogística aos fatos. Assim, as decisões judiciais não passariam de processos automáticos operados por indivíduos alfabetizados, já que as consequências normativas estariam contidas no texto legal.

Aceitar tais premissas significa assumir que o juiz apenas reproduz o sentido de um texto escrito clarividente, reduzindo todos os problemas hermenêuticos e linguísticos aí inseridos a uma simples leitura da lei¹². O grande problema dessa visão é que procura fazer descrições do direito ignorando ou negando a possibilidade de os juízes valorarem as normas jurídicas no momento da aplicação, ao substituírem o preceito normativo pelo seu próprio ideal de justiça para o caso concreto, com base em uma argumentação sofisticada.

De fato, a contribuição da hermenêutica filosófica teve um impacto profundo na teoria do direito. Se aos textos é dado novo significado pela interpretação, então os intérpretes jurídicos não poderiam extrair a “vontade do legislador” (*mens legislatoris*) deles, mas apenas reverberar a vontade do intérprete, de modo que todo ato interpretativo implicaria na atribuição de sentido aos enunciados linguísticos constantes na lei. Com isso, texto e norma não poderiam mais ser entendidos como uma única e mesma coisa; porém, como duas fases distintas e progressivas de um mesmo processo compreensivo.

Daí podemos concluir que a concretização do direito é operada em dois momentos sucessivos: do texto legal até a norma jurídica, desta à norma de decisão. A norma é o corolário jurídico da interpretação, e o processo interpretativo é a significação do texto normativo (GRAU, 2016, p. 18). Partindo dele, é que a norma jurídica será construída por meio de interpretações, as quais se concretizarão em uma norma de decisão diante dos fatos específicos. Logo, a dinâmica jurídica é aplicação em relação às normas gerais que o justifica, porém criação em relação às normas individuais que o fundamenta.

O legislador não é capaz de prever todas as possibilidades fáticas existentes no mundo real, haja vista que o enunciado normativo não contém imediatamente a norma (MÜLLER, 2010, p. 56-57). A isso se referia, Hans Kelsen¹³ (2006, p. 394) quando descreveu a decisão judicial como ato de vontade, superando a visão exegética do juiz reproduzidor da lei e conhecedor do direito preexistente, poia a interpretação cognoscitiva da norma a aplicar, obtida por uma operação de conhecimento, soma-se a vontade do julgador em selecionar uma dentre as várias possibilidades cabíveis (moldura da norma), cuja solução escolhida designará, afinal, o direito positivo concretizado. Expulsou, contudo, esse estudo da sua teoria pura, relegando-o para a política judiciária.

¹² Kelsen (2007, p. 251-252), embora normativista, já havia percebido a falsidade da concepção segundo a qual o exercício do poder se encerra dentro do processo legislativo, cabendo ao juiz, enquanto instrumento – e não sujeito – de tal poder, apenas aplicar esse ordenamento criado pelo legislador.

¹³ Interessante notar o papel dúbio desempenhado pela teoria pura kelseniana na mudança de paradigmas, ora funcionando como continuadora do caduco Estado de Direito Legal, ora como legitimadora do vândouro Estado de Direito Constitucional. É que, embora defenda um sistema escalonado de normas jurídicas avesso a qualquer matiz principiológica, o mestre de Viena nega a função meramente reprodutora de sentido do intérprete do direito, afirmando o caráter criativo daquele que interpreta as leis e contrapondo-se, assim, à tradição exegética formada desde os auspícios da Revolução Francesa. (VIGO, 2012, p. 211.)

A jurisdição é continuação do exercício do poder político, na medida em que o juiz está autorizado a avaliar, dentro dos limites legais, interesses contrastantes entre si, participando da produção do direito ao criar normas individuais para o caso concreto. Se todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses, e toda disputa de interesses é uma disputa de poder, então toda controvérsia política pode ser decidida como uma controvérsia jurídica. Portanto, o traço distintivo do ativismo não pode ser o seu conteúdo eminentemente político, tampouco o magistrado pode ser considerado coadjuvante no processo de criação do direito.

Corretamente, Mauro Cappelletti (1993, p. 128-129) condena a equiparação de juízes a legisladores no processo judicial, em virtude de que tal assertiva ignora a criatividade inerente à toda função jurisdicional. Tal criação difere substancialmente da noção de ativismo, em cujo processo interpretativo se dá fora da lei, e não dentro dela, como determina a ciência hermenêutica. É dizer, aquela afirmação só faz sentido se estivermos diante de uma decisão substancialmente ativista, que seja manifestamente contrária à lei vigente, quando o julgador atua como verdadeiro legislador positivo.

Assim, se quisermos superar um conceito superficial de ativismo judicial, é preciso abandonar qualquer resquício de positivismo jurídico e admitir, sem receio, uma doutrina mais fidedigna à complexidade e sofisticação da prática jurídica. Pois, consoante Ronald Dworkin (2010, p. 71-72), o juspositivismo não chega a enfrentar casos enigmáticos e difíceis do direito, pois sua teoria do poder discricionário não diz muito a respeito de como os juízes decidem, exercendo um domínio tenaz na nossa imaginação graças a sua simplicidade.

3 JULGANDO O ATIVISMO: EM BUSCA DO CONCEITO PERDIDO

Segundo Kelsen (2006, p. 260-264), a aplicação do direito ocorre de forma simultânea à sua produção, pois todo ato jurídico está concomitantemente aplicando uma norma superior enquanto produz uma norma inferior, regulada por ela. Assim, todo ato criador do direito deve ser aplicador do direito, isto é, deve ser aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato e criação de uma norma individualizada superveniente ao fato, produzindo lei entre as partes¹⁴.

O juiz não tem simplesmente de descobrir e reproduzir um direito de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída, mas criar, a partir de uma norma geral, a norma individual aplicável ao caso – que se encontra na base da pirâmide normativa –, em um processo nitidamente constitutivo e não meramente declaratório. Afinal, uma norma não carece de interpretação apenas na medida em que suas palavras são equívocas, mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um fato específico.

Como em todo ato de concretização do direito está presente, de forma mais ou menos explícita, um juízo de constitucionalidade da lei aplicada ao caso particular¹⁵ (BARROSO, 2012b, p. 18), conseqüentemente a coerência da ordem jurídica e a força normativa da Constituição dependem de um sistema de controle das decisões judiciais, a fim de garantir os meios pelos

¹⁴ Somente na execução do ato coercitivo estatuído por essa norma individual – o último ato do processo de produção jurídica – se opera a aplicação de uma norma sem que seja, ela própria, derivada de uma norma geral. Cf. MÜLLER, 2010, p. 62.

¹⁵ Idêntica conclusão pode-se extrair de Kelsen, na medida em que a aplicação da norma individual inferior é concretização da norma geral superior.

quais qualquer incongruência normativa seja sanada e a unidade ameaçada restabelecida. No entanto, quando o magistrado deliberadamente manipula o conteúdo da norma individualizada para que produza efeitos que não apenas não estavam previstos, como também incompatíveis com a legislação, passa a atuar no campo da arbitrariedade e a oferecer uma prestação jurisdicional contrária à lei, ao considerar superior uma norma subordinada. Esta norma individualizada apresentará então um caráter *contra legem*¹⁶ (BESERRA, 2013, p. 38-39).

Diante dessa constatação, o controle de constitucionalidade nada tem a ver com o ativismo judicial, posto que ele próprio visa dar coerência à ordem jurídica, afastando a aplicação de uma norma inferior que seja incompatível com as normas superiores nas quais encontra fundamento, segundo a estrutura escalonada kelseniana. A decisão ativista, pelo contrário, faz o inverso ao desestabilizar o sistema normativo, invertendo o topo da pirâmide e subvertendo a legitimidade que lhe foi conferida pelas normas fundantes. Essa norma será então causa de si própria, pois não achará fundamento de validade em nenhuma outra; e, assim, não poderá ser considerada jurídica, pois fruto do arbítrio judicial. Por conclusão, se uma sentença invalida uma norma fundante, toda a sequência de normas derivadas dela será comprometida, em um efeito cascata (BESERRA, 2013, p. 37).

Ainda que não haja uma relação causal entre ativismo e controle de constitucionalidade¹⁷, é certo que, com a Era das Constituições, toda argumentação jurídica passou a ser, de certo modo, também argumentação constitucional, de sorte que a incompatibilidade com a Constituição se tornou o recurso retórico mais prático e eficiente para se afastar a validade de uma norma inferior.

Tal condição permite o enquadramento do ativismo não como um erro de fundamentação judicial, porém como uma valoração de eficácia negativa da lei em vigor. Ou seja, a prestação *contra legem* não decorre de uma falha na argumentação jurídica, mas na concepção de que determinado comando normativo merece ser extirpado do ordenamento jurídico. Em outras palavras, a decisão ativista ultrapassa os limites semânticos da norma jurídica, inovando, de plano, no ordenamento jurídico¹⁸.

Com efeito, uma decisão que está fora da moldura da norma — é dizer, além das possibilidades semânticas do texto — não será consequentemente contrária à Constituição, porque pode haver uma violação legal sem violação constitucional, por ser esta espécie normativa mais abstrata e genérica do que aquela. Mas isto não seria uma “interpretação conforme à Constituição”? Também não. Pois, enquanto esta exclui as outras interpretações possíveis para legitimar somente a que tiver maior conformidade com a Lei Magna, aquela cria uma nova interpretação em oposição às existentes, resvalando somente reflexamente na Carta Fundamental.

¹⁶ Kelsen jamais aceitaria essa afirmação, pois considerava inadmissível a concepção de uma decisão judicial “ilegal”; muito embora, paradoxalmente, acredite ser válida e eficaz uma lei até que lhe seja declarada a inconstitucionalidade. (KELSEN, 2006, p. 295-306.)

¹⁷ Em meados do século XX, certa doutrina norte-americana passou a relacionar intimamente o fenômeno intitulado de ativismo judicial com o controle de constitucionalidade das leis, considerando quanto mais ativista um juiz quanto mais declarasse normas inconstitucionais, em uma base puramente quantitativa ou numérica (SOWELL, 2011, p. 272).

¹⁸ Por essa razão, a decisão prolatada no caso *Marbury v. Madison* não pode ser acusada de ativista sob o argumento de ter criado uma regra não prevista pelo legislador, posto que todo precedente jurisprudencial, enquanto não viole explicitamente as normas superiores, é também um ato legítimo de criação do direito.

Embora seja uma tarefa árdua identificar uma decisão qualitativamente contrária à lei, a relevância desse conceito é ser mais preciso e objetivo do que os anteriormente apresentados, pois evita juízos precipitados de valor e as inconveniências ideológicas daí decorrentes. Relacionar o ativismo, por exemplo, com uma atuação jurisdicional “em favor da garantia e promoção de valores substantivos da Constituição” (substancialismo) é tomar de antemão uma posição favorável ao ativismo, valorando negativamente os seus opositores — pois, no fim das contas, quem está explicitamente contra a força normativa da Constituição?

Hoje, os juristas estão conscientes de que frente ao direito vigente — não apenas à lei — encontraremos mais de uma resposta diante de um autêntico caso, por isso deve-se escolher uma solução dentre as várias possíveis, e logo vem a delicada e central tarefa de argumentar em favor da decisão que pretendemos prosperar como legítima. Essa possibilidade de encontrar mais de uma resposta está ligada, em boa medida, ao fato de que a Constituição se transformou em uma fonte reconhecida do Direito, e nela há basicamente princípios, valores e direitos humanos, os quais têm a potencialidade de gerar diferentes respostas jurídicas (VIGO, 2012, p. 193).

De todo modo, o problema do juiz enquanto legislador positivo não é tanto o fato dele inovar no ordenamento jurídico — o que não rara as vezes acontece no dia-a-dia dos tribunais —, mas de a decisão inovadora chocar com uma posição social majoritária ou com o interesse das classes poderosas da sociedade. Por isso, o debate sobre o ativismo exsurge quando a decisão questionada não é unânime na comunidade política, e não simplesmente porque tenha criado um direito diferente do pretendido — já que isto não é capaz de gerar, por si só, algum tipo de inconformismo ou pressão social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de ativismo judicial, como prestação jurisdicional contrária aos limites semânticos da lei, visou, além de evitar valorações inapropriadas, combater a comum confusão entre texto e norma. Se esse fenômeno é positivo ou não, somente as peculiaridades do caso podem responder. Quer dizer, é apressado julgar, de antemão, se o ativismo é um bom ou péssimo sinal jurídico.

Certamente, há vantagens e desvantagens. Se por um lado, o ativismo permite ao direito acompanhar as mudanças sociais com maior agilidade do que o legislativo tem para propor e votar alterações legislativas; por outro, essas transformações podem não agradar parcela considerável da sociedade, ou até mesmo majoritária, o que feriria de morte o próprio princípio democrático.

Essa substituição do protagonismo político enfraquece também os poderes representativos, na medida em que questões políticas relevantes se deslocam da natural arena partidária para o campo judicial, transformando qualitativamente as expectativas da população sobre qual poder estatal deverá dirigir suas pressões se quiser ter suas demandas sociais ou individuais atendidas.

Os âmbitos de exploração investigativa são muitos. Cabe ao cientista jurídico, enquanto observador aberto aos fenômenos sociais, descrever dados reais para possibilitar uma prognose de suas consequências principais. Esta última tarefa — prognóstica

— compete especialmente aos psicólogos e sociólogos, tal qual a pesquisa empreendida por Ingeborg Maus (2000).

Essa judicialização da vida social gera inexoravelmente um Poder Judiciário muito presente e ativo, que inclusive tem incumbido a poderosa missão de dizer em última instância em nome do poder constituinte. Por esse caminho, tenciona-se a divisão de poderes, pondo em risco a segurança jurídica a que aspiram legitimamente todos os destinatários do sistema jurídico (VIGO, 2006, p. 277). No entanto, quem poderá julgar o ativismo, em última instância, é a própria sociedade, ao opinar se a mutação normativa operada por via judicial foi benéfica ou não para o bem social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012a, p. 23-32.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

BESERRA, Antonio Patrick e Silva. **Ativismo judicial**: elementos centrais para conceituação e análise. 2013. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luís Fernandes; GIOTTI DE PAULLA, Daniel e NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 459-474.

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

EASTERBROOK, Frank H. Do liberals and conservatives differ in judicial activism? **University of Colorado Law Review**, Boulder, v. 73, 2002, p. 1401-1416.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GREEN, Craig. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, 2009, p. 1195-1264.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HOLMES, Oliver Wendell. **Collected legal papers**. New York: Peter Smith, 1952.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, n. 5, 2004, p. 1441-1478.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARMELSTEIN, George. O que é ativismo, afinal? **O direito fora da caixa**. Salvador: Juspodivm, 2019a, p. 123-128.

_____. Efeito backlash da jurisdição constitucional: reações políticas à atuação judicial. **O direito fora da caixa**. Salvador: Juspodivm, 2019b, p. 133-138.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**, CEBRAP, n. 58, nov., 2000, p. 185-187.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Pedido de impeachment contra ministros do STF é protocolado no Senado. **Agência Senado**, Brasília, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/04/pedido-de-impeachment-contra-ministros-do-stf-e-protocolado-no-senado> . Acesso em: 05/12/2019.

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

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOWELL, Thomas. **Os intelectuais e a sociedade**. Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: É Realizações, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VIGO, Rodolfo Luis. Ética judicial e interpretación jurídica. **Doxa**: cuadernos de filosofía del derecho, Alicante, n. 29, 2006, p. 273-294.

_____. De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración. **Díkaion**: revista de actualidad jurídica, Chía, a. 26, v. 21, n. 1, jun., 2012, p. 187-227.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. 2. ed. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2008.