

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS — UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
NÍVEL DOUTORADO

LEANDRO DA SILVA BERTONCELLO

ARISTÓTELES E O ATIVISMO JUDICIAL

SÃO LEOPOLDO

2023

Leandro da Silva Bertoncello

ARISTÓTELES E O ATIVISMO JUDICIAL

Tese apresentada para fins de obtenção do grau de Doutor em Filosofia do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos — UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Nicola Salvatore

São Leopoldo

2023

B547a Bertoncello, Leandro da Silva.
Aristóteles e o ativismo judicial / Emanuel Leandro da
Silva Bertoncello. – 2023.
169 f. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2023.
“Orientador: Prof. Dr. Nicola Salvatore”.

1. Aristóteles. 2. Direito – Filosofia. 3. Poder judiciário
e questões políticas. 4. Justiça (Filosofia). I. Título.

CDU 340.12

Leandro da Silva Bertoncetto

ARISTÓTELES E O ATIVISMO JUDICIAL

Tese apresentada para fins de obtenção do grau de Doutor em Filosofia do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos — UNISINOS.

BANCA EXAMINADORA

Data de aprovação: ____ / ____ / _____

_____ Nome e titulação	_____ Nome e titulação
_____ Nome e titulação	_____ Nome e titulação
_____ Nome e titulação	

RESUMO

A presente tese trata do tema do ativismo judicial utilizando como base teórica a filosofia política de Aristóteles, constitui-se de um estudo teórico elaborado a partir de consulta bibliográfica. As obras do mencionado filósofo grego, em especial a *Ética a Nicômaco* e a *Política*, servem como estrutura de princípios e conceitos para a compreensão dos mecanismos subjacentes ao fenômeno do ativismo judicial e para a organização do conhecimento, formulação de hipóteses e oferecimento de conclusões. A tese a ser explorada no trabalho é a de que o ativismo judicial, que se consubstancia na prática de juízes, especialmente em cortes supremas, de tomar decisões que interpretam a Constituição de maneira a expandir seu próprio poder, enquanto simultaneamente limitam ou substituem o papel de outras instituições responsáveis pela interpretação e aplicação constitucional, é prejudicial à democracia, na medida em que deprecia o exercício de uma faculdade calculativa ou deliberativa, no sentido de que um resultado justo vai depender das circunstâncias concretas nas quais cada um recebe o que é seu. Como conclusão, apresenta-se o desafio ao cidadão da democracia moderna no sentido de de exercer a responsabilidade pelo seu próprio amadurecimento e aperfeiçoamento, de reconhecer-se como parte de uma tradição que lhe confere identidade social e de transcender o seu horizonte de interesses para que supere a ilusória separação entre indivíduo e sociedade. Enquanto, porém, o ativismo judicial avançar sobre a competência dos órgãos representativos, a democracia ressentir-se-á com a desvalorização das deliberações populares.

ABSTRACT

This thesis addresses the topic of judicial activism using the political philosophy of Aristotle as its theoretical foundation. It consists of a theoretical study based on bibliographic consultation. The works of the aforementioned Greek philosopher, especially "Nicomachean Ethics" and "Politics," serve as a framework of principles and concepts for understanding the underlying mechanisms of the phenomenon of judicial activism and for organizing knowledge, formulating hypotheses, and offering conclusions. The thesis explored in this work is that judicial activism, which is embodied in the practice of judges, particularly in supreme courts, making decisions that interpret the Constitution in a way that expands their own power while simultaneously limiting or replacing the role of other institutions responsible for constitutional interpretation and application, is detrimental to democracy. This is because it depreciates the exercise of a calculative or deliberative faculty, in the sense that a fair outcome depends on the concrete circumstances in which each individual receives what is rightfully theirs. In conclusion, the thesis presents the challenge to the citizen of modern democracy to take responsibility for their own maturation and improvement, to recognize themselves as part of a tradition that gives them social identity, and to transcend their horizon of interests to overcome the illusory separation between the individual and society. However, as long as judicial activism encroaches on the competence of representative bodies, democracy will suffer from the devaluation of popular deliberations.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	ARISTÓTELES E OS PILARES CONCEITUAIS DA JUSTIÇA	11
2.1	Possibilidade e efeitos da justiça como virtude no sentido aristotélico	11
2.2	Justiça como harmonia entre as partes da alma	21
2.3	Justa deliberação e distinção entre <i>proairesis</i> e <i>doxa</i>	26
2.4	Justiça como a vontade do mais forte e escravidão por natureza	33
3	O COSTUME DO ATIVISMO JUDICIAL	48
3.1	Em busca de uma definição para o ativismo judicial	48
3.2	Antecedentes do ativismo judicial nos Estados Unidos da América	57
3.3	O estabelecimento de costumes constitucionais pelo discurso retórico	65
3.4	O paradoxo fundacional e os quatro fenômenos contemporâneos	72
3.4.1	Expansão do direito dos juízes nos contextos transnacionais	76
3.4.2	Retorno expressivo da lei natural	78
3.4.3	Mudança no direcionamento dos movimentos sociais	80
3.4.4	Diferença de <i>status</i> dos vários tipos de constituição	82
4	A AMEAÇA DA IMPREGNAÇÃO IDEOLÓGICA NO JUDICIÁRIO	85
4.1	A politização da justiça e o ativismo judicial como decisão política	85
4.2	A influência das ideologias e utopias na politização do Judiciário	94
4.2.1	Aristóteles e as origens sociais do conhecimento juspolítico	94
4.2.2	Karl Mannheim e os efeitos da ideologia sobre o sistema de justiça	97
4.2.3	Thomas Molnar e a destrutividade do pensamento utópico	103
4.3.4	O impacto transformativo das ideologias e utopias no Poder Judiciário	104
4.3	Engenharia social utópica e democrática pela via judicial	107
4.3.1	A educação dos cidadãos pelas normas jurídicas	108
4.3.2	O ativismo judicial como método de moldar comportamentos sociais	110
4.4	Marx e Gramsci e o direito estatal condicionado pela base econômica	119
4.5	Marcuse e a ideologia revolucionária da teoria crítica do direito	127
4.6	Dworkin e a imprecisa moralidade política do juiz Hércules	134
5	SE AINDA É POSSÍVEL ACREDITAR NA DEMOCRACIA	143
5.1	Consagração da democracia como modelo ideal para Aristóteles	143
5.1.1	O posicionamento de Aristóteles com relação à democracia	143
5.1.2	A inspiração aristotélica de Josiah Ober para a democracia epistêmica	147

5.2	Legitimidade democrática na interpretação e no controle da Constituição	151
5.2.1	Os modelos aristotélico e iluminista de atuação do Poder Judiciário	151
5.2.2	As propostas de Marinoni para fomentar o diálogo institucional	153
6	CONCLUSÃO.....	157
	REFERÊNCIAS	161

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a autoridade com poderes para proferir a palavra final nas questões de interpretação e aplicação da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal (STF). O STF é a Suprema Corte, o órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro e sua principal função é a guarda da Constituição Federal. Ele é composto por onze ministros nomeados pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado Federal.

O STF tem a competência de julgar casos que envolvam a interpretação e aplicação da Constituição Federal, além de resolver conflitos de competência entre diferentes órgãos judiciais e julgar ações diretas de inconstitucionalidade. Suas decisões têm força vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e também para os Poderes Executivo e Legislativo. Os ministros ainda dispõem de instrumentos jurídicos (como, por exemplo, a chamada *interpretação conforme à Constituição*) que exorbitam da função jurisdicional e conferem às suas decisões efeitos vinculantes para toda a sociedade, derogando a competência dos demais Poderes e promovendo a integração das suas decisões no ordenamento jurídico. Em termos mais simples, em casos de matéria constitucional, a Suprema Corte pode criar as leis.

Em tese, a supremacia institucional do STF tem a finalidade de garantir a prevalência normativa da Constituição, o respeito aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, a proteção dos direitos individuais e coletivos, além da estabilidade e legitimidade do Estado democrático. Mas o costume constitucional do ativismo judicial vem, nos últimos anos, ensejando críticas à atuação do STF por parte de juristas e da sociedade em geral. Ideologias e utopias que encontraram maior adesão do Poder Judiciário a partir do final do século XX conferiram maior liberdade aos juízes para decidir conforme as suas convicções subjetivas, e atribuíram a esses profissionais do direito a função de *intelectuais orgânicos*, indivíduos que exercem sua influência para promover mudanças sociais e políticas com vistas a transformar a sociedade de acordo com os moldes propostos por essas ideologias e utopias.

O ativismo judicial passou a ser visto, então, como uma ameaça à democracia, uma vez que deliberações impactantes para a sociedade, que deveriam ser pautas do Poder Legislativo e outros espaços de diálogo democrático, passaram a ser definidas em gabinetes inacessíveis à participação popular. Muitas vezes, no caso de decisões monocráticas, a vontade subjetiva de um único ministro do STF é capaz de introduzir alterações no ordenamento jurídico e, assim, nos valores morais vigentes na sociedade.

Na elaboração do projeto que deu origem à tese que será desenvolvida nestas páginas, mostrou-se necessária a escolha de um autor clássico para a análise do ativismo judicial. Isso porque um autor clássico é aquele que trata de temas universais e atemporais que ainda são relevantes na sociedade contemporânea, e suas observações podem fornecer perspectivas valiosas sobre questões e desafios atuais. Em especial, aqueles autores clássicos cujas ideias tiveram um impacto profundo na literatura, na filosofia e na sociedade; influenciaram gerações subsequentes de escritores e pensadores; moldaram o modo como se percebe e interpreta o mundo e consolidaram os princípios intelectuais do pensamento humano.

Aristóteles é o autor clássico escolhido para a tarefa aqui proposta. Embora ele não tenha abordado especificamente o conceito de ativismo judicial como entendido nos contextos políticos e jurídicos modernos, é possível especular, com base nos seus princípios mais amplos de política e direito, sobre como ele poderia ter avaliado o costume constitucional contemporâneo de veiculação judicial de ideologias e utopias com vistas à transformação da sociedade. Como se verá no decorrer desta tese, o pensamento político de Aristóteles enfatiza a importância do estado de direito e do bom funcionamento das instituições. Ele acreditava que o estado deveria ser governado por leis e que essas leis deveriam ser aplicadas com imparcialidade. Aristóteles argumentou que as leis são desenvolvidas por meio de um processo deliberativo que envolve contribuições de cidadãos e especialistas, e devem ser projetadas para promover o bem comum, favorecendo a democracia.

A presente tese propõe que o ativismo judicial, que se consubstancia na prática de juízes, especialmente em cortes supremas, de tomar decisões que interpretam a Constituição de maneira a expandir seu próprio poder, enquanto simultaneamente limitam ou substituem o papel de outras instituições responsáveis pela interpretação e aplicação constitucional, é prejudicial à democracia, na medida em que deprecia o exercício de uma faculdade calculativa ou deliberativa, no sentido de que um resultado justo vai depender das circunstâncias concretas nas quais cada um recebe o que é seu. Parte das concepções de Aristóteles sobre a política e a justiça para analisar o momento atual e vislumbrar soluções possíveis. Em vários momentos o texto de Aristóteles é referido diretamente quando as suas ideias se mostram relevantes enquanto fontes primárias. Não se trata, contudo, de ignorar ou desprezar o *status quaestionis* dos temas abordados. As análises e interpretações dos comentadores recentes são trazidas à argumentação sobre temas específicos que hoje ainda recebem a atenção da intelectualidade internacional com contribuições originais.

Importa anotar que muitas polêmicas e críticas sobre a obra de Aristóteles — relativas ao seu elitismo, ao conceito restritivo de cidadão e à suposta defesa da escravidão — são

objeto de estudo por parte de autores contemporâneos, muitos dos quais compreendem a filosofia política aristotélica a partir do método utilizado pelo filósofo grego: observar a realidade em vez de propor-lhe modelos ideais. Com isso, oferecem meios de solucionar distorções criadas pela projeção do estilo moderno de pensar sobre as reflexões de um autor clássico. Entende-se, assim, como se verá, que, apesar da teoria da escravidão e da exclusão da maioria das pessoas da condição de cidadãos, Aristóteles desenvolveu uma tipologia de virtudes humanas para interpretar as relações do indivíduo com os interesses comuns da *pólis*, a sociedade organizada, que pode ser útil para a compreensão da democracia moderna.

Procedeu-se, então, à seleção de passagens dos textos aristotélicos identificados como mais relevantes para as especulações sobre qual seria a visão de Aristóteles sobre o ativismo judicial caso ele retornasse e examinasse a nossa organização e funcionamento constitucional pelo mesmo método como o fez em sua época. Essas passagens inspiraram o desenvolvimento de algumas das seções desta tese, em especial as do capítulo 2, que trata dos quatro pilares conceituais da justiça: (i) a virtude da justiça como modeladora do caráter da pessoa justa; (ii) a justiça como harmonia entre as partes da alma humana; (iii) o erro da concepção de justiça como poder do mais forte e (iv) a necessidade de exercer a capacidade deliberativa a fim de superar a estreiteza das simples opiniões.

Logo de início, considera-se a justiça como uma virtude, questionando a possibilidade e necessidade de uma virtude que predisponha a pessoa a dar a cada um o que é seu, a distribuir equitativamente os bens, e que a preserve de interferências ideológicas e utópicas nas suas ações. Aristóteles relaciona a prática de ações justas ao cuidado que uma pessoa deve consigo mesma caso deseje ser uma pessoa justa, o que envolve o cultivo da justiça como virtude (*Ética a Nicômaco*, 1114a1-15). Esse é o tema da seção 2.1.

Com vistas a clarificar a diferença entre o governo pelos homens e o governo pelas leis, Aristóteles utiliza a analogia com a relação entre a alma e o corpo na criatura viva: nela, o corpo governa a alma nas naturezas corruptas devido à sua condição má e não natural, ao passo que a alma domina na natureza mais próxima da perfeição. O governo do elemento racional sobre o passional, por sua conveniência e racionalidade, equivale ao governo constitucional (*Política*, 1254a36-1254b10). Daqui surge a importância da reflexão sobre a justiça como harmonia entre as partes constitutivas da alma humana (seção 2.2), pois algumas delas são mais ligadas ao corpóreo enquanto outras são mais próximas do intelecto.

Da justa relação entre os elementos racionais e os corpóreos, de modo que aqueles predominem sobre estes, decorre a maior capacidade de deliberar sobre os assuntos individuais e comunitários. Aristóteles sustenta que "a justiça é o vínculo dos homens nos

Estados, pois a administração da justiça, que é a determinação do que é justo, é o princípio da ordem na sociedade política" (*Política*, 1253a37-40). Porém, a noção de justiça como o domínio do mais forte muitas vezes substitui na prática a prevalência da racionalidade no processo decisório e o conceito de escravidão por natureza explica a passividade omissiva no participar das deliberações públicas (seção 2.3).

Além disso, a distinção entre dois importantes conceitos da filosofia aristotélica merece destaque: *proairesis* e *doxa* (*Ética a Nicômaco*, 1111b). Embora ambos os termos estejam relacionados à cognição humana e à tomada de decisões, eles apresentam implicações diferentes e referem-se a aspectos distintos do pensamento. A distinção entre eles reside na natureza e no nível de envolvimento cognitivo envolvido. A *proairesis* envolve um processo de tomada de decisão mais deliberado, reflexivo e moralmente fundamentado; refere-se a ações e escolhas guiadas pela razão e sabedoria prática. Por outro lado, a *doxa* representa o reino das crenças cotidianas mais comuns, muitas vezes baseadas em condicionamentos sociais, aparências e opiniões recebidas.

Esses quatro pilares explanados no capítulo 2 são fundamentais para a identificação do ativismo judicial, conceito que será desenvolvido no capítulo 3.

No capítulo 4, admitindo-se que o ativismo judicial é fruto da decisão política dos juízes, destaca-se o papel das ideologias e utopias na motivação das decisões ativistas. Mostra-se que o Poder Judiciário transformou-se num instrumento para o avanço da engenharia social. São apresentadas as três correntes ideológicas mais influentes no ativismo judicial, a partir das obras de Marx e Gramsci, Marcuse e Dworkin.

Por derradeiro, no capítulo 5, cumpre refletir se ainda é possível acreditar na democracia apesar dos prejuízos que o ativismo judicial lhe causa. Examina-se a democracia como regime político mais adequado ao conceito aristotélico de justiça. São abordadas algumas propostas de soluções para a participação política mais efetiva e um controle mais democrático da interpretação e aplicação da Constituição.

Na conclusão, são expostos os resultados que a pesquisa alcançou após esse itinerário.

2 ARISTÓTELES E OS PILARES CONCEITUAIS DA JUSTIÇA

2.1 Possibilidade e efeitos da justiça como virtude no sentido aristotélico

As leituras feitas nesta primeira seção permitirão supor que a virtude aristotélica da justiça tem o efeito de prevenir as distorções cognitivas da falsa consciência ideológica e da mentalidade utópica, que serão estudadas no capítulo 4. Tratarei, nesta primeira seção, de investigar a possibilidade e efeitos da justiça como uma virtude no sentido aristotélico. Utilizarei principalmente dois autores. Primeiro, o professor Daniel Coren, da McMaster University (Canadá), que no seu artigo *On the practicality of virtue ethics*¹ examina os resultados das pesquisas em psicologia social para estudar a utilidade social do reconhecimento das virtudes (entre as quais se insere a justiça) e dos vícios como traços de caráter. Segundo, o professor Klaus Corcilius, da Universidade de Tübingen (Alemanha), que vê na virtude um condicionamento adequado das motivações irracionais.

Os traços de caráter (*character traits*) podem ser referidos em dois principais sentidos, sob os quais têm sido objeto de discussão na literatura recente: a) no sentido aristotélico, mais tradicional e robusto, os traços de caráter compreendem três aspectos: (i) são manifestados numa ampla variedade de situações que lhes são relevantes; (ii) são temporalmente estáveis; (iii) envolvem certos estados interiores do agente, tais como crenças, comprometimentos, atitude, sabedoria prática etc.; b) no sentido comportamental, os traços de caráter abrangem os aspectos (i) e (ii), mas não o (iii).

No seu estudo, o professor Coren refere-se aos traços de caráter no sentido aristotélico. Porém, o seu argumento no mencionado artigo é que, ainda que a aquisição de virtudes conforme propõe Aristóteles seja impossível, as práticas quotidianas e institucionais sugerem que a valorização social dos traços de caráter encontra-se profundamente enraizada para que possa ser dispensada, e um sistema ético que encoraja enfaticamente a aquisição das virtudes constitui um sistema prático. Assim, Coren afasta a discussão sobre os sentidos e a possibilidade dos traços de caráter para centrar-se na defesa da utilidade que a noção de virtude moral desempenha para a vida social e a tomada de decisões, na medida em que as virtudes são sugeridas como ideais a serem realizados, ainda que não o sejam de fato.

¹ COREN, Daniel. On the practicality of virtue ethics. *The Journal of Value Inquiry*, v. 57, p. 295–318, abr. 2021. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10790-021-09828-8>>. Acesso em: 22 jun. 2023.

Para a presente tese, contudo, importa aprofundar os aspectos distintivos dos dois sentidos destacados dos traços de caráter (o aristotélico e o comportamental), mencionados na nota 1 do artigo de Coren, especialmente o aspecto (iii) com vistas a precisá-lo, considerar a sua possibilidade de existência e a sua relação com modos de pensamento estranhos à racionalidade própria das virtudes morais. O que se pretende investigar, nesta seção, é se o aspecto (iii), ou seja, certos estados interiores do agente constitutivos da virtude da justiça como traço de caráter no sentido Aristotélico, caracteriza-se como um estado ou disposição que melhor predispõe o indivíduo para a prática da justiça — e, acrescente-se nesta tese, o torna menos propenso à mentalidade utópica (que será melhor estudada na seção 4.2).

Coren cita a filósofa britânica Julia Annas como autora que trata do aspecto (iii). Ela descreve a virtude nos três aspectos. Em primeiro lugar, como uma característica duradoura da pessoa, de natureza ativa, que a faz disposta a agir de certa maneira, e que se desenvolve por reações seletivas às circunstâncias. Logo a seguir, a autora retifica que o termo *persistente* é melhor do que *duradoura* para designar esse aspecto da virtude, porque a virtude persiste através dos desafios e dificuldades e é reforçada pelas ações que a confirmam. Em segundo lugar, a virtude é uma disposição confiável, o que significa que as ações virtuosas praticadas pela pessoa não são acidentais, mas algo que se espera que essa certa pessoa pratique. O terceiro aspecto, consistente no estado interior do agente, é assim descrito pela autora:

Além disso, uma virtude é uma disposição que é relacionada ao caráter [*characteristic*] — isto é, a pessoa virtuosa (ou viciosa) está agindo no caráter e a partir dele quando age de maneira gentil, corajosa ou contida. Essa é outra maneira de dizer que uma virtude é uma característica profunda da pessoa. Uma virtude é uma disposição que é central para a pessoa, para quem ela é, uma forma que normalmente pensamos sobre o caráter. Posso descobrir que tenho um talento não imaginado para o Sudoku, mas isso, embora aumente meus talentos, não altera meu caráter. Mas alguém que descobre em si uma capacidade não imaginada de sentir e agir com compaixão, e que desenvolve essa capacidade, muda como pessoa, não apenas em algum aspecto isolado; passa a ter um caráter mudado².

Mais adiante, no capítulo 7 da mesma obra, a autora desenvolve a distinção entre uma habilidade qualquer e a disposição relacionada ao caráter. Assim, podemos separar as duas noções pelo modo como admiramos uma pessoa: se admiramos um *herói* do esporte que revela ter vícios, nossa visão dele enquanto pessoa muda, embora ainda o admiramos enquanto esportista. Ou seja, quando admiramos uma pessoa pela sua virtude, a admiramos

² ANNAS, Julia. *Intelligent Virtue*. Oxford: Oxford University, 2011, p. 8-9.

devido ao seu caráter, admiramos o que ela *é*; quando admiramos uma pessoa por alguma habilidade sua, admiramos algo que ela *tem*³. Em outra obra, a autora esclarece:

As virtudes, então, são traços de caráter do tipo discutido. Existem traços de caráter, no entanto, que não são virtudes. Para se qualificar como uma virtude, um traço de caráter deve incorporar um compromisso com algum valor ético, como justiça ou benevolência. Além disso, esse compromisso não é apenas uma questão de realizar ações que sejam justas, benevolentes ou o que quer que seja; uma disposição, como já enfatizado, funciona por meio do raciocínio prático do agente. As virtudes são disposições para ser justo, benevolente e assim por diante, para dar aos outros sua parte justa, tratar os outros com consideração, defender os direitos dos outros⁴.

Assim, o aspecto interior constitutivo da virtude no sentido aristotélico é uma disposição para *ser*, e não simplesmente para *fazer* ou *ter* algo. Como relata Coren no artigo mencionado, muitos pesquisadores recentes rejeitam a possibilidade desse aspecto interior. São eles os situacionistas. Para esses teóricos, o comportamento das pessoas é mais afetado por particularidades moralmente irrelevantes da situação, das quais a pessoa agente pode nem mesmo ter consciência, tais como a presença de uma autoridade, um cheiro ou uma mudança no ambiente⁵. O situacionismo, explica Upton, é uma tese empírica baseada em pesquisas realizadas por centenas de psicólogos sociais, segundo a qual a variação no comportamento humano é tipicamente uma função do ambiente no qual a pessoa se encontra, em vez dos seus traços de caráter⁶.

Sobre a possibilidade da virtude como concebida por Aristóteles, Coren observa que esse filósofo grego não pressupõe que toda ou qualquer pessoa tenha capacidade para ser virtuosa. Ao contrário, em algumas leituras, Aristóteles parece aproximar-se da tese central do situacionismo, pois, para ele, poucas são as pessoas potencialmente virtuosas. Aqueles com vontade fraca ou carentes de autocontrole, os imaturos e os que não tiveram educação moral e política não alcançam a sabedoria prática nem, como consequência, a *eudaimonia*, que consiste no desenvolvimento completo e no exercício regular das virtudes da alma⁷. Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles relaciona a *eudaimonia* com a completa virtude, sendo a virtude

³ *Ibid.*, p. 100-101.

⁴ Id. Virtue ethics. In: COPP, David (org.). *The Oxford handbook of ethical theory*. Oxford: Oxford University, 2006, p. 519.

⁵ COREN, *op. cit.*, p. 1.

⁶ UPTON, Candace L. Virtue ethics and moral psychology: the situationism debate. *The Journal of Ethics*, n. 13, p. 03–115, 2009. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10892-009-9054-2>>. Acesso em: 26 jun. 2023.

⁷ KRAUT, Richard. Two conceptions of happiness. *The Philosophical Review*, v. 88, n. 2, 1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2184505>>. Acesso em: 26.06.2023.

humana referente à alma e não ao corpo; esclarece que a virtude de caráter (que se distingue da virtude intelectual) não surge em nós por natureza, tampouco contrariamente à natureza. A natureza nos dá a capacidade para a aquisição da virtude, que se aperfeiçoa pelo hábito (ἔθος). A aquisição da capacidade antecede a realização das atividades, no caso daquilo que surge em nós pela natureza (por exemplo, o sistema sensorial). Mas as virtudes são adquiridas ao se exercitá-las, do mesmo modo que ocorre com as habilidades (EN I.13-II.1).

A virtude é o estado que permite fazer as melhores ações em relação ao prazer e à dor (1104b25-30). As virtudes não são sentimentos e ninguém é elogiado pelo que sente, mas por sua virtude; com respeito aos sentimentos, somos movidos, enquanto com respeito às virtudes e vícios estamos em um certo estado. A virtude é um estado que envolve a escolha racional que consiste num meio entre o excesso e a deficiência, relativo a nós e determinado pela razão. Nem todo sentimento ou ação admite um meio, pois sentimentos tais como a maldade, a sem-vergonhice e a inveja, e ações tais como adultério, roubo e homicídio, são más em si mesmas e sempre erram o alvo (II.5-6). As atividades das virtudes relacionam-se com o que conduz ao fim, que é o objeto da vontade, e são atividades que estão sob o nosso poder de fazê-las ou não. A maldade é voluntária e não é escusada pela ignorância advinda da negligência. É o caso do bêbado cuja embriaguez foi a causa da sua ignorância, e que dela não se pode escusar, ou aqueles que ignoram uma lei que deveriam conhecer (III.5).

Sustenta Aristóteles:

Bem, talvez seja o tipo de pessoa que não se deve levar em conta. No entanto, as próprias pessoas são responsáveis por se tornarem assim, através da negligência de suas vidas - responsáveis por serem injustas conforme fazem coisas erradas, ou intemperadas por gastarem seu tempo em bebida e afins; em cada esfera, as atividades das pessoas lhes conferem o caráter correspondente. Isto está claro no caso de pessoas treinadas para qualquer competição ou ação, uma vez que praticam a atividade relevante continuamente. Uma pessoa teria que ser totalmente insensata para não saber que os estados em cada esfera surgem de suas atividades correspondentes. Mais uma vez, não é razoável pensar que alguém que faz ações injustas não deseja ser injusto, ou que alguém que faz ações intemperadas não deseja ser intemperado. Se uma pessoa faz o que ela sabe que o tornará injusto, ele será injusto voluntariamente. Ele não seguirá, no entanto, que, se desejar, deixará de ser injusto e será justo (1114a1-15).

Na *Retórica*, ele consigna que a virtude deve ser nobre, pois é uma coisa boa e ao mesmo tempo digna de louvor. A virtude é uma faculdade de ordenar e preservar coisas boas, e de conferir benefícios de todos os tipos em todas as ocasiões. Aristóteles inclui expressamente a justiça como uma virtude: “As formas da virtude são justiça, coragem,

temperança...”, e a destaca como uma das mais elevadas, pois é fonte de maior beneficência (1366a33-b10).

Na *Ética a Nicômaco*, a virtude é um estado que envolve uma escolha racional e consiste num meio relativo ao sujeito e determinado pela razão, a qual, por sua vez, é determinada pela pessoa sábia. Assim, a justiça entendida como virtude é uma espécie de *héxis* (arranjo, estado). Diferentemente do que ocorre com as condições, que podem ser alteradas com facilidade (como a passagem do frio ao calor), a justiça é definida como um estado duradouro e difícil de mudar. É possível compreender que a virtude da justiça não se alcança numa alma volátil que oscila de acordo com os estímulos apetitivos. Há um elemento natural na alma ao qual falta a razão, embora dela participe. A razão conduz tanto a pessoa autocontrolada quanto a incontinente na direção correta, para o que é melhor, ainda que a parte concupiscível da alma pressione na direção oposta.

A justiça, portanto, não se preserva na pessoa inconstante cujos valores sejam frágeis e relativos, mas sim naquela que exerce suas escolhas racionais no sentido da aquisição da sabedoria prática, chegando a uma estabilidade que lhe permite agir oportunamente de modo correto. O papel da virtude consiste em adequar os sentimentos e ações ao devido tempo, às coisas certas e do modo certo, conduzindo-os ao *meio* e ao melhor. O *meio* (μέσος, μεσότης) é o que está situado entre o excesso e a falta, equidistante de dois extremos; enquanto o excesso e a falta resultam na perda do alvo, o *meio* é exaltado por acertar no alvo (1106b20-27).

De acordo com Aristóteles, a justiça é um estado que dispõe as pessoas a praticar ações justas e desejar o que é justo, e, pelo contrário, a injustiça significa o estado que faz as pessoas agirem injustamente e desejarem o que é injusto (essa definição de justiça será objeto de análise na seção 2.4). No texto original grego, a palavra para *estado* é ἔξις (*héxis*), que significa ter, ter posse de, possuir, um ser num certo estado, uma condição permanente produzida pela prática. Especificamente na *Ética a Nicômaco* (1098b33), *héxis* apresenta o sentido de um hábito adquirido, em oposição a atividade ou disposição (ἐνέργεια, *enérgeia*). Joe Sachs avalia que a *hexis* talvez seja a palavra mais importante na *Ética a Nicômaco*⁸, e traduz essa palavra como “estado ativo”, por entender que não se trata de uma condição passiva da alma, como o é qualquer capacidade pertencente ao homem por natureza; a *hexis*, define Sachs, é “qualquer condição que uma coisa possui pelo seu próprio esforço de manter-

⁸ SACHS, Joe. Preface to this translation. In: ARISTÓTELES. *Nicomachean ethics*. Indianapolis: Focus, 2002, p. 9.

se de uma certa maneira”. Ainda: “De todas as qualidades descritas no livro VIII das *Categorias*, essa é a mais estável”⁹.

A aquisição da virtude para Aristóteles, na visão do professor Klaus Corcilius, da Universidade de Tübingen, não é tanto uma questão de erudição intelectual, mas primariamente de um condicionamento adequado das motivações irracionais. O aprendiz da justiça não deve eliminar os de si os seus conteúdos anímicos irracionais; deve sim adequá-los a um estado de harmonia a partir do qual os desejos, prazeres e dores irracionais venham a ser orientados corretamente. Esses elementos psíquicos compõem um mecanismo central no projeto ético aristotélico. Munido desse mecanismo, o aprendiz habitua-se a praticar naturalmente as ações corretas com vistas à realização prática das virtudes¹⁰.

Na filosofia aristotélica, examina-se aqui um conteúdo de filosofia natural. No livro *Das partes dos animais* (I.1, 641a32–b10), Aristóteles explica que pertence à mesma ciência lidar com matérias correlatas, sendo que a mesma ciência lida com os sentidos e com os objetos dos sentidos, e do mesmo modo com a alma inteligente e com os objetos do intelecto, incluindo-se assim a totalidade do universo no domínio da ciência natural. Aristóteles identifica já nessa obra as diferentes partes da alma: uma parte é comum às plantas e é fonte do crescimento; outra é a parte sensória e é fonte das mudanças de qualidade; outra é partilhada entre os animais e é fonte da locomoção. Uma outra parte da alma, ainda, é a intelectual, a qual é exclusiva dos seres humanos.

Na *História dos animais* (588a19-31), Aristóteles anota que em grande número dos animais podem ser observados certos tipos de emoções e comportamentos semelhantes aos dos humanos, como gentileza ou ferocidade, suavidade ou rudeza, coragem ou timidez e assim por diante, e mesmo alguma inteligência equivalente à sagacidade. Algumas qualidades diferem entre os animais e os homens apenas quantitativamente, enquanto outras são representadas no homem de modo analógico e não idêntico, como ocorre com o conhecimento e a sabedoria humanos que, nos animais, são encontrados em potências que se lhes assemelham. Nos humanos, porém, o campo de autodeterminação a respeito do que seja bom ou mal é muito mais amplo, e decorre disso a maior habilidade do indivíduo humano para moldar o seu próprio comportamento.

No *De anima*, Aristóteles questiona se é com a totalidade da alma que nós pensamos, percebemos, nos movemos, agimos e sofremos ações, ou se cada um desses movimentos

⁹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁰ CORCILIUS, Klaus. Aristotle’s definition of non-rational pleasure and pain and desire. In: MILLER, Jon. *Aristotle’s Nicomachean Ethics: a critical guide*. Cambridge: Cambridge University, 2011, p. 117.

requer da alma uma parte específica. É a alma divisível ou indivisível? Ela é uma ou multipartida? Se for multipartida, o que mantém unidas as suas diversas partes? São problemas que Aristóteles se propõe solucionar. Na *Ética a Nicômaco*, constam maiores considerações sobre as partes da alma e as relações delas entre si, no que diz especificamente com os seres humanos. A capacidade nutritiva é posta de lado pois, apesar de presente, não exerce nenhum papel na virtude humana. Quanto a esta:

Mas parece haver um outro elemento natural na alma, sem a razão, mas, no entanto, por assim dizer, participando dela. Pois louvamos a razão do autocontrolado e do incontinente, ou seja, a parte de sua alma com razão, porque os impele na direção certa, para o que é melhor; mas claramente há dentro deles outro elemento natural além da razão, que entra em conflito com ela e a ela resiste. Pois assim como os membros paralisados, quando se opta racionalmente por movê-los para a direita, são levados na direção oposta à esquerda, assim também na alma: os impulsos das pessoas incontinentes os transportam na direção oposta. No corpo vemos de fato a falta de controle, enquanto na alma não o vemos; mas penso que devemos, no entanto, sustentar que existe algum elemento na alma além da razão, que se lhe opõe e a contraria. De que forma ela é distinta dos outros elementos não importa. Mas parece que ela participa da razão, como dissemos. O elemento na alma da pessoa autocontrolada, pelo menos, obedece à razão e presumivelmente no temperado e na pessoa corajosa está ainda mais disposto a ouvir, pois no caso deles está em total harmonia com a razão (1102b13-29).

Esse outro elemento da alma humana, ainda destituído de razão, consiste no apetite e no desejo em geral, e participa da razão na medida em que a escuta e a ela obedece. Retomando o ensaio do professor Corcilius, a distinção entre as partes da alma é central para a ética aristotélica, assim como a compreensão dos motivos irracionais do comportamento humano são necessários para avaliar a justiça de uma decisão tomada ou ação praticada. O desejo é um conceito relacional, é relativo a algo além, está em certa relação com alguma outra coisa. Um conceito relacional é definido em termos do seu correlato.

Assim, o desejo irracional (*επιθυμία*) tem por correlato o prazer ou a ausência de dor (pois quem busca um objeto que lhe cause prazer ou que lhe alivie a dor não visa afinal ao objeto por si mesmo, mas à obtenção do prazer ou ao alívio da dor que esse objeto lhe proporciona). Por sua vez, o desejo racional (*βούληση*) tem por fim um objeto como um bem em si mesmo. No caso da *επιθυμία*, o fim último é o prazer: quando à resposta à questão “por que você deseja este objeto?” é “porque ele me dá prazer”, não é necessário ir além e perguntar “por que você quer prazer?”¹¹.

¹¹ *Ibid.*, p. 120.

Corcilius anota que, no pensamento de Aristóteles, há animais que podem fazer muito mais com sua capacidade perceptiva do que apenas receber formas perceptíveis. Ele pensa, por exemplo, que alguns são capazes de associar uma pluralidade de impressões perceptivas, e alguns, além disso, são até mesmo capazes de pensar sobre o que percebem. Na busca de uma definição aplicável a todos os casos nos quais a faculdade da percepção ocorre na natureza, Corcilius elege a passagem a seguir como uma explicação mínima da percepção, que não aborda nenhuma especificidade da percepção humana ou de outros animais:

(T4a) Perceber então é como simplesmente dizer ou pensar; mas sempre que algo é agradável ou doloroso, a alma, como se estivesse afirmando ou negando, persegue ou evita, (b) e sentir prazer e dor é agir com o meio perceptivo em relação ao que é bom ou ruim na medida em que são tais, (c) e evitar e perseguir quando atuais são o mesmos E o que é capaz de perseguir e o que é capaz de evitar não são diferentes, seja um do outro ou do que é capaz de perceber; mas seu ser é diferente. (D.A. III.7, 431a8-14)¹²

O professor da Universidade de Tübingen acredita que a passagem acima trata exclusivamente de prazer, dor e desejo não racionais, ou seja, que ela não discute os prazeres e desejos resultantes da atividade do intelecto nem certos prazeres perceptivos. Para o propósito desta seção da tese, merece destaque o trecho (b) da citação acima, cuja redação da pode ser tomada, segundo Corcilius, como afirmação de que prazer e dor consistem, de alguma forma, em percepção da bondade ou da maldade das coisas, como se sentir prazer ou dor consistisse em, de algum modo, perceber alguma coisa como boa ou má.

Esta é a forma pela qual a maioria dos intérpretes parecem aceitar quando atribuem a Aristóteles uma noção de prazer e dor sensoriais como necessariamente envolvendo uma *percepção-como* bom ou mau. Corcilius denomina essa interpretação subjetiva de *perceber-como* ou *julgamento implícito*. Entende, porém, que não é uma interpretação necessária, pois a passagem em exame pode apontar para uma relação objetiva entre o sujeito que percebe e o objeto percebido, relação que ocorre ainda quando o sujeito dela não esteja consciente¹³.

Para embasar a sua opinião de que a interpretação objetiva deve ser preferida, Corcilius arrola algumas objeções possíveis ao *perceber-como* ou *julgamento implícito*:

a) Na *Política*, Aristóteles corrobora que o desejo racional é exclusividade dos seres humanos e que, em decorrência, somente eles têm o senso do bem e do mal, assim como do justo e do injusto. Nos outros animais, apenas o senso de prazer e de dor está presente (1253a10-18).

¹² ARISTÓTELES. *De anima*, III.7, 431a8-14. *Apud* CORCILIUS, *op. cit.*, p. 123.

¹³ CORCILIUS, *op. cit.*, p. 124.

b) Parece ser possível perceber algumas coisas como boas sem sentir prazer ou ser atraído por elas, e perceber outras coisas como más sem sentir dor ou repulsão por elas, o que desafia a noção de *perceber-come* a ser esclarecida.

c) Na *Ética a Nicômaco*, consta que “No entanto, o prazer não parece ser pensado ou percebido, uma vez que isso seria estranho. Mas como não são encontrados separadamente, eles parecem algumas pessoas para serem as mesmas” (1175b34s.). O que contradiz a noção de que prazer e dor sejam cognições.

d) Não está claro e é mesmo improvável que Aristóteles faça uso da noção de *perceber-come* na passagem citada. Em outro lugar, ele usa a expressão *perceber como um* (*aisthanesthai hós hen*) para se referir à percepção de componentes mistos que não são percebidos como componentes individuais, mas como uma única qualidade perceptível (*Da sensação e do sensível*, 448a10).

Corcilius conclui, quanto a esse ponto do seu ensaio, que a interpretação correspondente ao *perceber-come* não fornece uma explicação satisfatória do prazer, da dor e do desejo, mas na verdade gera maiores problemas, além de não parecer apoiar-se nos textos da *Política* e da *Ética a Nicômaco*. Segue-se, então, que o reconhecimento do bem e do mal são próprios da parte racional da alma. No *De anima* (431a8–14), consta que:

Sentir, então, é semelhante ao mero proferir e pensar; e quando é agradável ou doloroso, como o afirmado ou negado, isso é perseguido ou evitado; e sentir prazer ou dor consiste em estar em atividade com a média da capacidade sensitiva, em face do bem ou do mal como tais. A aversão e o desejo são a mesma coisa em atividade, e a capacidade de desejar e de evitar não são diferentes, nem entre si, nem da capacidade de sentir, embora o ser seja diverso. Para a alma capaz de pensar, as imagens subsistem como sensações percebidas. E, quando se afirma algo bom ou nega-se algo ruim, evita-o ou persegue-o. Por isso, a alma jamais pensa sem imagem.

Corcilius sugere a leitura da analogia exposta nessa passagem, por entender que ela oferece uma interpretação genuína do prazer, da dor e do desejo não racionais. De acordo com essa interpretação, o movimento animal é causado pela alma animal com vistas ao que seja bom ou mal de acordo com a natureza animal. Não se trata de uma redução dos conceitos de bom ou mal a certas propriedades naturais, o que incidiria na crítica da falácia naturalista. Ocorre, porém, que essa interpretação implica que as coisas boas ou más são identificadas pela alma animal de modo objetivo. A explicação aristotélica dos comportamentos animal e humano reconhece uma continuidade entre qualidades ou atitudes psíquicas entre as espécies

de seres vivos que resulta em diferentes graus de determinação do seu comportamento por seus impulsos biológicos.

Assim, a abordagem continuísta de Aristóteles, arremata Corcilius, encontra prosseguimento na *Ética a Nicômaco*, onde as capacidades cognitivas do pensamento e da imaginação são explicadas com base no mecanismo comum do desejo irracional, mas é reconhecido na alma racional — ou seja, no homem — um grau maior de autodeterminação do que seja bom ou mau e, com isso, de moldar o próprio comportamento¹⁴.

A justiça concebida como virtude ou traço de caráter e a virtude entendida como condicionamento adequado das motivações irracionais contrastam, portanto, com os fatores psíquicos sub-rationais que podem também incidir na concepção prevalente da justiça. No início do século XX, a psicanálise teorizou sobre os processos mentais inconscientes e os instintos individuais primitivos, assim como sobre a influência de ambos nas expectativas sociais — o que Freud chamou de "passagem do submundo psíquico para a praça pública"¹⁵. Freud estabeleceu por hipótese que, enquanto a justiça se constitui no primeiro requisito da cultura e assegura que a lei não seja violada em favor de um indivíduo, o desejo de liberdade pode ter origem em raízes primitivas da personalidade do indivíduo e traduzir-se na revolta contra a civilização e a cultura¹⁶.

Avaliou, ainda, que essa revolta expressou-se por meio de ideologias e utopias, tais como o marxismo, que propôs a criação de uma nova ordem social por meio da alteração do próprio homem; mas que o marxismo, ao prometer um paraíso neste mundo, desenvolveu ilusões dúbias e inverossímeis, proibiu todo exame crítico das suas teorias, e tratou de promover as mudanças desejadas na natureza humana ainda que pelo uso da força e pelo derramamento de sangue¹⁷.

O estudo das ideologias e utopias na condição de motivações situacionais inconscientes do pensamento e ação coletivos foi empreendido na década de 1920 por Karl Mannheim (com destaque para a sua obra *Ideologia e utopia*, publicada em 1929, que será tratada na seção 4.2 desta tese). Mas, por ora, as reflexões de Aristóteles sobre a justiça como virtude, sobre a felicidade enquanto satisfação do bem comum e sobre o condicionamento apropriado das paixões servem de introdução à crítica do ativismo judicial como costume veiculador de decisões de conteúdos subjetivos e sub-rationais.

¹⁴ *Ibid.*, p. 143.

¹⁵ FREUD, Sigmund. New introductory lectures on psycho-analysis. In: *The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud*. v. 22. London: Hogarth, 1981, p. 110.

¹⁶ FREUD, Sigmund. *Civilization and its discontents*. New York: W.W. Norton, 1961, p. 47.

¹⁷ *Id.*, 1981, p. 180-181.

Compreende-se, dessas leituras, que a concepção da justiça como virtude aponta para uma moralidade objetiva, encontrada em valores permanentes e não sujeitos às alterações sucessivas da prática política; e que a promoção da justiça requer dos seus agentes uma racionalidade e uma ordenação dos afetos de modo a proteger a realização da justiça contra inclinações subjetivistas ou disposições ideológicas e utópicas.

2.2 Justiça como harmonia entre as partes da alma humana

A ideia de uma alma composta por partes que interagem com certo grau de independência entre si já é encontrada nos textos de Platão. No *Górgias* (504d), Sócrates argumenta com Cálicles que a satisfação de alguns desejos pode fazer de nós pessoas melhores, ao passo que a de outros pode nos tornar piores. Do mesmo modo como se diz que um corpo bem ordenado é saudável, pode-se chamar a alma bem ordenada de legalidade (νόμιμος) e lei (νόμος), o que faz com que os homens tenham justiça (δικαιοσύνη). Na *República* (350c), Sócrates afirma para Trasímaco que o homem justo é bom e sábio, enquanto o injusto é mau e ignorante. Mais adiante, que a alma justa é capaz de governar e dirigir bem, enquanto a alma injusta exerce mal essas funções (353e).

No livro IX da *República*, Platão apresenta a imagem da alma como reunião de três espécies de entes, como se a alma fosse uma criatura de diferentes naturezas num só corpo (Platão traz os exemplos das criaturas míticas Cila, Cérbero e Quimera). A alma seria modelada como um monstro terrível, um leão e um homem, sendo este muito menor do que os dois primeiros. O justo é o homem interior dominar as outras criaturas formadoras da alma, ainda que ele seja menor do que elas (588c-589b). O que dá a entender que a alma é um todo complexo, dentro do qual operam vontades muitas vezes conflitantes entre si. Mas nela há uma parte, a menor delas, que é racional e deve prevalecer para que assim subsista o estado interior de justiça.

Em Aristóteles, o livro V da *Ética a Nicômaco*, ao fim das discussões sobre as várias espécies de justiça e suas implicações, termina com um emprego metafórico do termo justiça às relações entre partes da alma humana. Nas palavras de Aristóteles:

Por transferência de significado e por semelhança, há um tipo de justiça não entre uma pessoa e si mesma, mas entre certas partes dela. Não é uma justiça puro-sangue, porém, mas do tipo que se encontra entre amo e escravo, ou na administração doméstica. Porque em teorias desse tipo a parte da alma com a razão é distinta da parte que não a tem. Para as pessoas que assumem esse ponto de vista, parece que pode realmente haver algo como uma injustiça

para consigo mesmo, porque é possível para cada uma das partes sofrer coisas que são contrárias aos seus desejos; assim, há algo justo nas suas relações umas com as outras, como naquelas entre governante e governado. (1138b7-16)

A formação moral do ser humano envolve uma justa ordenação entre as partes racional e irracional da alma. Importa, assim, esclarecer o que Aristóteles explica sobre essas partes ou potências da alma, de que maneira elas coexistem sem corromper a unidade do psíquico e como elas podem relacionar-se entre si de modo harmonioso para que a virtude da justiça seja realizada. Merecem apropriação neste segmento do presente estudo alguns trechos do livro *Aristotle on the uses of contemplation*, de autoria do Professor Matthew D. Walker. O capítulo 3.2 trata das partes da alma segundo Aristóteles.

A alma é definida por Aristóteles como “a primeira atualidade de um corpo natural que tem em potência vida” (412a25-27). Walker destaca, quanto a esse ponto, que devem ser considerados dois significados da palavra *atualidade* (ἐντελέχεια - *entelécheia*): (i) ser um conhecedor atual de *X* por possuir o poder desenvolvido de conhecer *X*, e (ii) ser um conhecedor atual de *X* por exercer atualmente o poder desenvolvido de conhecer *X*; o significado de *atualidade* na definição aristotélica da alma corresponde ao primeiro.

Pode parecer pouco compreensível, porém, que, sendo a alma aquilo em virtude do qual o corpo possui vida, que ela seja considerada uma atualidade independente de exercício, e que o seja de um corpo que tem a vida em potência e não em atualidade. Santo Tomás de Aquino comenta que esse cuidado de Aristóteles com a definição da alma é necessário, pois um corpo com vida em atualidade é um composto vivo de matéria e forma, não podendo entrar como tal na definição da alma, que é forma; a alma, por sua vez, é a atualidade de um corpo enquanto capaz de receber uma forma, e não exatamente de um corpo atualmente informado (*Sentencia libri De anima*, § 222)¹⁸.

Walker prossegue com a explicação de que há, em Aristóteles, diversos tipos de vida, assim como diversos tipos de alma. Alguma coisa é viva se possui ao menos algum destes poderes que definem a vida: a) nutritivo-reprodutivo (θρεπτικῶ); b) perceptivo (αἰσθητικῶ); c) móvel (κινήσει); e d) discursivo-pensativo (διανοητικῶ). O poder nutritivo-reprodutivo é comum a todos os seres vivos e existe isoladamente nas plantas; nos animais não humanos, a esse poder é adicionado o poder perceptivo, que concede os poderes do apetite ou desejo (ὄρεξις) e da imaginação (φαντασία); alguns animais possuem ainda o poder de locomoção;

¹⁸ Sobre a distinção entre matéria e forma, leia-se, entre outras passagens, *Física* 193b2-5; 193b23-194a6; *Metafísica* 1014b26-1015a-11; 1016b12-18; *De anima* 429a10-29; 431b13-19.

nos humanos, por fim, instancia-se ainda o poder discursivo-pensativo, que admite diferenciações entre cálculo, pensamento discursivo e contemplação¹⁹.

Sobre a ordenação das partes da alma, conforme descrita por Aristóteles no *De anima* III.12, conclui Walker que, caso as funções mais altas da vida, que são exercidas pelo poder descritivo-pensativo, entrem em conflito com a função nutritiva-reprodutiva, estarão em conflito com um poder básico pelo qual o ser vivo existe e mantém-se vivo. Além disso, que a ameaça de destruição que paira sobre plantas e animais também confronta os seres humanos contemplativos²⁰.

Com vistas a prosseguir neste estudo sobre a justiça como harmonia entre as partes da alma de modo a articulá-lo com a definição de justiça centrada na escolha deliberada (*proairesis*) que será estudada no item 2.4, cumpre pormenorizar a análise dos poderes perceptivo e discursivo-pensativo. A pesquisadora Christina Papachristou, após discorrer sobre as diferentes partes da alma, especifica a partir do texto de Aristóteles (*De anima*, III, 9, 432a28-432b4) uma parte da alma diferente das demais: a imaginativa (*φανταστικόν*, *phantastikón*)²¹.

Papachristou prefere usar o termo *phantasia* e não traduzi-lo como imaginação, por entender que esta palavra não preserva a compreensão do significado pretendido por Aristóteles. No sentido moderno, a imaginação envolve criar e combinar imagens e trazê-las à mente independentemente das informações atuais dos sentidos. Mas, na filosofia aristotélica, *phantasia* possui um sentido bem mais amplo. De acordo com David Ross, a *phantasia* possui seis funções principais: (a) a formação das imagens posteriores; (b) a memória; (c) a reminiscência; (d) os sonhos; (e) em relação com os desejos; (f) em relação com os pensamentos²².

Entre as características da descrição aristotélica da *phantasia* e suas diferenças da exposição de Platão, destaca-se que a *phantasia* é uma espécie de afecção (*πάθος*) que “está sob nosso poder sempre que quisermos”, enquanto a crença “não depende de nós”, pois “pode ser verdadeira ou falsa”:

¹⁹ WALKER, Matthew D. *Aristotle on the uses of contemplation*. Cambridge: Cambridge University, 2018, p. 44-45.

²⁰ *Ibid.*, p. 55.

²¹ PAPACHRISTOU, Christina S. Three kinds or grades of *phantasia* in Aristotle's *De anima*. *Journal of Ancient Philosophy*. São Paulo, v. 7, n. 1, p. 19-48, 2013. Disponível em: <www.revistas.usp.br/filosofiaantiga>. Acesso em: 17 dez. 2022.

²² ROSS, David. *Aristotle*, with a new introduction by John L. Ackrill. New York: Routledge, 1995, p. 90-91. *Apud*: PAPACHRISTOU, Christina S. *Op. cit.*

É evidente que a imaginação não é pensamento e suposição. Pois essa afecção depende de nós e do nosso querer (pois é possível que produzamos algo diante dos nossos olhos, tal como aqueles que, apoiando-se na memória, produzem imagens), e ter opinião não depende somente de nós, pois há necessidade de que ela seja falsa ou verdadeira. Além disso, quando temos a opinião de que algo é terrível ou pavoroso, de imediato compartilhamos a emoção, ocorrendo o mesmo quando é encorajador. Porém, se é pela imaginação, permanecemos como que contemplando em uma pintura coisas terríveis e encorajadoras (*De anima*, III, 3, 427 b16-23)²³.

Do que se depreende, então, que a opinião “não depende de nós”, porque pode ser verdadeira ou falsa; vale dizer, a opinião é relacional, assim como o desejo; relaciona-se com um objeto e, portanto, pode resultar em verdade ou falsidade. Como diz Aristóteles nas *Categorias*, uma opinião é verdadeira quando, por exemplo, alguém pensa que uma pessoa está sentada e ela realmente está; e é falsa quando a pessoa está de pé (*Categorias*, cap. X). A *phantasia*, por sua vez, sendo uma operação que “está sob nosso poder”, é meramente subjetiva, e sobre ela não incidem os atributos de verdade ou falsidade. A *phantasia* limita-se ao psiquismo.

Três graus ou espécies de *phantasia* são identificadas por Papachristou a partir do *De anima*. O primeiro e mais baixo grau consiste na *phantasia* indefinida ou indeterminada (ἀόριστος φαντασία), presente nos animais inferiores que possuem somente o sentido do tato e que neles produz movimento. O segundo grau denomina-se *phantasia* sensitiva (αἰσθητική φαντασία), que é gerada pela percepção dos sentidos e sem esta não ocorre; encontra-se nos animais irracionais e no homem. Para compreender melhor a *phantasia* sensitiva, assim como o terceiro grau de *phantasia* que será visto a seguir, a autora propõe uma explicação das visões Aristotélicas sobre o desejo (ἐπιθυμία) e o movimento animal (κίνησις). O desejo divide-se em: (i) desejo racional (βούλησις), que se direciona ao bom; e (ii) apetite ou desejo irracional (ὄρεξις), que se direciona ao aparentemente bom. O desejo irracional é a causa do movimento nos animais, pela mediação da *phantasia* sensitiva²⁴.

A *phantasia* calculativa ou deliberativa (λογιστική ou βουλευτική φαντασία) é o terceiro grau ou espécie de *phantasia*, monopólio dos entes dotados de razão. Embora seja pelo cálculo ou deliberação que uma pessoa é movida a fazer ou não fazer algo, ela também pode agir movida pela percepção do momento, com o uso da *phantasia* sensitiva. Mas a *phantasia* calculativa ou deliberativa aparece somente nos seres humanos, e consiste também na habilidade de combinar diversas imagens mentais (*phantasmata*) em uma só imagem. A

²³ ARISTÓTELES. *De anima*. Tradução de Maria Cecília Gomes dos Reis. São Paulo: 34, 2007, p. 110.

²⁴ PAPACHRISTOU, *op. cit.*, p. 36.

diferença é que esse terceiro grau da *phantasia*, conforme explica Aristóteles, envolve um conteúdo proposicional e opera na deliberação ou escolha racional (προαίρεσιν):

O capaz de pensar pensa as formas, portanto, em imagens, e como nestas está definido para ele o que deve ser perseguido e o que deve ser evitado, então, mesmo à parte da percepção sensível, ele se move quando está diante das imagens. Por exemplo, quando percebe a tocha em que está o fogo, ele reconhece - vendo-a mover-se pela percepção comum - que é um inimigo. Mas, em outro momento, com as imagens e pensamentos na alma, ele raciocina como se as estivesse vendo e delibera sobre coisas vindouras à luz das presentes. Quando ele disser que lá está o agradável ou o doloroso, então aqui o evita ou persegue - e, em suma, fará uma só coisa. E mesmo aquilo que é desprovido de ação - o verdadeiro e o falso - encontra-se no mesmo gênero que o bom e o mau, com a diferença de que um é em absoluto e o outro, relativo a alguém. (*De anima*, III, 3, 431b2-11)²⁵.

A *phantasia* calculativa ou deliberativa, portanto, implica raciocinar com as imagens e pensamentos na alma, como se as estivesse vendo, e então deliberar sobre coisas vindouras à luz das presentes. Mostra-se intimamente associada ao cálculo ou deliberação:

A imaginação perceptiva, como foi dito, subsiste também nos outros animais, mas a deliberativa apenas nos capazes de calcular: pois decidir por fazer isto ou aquilo, de fato, já é uma função do cálculo; e é necessário haver um único critério de medida, pois será buscado aquilo que é superior. E assim é capaz de fazer uma imagem a partir de várias. (*De anima*, III, 3, 434a5-9)²⁶.

Considerando-se que a escolha deliberada ou racional (προαίρεσις) é um elemento essencial na definição aristotélica da justiça, como será mostrado na seção 2.3 desta tese, conclui-se, quanto a este ponto, que a *phantasia* é uma faculdade ou poder da alma possível de ser utilizada, no seu terceiro grau (calculativo ou deliberativo), na realização da justiça entendida como distribuição racional das vantagens e desvantagens entre as pessoas. Quando, porém, a função jurisdicional é empregada como meio de veiculação de ideologias ou utopias (o que é próprio do ativismo judicial, como será melhor examinado no item 4.2), parece que a *phantasia* sensitiva é a que se sobressai, por estar mais direcionada ao bem aparente e, assim, ao desejo irracional.

A *phantasia* que permanece encerrada na promoção de ideologias ou utopias limita-se ao segundo grau e não alcança o momento deliberativo da *proairesis* (προαίρεσις), que será tratada na próxima seção. A *phantasia* predomina nos ideólogos ou utópicos, que desprezam o

²⁵ ARISTÓTELES, 2007, p. 120.

²⁶ *Ibid.*, p. 126.

uso da razão (que se conforma com a realidade) e sobrevalorizam as abstrações vagas com as quais comungam de uma espécie de super-realidade²⁷.

2.3 Justa deliberação e distinção entre *proairesis* e *doxa*

Considerando-se que esta tese propõe cotejar a concepção aristotélica da justiça com a configuração do que se entende atualmente por justiça no costume constitucional denominado de ativismo judicial, mostra-se impositiva a tarefa de precisar os limites do conceito de justiça, conforme apresentado no texto de Aristóteles. Nesta seção, proporei uma análise da definição de justiça contida na *Ética a Nicômaco* (1134a), pela comparação entre o texto original e diferentes traduções e identificação dos termos essenciais; entre esses, destacarei a *proairesis* ou *escolha deliberada* para mostrar a necessidade, na realização da justiça, de afastar-se da *doxa* para se chegar à *episteme*. Por fim, tratarei dos diferentes modos de deliberação sobre o justo por parte de legisladores e juízes.

Sabe-se que a ação de definir implica uma delimitação intelectual da essência do objeto considerado, de modo que na definição se esgotem as notas essenciais do ente definido; permite-se, assim, a exata situação do ente e evita-se a sua confusão com outro. Desde Sócrates e Platão, a filosofia dedica-se a formular definições por meio da utilização de diversos métodos: divisão e abstração, dialética, entre outros. Os métodos variam de acordo com o ente a ser definido, a fim de permitir saber o que esse ente é, ou seja, averiguar a sua essência.²⁸

O conceito de justiça é tratado em muitas partes dos textos de Aristóteles que chegaram até o presente, recebendo maior destaque o capítulo V da *Ética a Nicômaco*, embora em muitas outras partes da obra aristotélica são encontrados elementos que concorrem para o entendimento do objeto de estudo. Não obstante a riqueza de menções ao conceito de justiça nos textos aristotélicos, convém eleger uma definição a modo preliminar. Essa definição é a oferecida por Aristóteles, após um complexo exame, no capítulo 9 do livro V da *Ética a Nicômaco* (1134a):

καὶ ἡ μὲν δικαιοσύνη ἐστὶ καθ' ἣν ὁ δίκαιος λέγεται πρακτικὸς κατὰ προαίρεσιν τοῦ δικαίου, καὶ διανεμητικὸς καὶ αὐτῷ πρὸς ἄλλον καὶ ἑτέρῳ

²⁷ MOLNAR, Thomas. *Utopia: the perennial heresy*. New York: Sheed and Ward, 1967, p. 10.

²⁸ MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofía*. v. 1. Madrid: Alianza, 1986, p. 730-731.

πρὸς ἕτερον οὐχ οὕτως ὥστε τοῦ μὲν αἰρετοῦ πλέον αὐτῷ ἔλαττον δὲ τῷ πλησίον, τοῦ βλαβεροῦ δ' ἀνάπαλιν, ἀλλὰ τοῦ ἴσου τοῦ κατ' ἀναλογίαν, ὁμοίως δὲ καὶ ἄλλω πρὸς ἄλλον.²⁹

Na tradução para o inglês realizada por Harris Rackham, os termos escolhidos foram os seguintes:

Also, Justice is that quality in virtue of which a man is said to be disposed to do by deliberate choice that which is just, and, when distributing things between himself and another, or between two others, not to give too much to himself and too little to his neighbour of what is desirable, and too little to himself and too much to his neighbour of what is harmful, but to each what is proportionately equal ; and similarly when he is distributing between two other persons.³⁰

Outra tradução para a língua inglesa, Roger Crisp, oferece os seguintes termos:

And justice is the state in accordance with which the just person is said to be the kind of person who is disposed to do just actions in accordance with rational choice, and to distribute goods – either between himself and another or between two others – so as to assign not more of what is worth choosing to himself and less to his neighbour (and conversely with what is harmful), but what is proportionately equal; and similarly in distributing between two other people.³¹

David Ross:

And justice is that in virtue of which the just man is said to be a doer, by choice, of that which is just, and one who will distribute either between himself or another or between two others not so as to give more than what is desirable to himself and less to his neighbour (and conversely with what is harmful), but so as to give what is equal in accordance with proportion; and similarly in distributing between two other persons.³²

Joe Sachs:

And justice is that by which the just person is said to be inclined to do what is just by choice, and inclined to distribute things, both to himself in comparison with someone else, and to another person in comparison with someone else, not in such a way that more of what is choiceworthy goes to

²⁹ ARISTÓTELES. *The nicomachean ethics*. Tradução de H. Rackham. Cambridge: Harvard University, 1926, p. 288.

³⁰ *Ibid.*, p. 289.

³¹ ARISTÓTELES. *The nicomachean ethics*. Tradução de Roger Crisp. Cambridge: Cambridge University, 2000, p. 91-92.

³² ARISTÓTELES. *The nicomachean ethics*. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University, 1980, p. 121.

himself and less to his neighbor, nor the opposite way with what is harmful, but so that each gets what is proportionately equal, and similarly with another person in comparison with someone else.³³

Com vistas a uma compreensão mais precisa do conceito de justiça indicado nessas palavras em sua totalidade, compreensão que acompanhará o desenrolar desta tese até a sua conclusão, cumpre proceder a uma decomposição analítica dessa definição em suas partes. Dos termos que a compõem, serão selecionados os significativos e essenciais, que concorrem necessariamente para a fixação do conceito, prescindindo-se de elementos meramente relacionais, auxiliares e secundários, tais como preposições, locuções adverbiais etc.

Cumprida essa seleção, cabe definir o conteúdo e alcance de cada um dos termos selecionados, por meio do estudo etimológico e da comparação das traduções. A seguir, será realizada uma abordagem do conteúdo da definição pelas suas conexões com outros conceitos de Aristóteles que se mostram úteis para a elucidação do seu ideal de justiça. Por fim, será proposta uma síntese lógico-analítica com as principais propriedades encontradas e que terão relevo nas próximas etapas deste estudo.

Merecem destaque sete termos constantes da definição ora analisada, que foram traduzidos pelos tradutores selecionados da seguinte maneira:

Aristóteles	Rackham	Crisp	Ross	Sachs
ἦν	that quality	the state	that	that
δίκαιος	man	the just person	the just man	just person
πρακτικὸς	disposed to do	disposed to do	doer	inclined to do
προαίρεσιν	deliberate choice	rational choice	choice	choice
δικαίου	that which is just	just actions	that which is just	what is just
-	things	goods	-	things
πλησίον	neighbour	neighbour	neighbour	neighbor

Perceba-se que Rackham acrescenta a palavra *quality* (qualidade, que também traduz uma das categorias: ποιόν), e Crisp, a palavra *state* (estado, palavra utilizada para traduzir várias categorias aristotélicas como κεῖσθαι e πάσκειν). São palavras que possuem significados filosóficos diversos, mas que não encontram correspondente aqui no original

³³ ARISTÓTELES. *The nicomachean ethics*. Tradução de Joe Sachs. Newburyport: Focus, 2012, p. 168-169.

grego, uma vez que ἧν é um pronome demonstrativo. Do mesmo modo, as palavras *things* e *goods*, adicionadas por alguns dos tradutores. De modo geral, a tradução de Ross mostra-se mais fiel ao texto grego.

Propõe-se, então, a seguinte tradução para o português, a partir da tradução inglesa de David Ross:

E justiça é aquilo em virtude do que o homem justo é dito um fazedor, por escolha, daquilo que é justo, e alguém que distribuirá seja entre si mesmo e outrem seja entre dois outros não de modo a dar mais do que é desejável para si e menos para o seu vizinho (e, ao contrário, com o que é prejudicial), mas assim de modo a dar o que é igual de acordo com a proporção; e similarmemente ao distribuir entre duas outras pessoas.

No capítulo 2 do livro III da *Ética a Nicômaco*, depois de proceder à distinção entre o voluntário e o involuntário, Aristóteles trata da escolha racional ou deliberação (προαίρεσις, *proairesis*), um tipo específico de algo voluntário e diferente dos desejos, paixões e outros motivos que conduzem à ação. Heidegger comenta que há uma distinção decisiva entre προαίρεσις e δόξα, sendo esta última traduzida corretamente como “eu sou por manter que a questão é assim e assim”, e que a demarcação do conceito de προαίρεσις procede-se em quatro direções: 1) em oposição a ἐπιθυμία — ser inclinado a algo, ter um impulso ou ser impulsivo em relação a algo; 2) em oposição a θυμός — estar excitado ou estimulado emocionalmente em relação a algo; 3) em oposição a βούλησις — desejo, desejar algo; 4) δόξα — opinião. Heidegger indica que os três primeiros fenômenos são mencionados por Aristóteles com o fim de auxiliar na compreensão da προαίρεσις, que é uma determinação da ἀρετή, a qual, por sua vez, é uma disposição que conduz a uma resolução em um momento definitivo³⁴.

As paixões irracionais são, para Aristóteles, tão humanas quanto a razão. A ἐπιθυμία ou desejo, porém, é o estado mental singular dos animais, que os move. O homem que não é autocontido também age por ἐπιθυμία e não por προαίρεσις (*Ética a Nicômaco*, III.1). Sobre *thymós*, diz ele que os habitantes das partes mais frias da Europa são cheios de *thymós* mas carentes de inteligência e habilidade e, por isso, são livres mas não têm organização política nem são capazes de exercer governo sobre outros; os nativos da Ásia, por sua vez, são inteligentes e inventivos, porém lhes falta *thymós* e, por tal razão, estão sempre em estado de

³⁴ HEIDEGGER, Martin. *Basic concepts of aristotelian philosophy*. Bloomington: Indiana University, 2009, p. 97.

sujeição e escravidão; os helenos apresentam um equilíbrio entre esses dois estados da mente (*Política*, VII.7).

Thymós parece ser algo que se chamaria de brio, intrepidez, ousadia, vigor de espírito. *Boulesis*, ao contrário de *proairesis*, pode estar relacionada a algo impossível, pois nada obsta a que alguém deseje o impossível; e também pode relacionar-se a algo fora do nosso controle, como desejar que certo atleta ganhe uma competição. A *doxa* consiste em um posicionamento da mente sobre algum assunto que pode mostrar-se verdadeiro ou falso, enquanto *prohairesis* pode mostrar-se boa ou má (*Ética a Nicômaco*, 1111b).

Um estudo sobre o significado de *proairesis* foi realizado por Charles Chamberlain em um artigo de 1984³⁵. Ele inicia pela constatação de que, na base dos escritos éticos aristotélicos, está a divisão entre as partes racional e irracional da alma. A parte racional tem capacidade para conhecer os *archai* ou princípios das coisas, para as operações de indução e dedução e para obter a sabedoria teórica e prática; suas virtudes são as intelectuais, tratadas no livro 6 da *Ética a Nicômaco*. A parte irracional é o lugar das emoções e dos desejos, assim como dos impulsos corpóreos — tais como fome, sede e desejo sexual — e as virtudes que lhe correspondem são tratadas nos livros 2 a 5 da mesma obra. A dificuldade aparece quando Aristóteles descreve a *proairesis* em termos de *boulesis*, pois não resta claro se faz referência à vontade racional ou à irracional.

A tese de Chamberlain é a de que Aristóteles usava o termo *proairesis* para referir-se ao processo pelo qual as ordens da razão incidem sobre o desejo de modo a alterá-lo. O trecho destacado por Chamberlain é o seguinte:

Desde que a virtude ética é um estado que envolve *prohairesis*, e desde que *prohairesis* é um estado que envolve deliberação, logo é necessário que o raciocínio seja verdadeiro e o desejo correto, se de fato a *prohairesis* deva ser *spoudaia*; ou seja, que o *logos* afirme e que o desejo persiga as mesmas coisas³⁶.

A novidade, como mostra Chamberlain, é que a *spoudaia prohairesis* consiste no acordo entre as duas partes da alma. Ou seja, quando as duas partes da alma — *dianoia* e *orexis* — funcionam em harmonia, ocorre a *proairesis*. Esta começa com a escolha feita através da deliberação, da qual participam *dianoia* e *boulê*, integrantes da parte racional da alma, e se completa quando *orexis*, o desejo que compõe a parte irracional, é moldado

³⁵ CHAMBERLAIN, Charles. *The meaning of prohairesis in Aristotle's Ethics*. Transactions of the American Philological Association (1974-2014), v. 114, 1984, p. 147-157. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/284144>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

³⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Apud CHAMBERLAIN, *op. cit.*

conforme o produto da deliberação. *Proairesis*, então, designa o processo de formação de novos desejos, que seria melhor traduzido como comprometimento ou dedicação (*commitment*), que falta naqueles de vontade fraca (*akratês*), uma vez que sucumbem ao desejo e não perseveram na sua resolução inicial.

Callard³⁷ oferece uma importante descrição da teoria da deliberação em Aristóteles e a contrasta com a deliberação avaliativa mais familiar à atualidade e com a racionalidade instrumental de Hume. Segundo ela, a deliberação (*boulesis*) para o mestre grego tem muita semelhança com o que comumente se compreende nos dias atuais por deliberação: “um processo mental consciente e racional utilizado por um agente em ordem a resolver problemas práticos”. A deliberação é, para Aristóteles e “para nós”, um sinal de domínio de alguém sobre a sua racionalidade prática, que torna esse alguém um agente idealmente racional ou *phronimos*. Um ponto da descrição elaborada por Callard que merece destaque para o propósito desta tese é o que segue:

Ele [Aristóteles] reconhece que muito da ação humana — ação que pode ser corajosa, generosa ou justa — é produzida sem recurso à deliberação. Às vezes nós sabemos o que fazer imediatamente, e nós simplesmente agimos sem ter que pensar sobre o que devemos fazer. Como nós, Aristóteles pensa que nós encontraremos exemplos paradigmas de deliberação em casos difíceis, o que significa dizer, quando não é óbvio o que uma pessoa deve fazer.³⁸

Ou seja, nem toda ação depende de deliberação para ser praticada, e isso inclui as ações justas. Callard dá a entender que a deliberação é dispensável nos casos em que se mostra óbvia a ação a ser praticada. A nota explicativa remete para o trecho 1117a17–22 da *Ética a Nicômaco*, no qual consta que a pessoa corajosa não tem medo nem é desordenada ao defrontar-se com um perigo repentino, porque sua ação corajosa fundamenta-se no seu estado de caráter, enquanto as ações previstas podem ser escolhidas racionalmente.

Porém, Callard ressalva que a deliberação tal como hoje é entendida difere da de Aristóteles no tocante às operações mentais do agente deliberante. O mais comum nos dias atuais é conceber a deliberação como uma avaliação da ação que alguém pondera praticar, seja selecionando entre as opções disponíveis, seja mensurando a ação visada de acordo com alguma regra moral (esta última modalidade assemelha-se à deliberação moral de Kant, na

³⁷ CALLARD, Agnes. Aristotle on deliberation. In: CHANG, Ruth; SYLVAN, Kurt (ed.). *The Routledge handbook of practical reason*. Abingdon: Routledge, 2021.

³⁸ *Ibid.*, p. 126.

qual a preocupação maior é com as qualidades formais ou internas da ação e não com as suas consequências).

Para Aristóteles, todavia, conforme explica Callard, a deliberação parte do objetivo desejado cujo método para ser alcançado não pode ser visto de imediato. O raciocínio segue, então, para trás, na elaboração do processo de realização do objetivo definido. “O agente de Aristóteles não avalia nem o objetivo pelo qual inicia a sua deliberação nem a ação na qual a sua deliberação termina; em vez disso, sua deliberação consiste na atividade mental de derivar a ação a partir do objetivo.”³⁹ Ao contrário de David Hume, que propõe um modo de raciocínio prático por meio do qual os pontos de partida e de chegada são unidos sem um necessário desejo por um objetivo escolhido e sem a necessidade de uma posição suficiente para obtenção dos meios. Mas, para Aristóteles, a deliberação é unidirecional, movendo-se para trás, do fim à ação. Escolher significa obter os meios em prol de um fim. Não se confunde, porém, com a crença, cujo objeto é sempre determinado (*EN* 1142b10-16).

Callard conclui o seu estudo com uma comparação entre a deliberação avaliativa e a deliberação segundo o modelo Aristotélico. A deliberação avaliativa, explica ela, parece nascer da dúvida que uma pessoa tem sobre a bondade ou maldade de uma ação que essa pessoa pensa em praticar. Trata-se de uma escolha entre ações alternativas, do sopesamento de motivos para optar por uma e abandonar outra, da busca de razões que orientem a decisão quanto ao que fazer. Por sua vez, a deliberação aristotélica não oferece um ponto de vista neutro pelo qual a pessoa seja capaz de avaliar os seus próprios impulsos e anseios.

A decisão para Aristóteles define-se como o desejo determinado pela deliberação, conforme aponta Höffe. No trecho da *Ética a Nicômaco* por ele utilizado (1113a), consta que o objeto da deliberação e o objeto da escolha são os mesmos, a não ser que a coisa a ser escolhida tenha sido objeto de uma deliberação prévia. O exame do modo como se deve agir termina quando o sujeito encontra a origem da sua ação em si mesmo, e especificamente na parte mais elevada de si mesmo, que é a parte racional. Höffe identifica dois momentos na deliberação, um volitivo e outro cognitivo, pelos quais a decisão não se confunde com espontaneidade. O momento volitivo ocorre quando a decisão procede livre de coerção e de ignorância; o momento cognitivo demanda a construção racional da deliberação de modo que esta possibilite levar a um julgamento. Porém, deliberar significa sempre escolher os meios e caminhos para chegar a um objetivo previamente definido⁴⁰.

³⁹ *Ibid.*, p. 127.

⁴⁰ HÖFFE, Otfried. *Aristotle*. Albany: State University of New York, 2003, p. 138-139.

No entanto, a definição de justiça analisada acima mostra que esse ponto neutro integra o processo de deliberação. A justiça implica a distribuição proporcional dos bens e dos males, e a deliberação tem por objeto o modo como essa distribuição será realizada em cada situação concreta. Esse é o objetivo a ser alcançado, cabendo à deliberação decidir sobre os meios para alcançá-lo. Ocorre, porém, que uma das características do ativismo judicial, conforme apontado por Cross e Lindquist e que será relevante para a definição de ativismo judicial a ser buscada na seção 3.1 desta tese, é a de que a preocupação prática do juiz ativista concentra-se no resultado a ser produzido por sua decisão judicial, objeto de uma escolha anterior, sendo a deliberação processual referente apenas aos meios argumentativos justificadores da decisão.

Vale dizer, o juiz ativista parte de um resultado desejado conforme a sua concepção pessoal de sociedade justa para, então, elaborar a fundamentação jurídica que servirá para embasar a decisão ativista. Diante disso, impende estabelecer uma diferenciação essencial entre a deliberação inserida no conceito aristotélico de justiça e o método decisório praticado no ativismo judicial. Neste, não se trata somente de distribuir proporcionalmente benefícios e malefícios, mas de efetivar judicialmente uma abordagem ideológica orientada a resultados.⁴¹

Aristóteles, na *Retórica* (1354b), defende que a lei deve regular os casos do modo mais extenso possível e deixar o mínimo para a discricionariedade dos juízes, pois as leis são resultado de longas considerações, enquanto os julgamentos são momentâneos e oscilam entre a justiça e a conveniência.

A principal razão, contudo, para que o poder dos juízes deva ser limitado, no entender de Aristóteles, é que a decisão do legislador enfoca todos os casos e se aplica ao futuro, enquanto a decisão do juiz trata de questões atuais e particulares: “nesses casos, amor, ódio e interesse pessoal estão sempre envolvidos, de modo que os juízes não são capazes de discernir a verdade adequadamente, pois seu julgamento é obscurecido pelo seu próprio prazer ou dor” (*Retórica*, 1354b).

2.4 Justiça como o interesse do mais forte e escravidão por natureza

Duas posições extremadas sobre a justiça delineiam um conflito recorrente nas discussões filosóficas. Trata-se da disputa entre os que, de um lado, defendem o poder, que o poder está sempre certo e que a justiça é meramente uma questão de conveniência; e os que,

⁴¹ CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 91, n. 6, 2007, p. 1752-1784.

de outro lado, defendem o direito, para os quais o poder pode ser injusto e que a justiça não pode ser medida com base em critérios de utilidade. Famosa é a declaração de Trasímaco, no diálogo platônico *República*, de que “o justo não é mais nem menos do que a vantagem do mais forte”⁴².

Aristóteles apresenta essa noção de justiça logo no começo da *Política*, comparando-a com a relação entre a mente e o corpo (1252a32-1252b1): “Pois o que pode prever pelo exercício da mente é por natureza destinado a ser senhor e mestre; e aquilo que pode com este corpo dar efeito a tal previsão é um sujeito e, por natureza, um escravo; por isso mestre e escravo têm o mesmo interesse”. Embora para Aristóteles a justiça seja o vínculo que une os homens em comunidade e que antecede o Estado, e justas sejam as leis que visem à vantagem de todos os cidadãos, a teoria aristotélica da escravidão natural contrasta por parecer definir a justiça com base na conveniência de alguns mais fracos submeterem-se aos interesses dos mais fortes, definição próxima à de Trasímaco. Cumpre lembrar, porém, que Aristóteles parte do método de observar a os indivíduos agentes na realidade social para deles extrair tipologias humanas referentes ao grau de autodeterminação e ao cultivo das virtudes (fá-lo, por exemplo, no livro 4 da *Ética a Nicômaco*).

Nesta seção da tese são estudados autores contemporâneos que mostram que Aristóteles partia da descrição da sociedade real da sua época para apontar o erro que são todas as formas de escravidão, sejam econômicas sejam morais. Além disso, o tema da escravidão por natureza é essencial para a resposta que se almeja oferecer ao problema do ativismo judicial examinado sob a teoria aristotélica da justiça, pois mostra a diferença entre a justiça concebida como justa distribuição dos bens e dos males sociais entre os membros de uma comunidade e a concepção falsa de justiça como a prevalência do poder do mais forte. Ou seja, o estudo da escravidão em Aristóteles auxilia a compreender possíveis formas contemporâneas de escravidão.

O ativismo judicial se identifica com o interesse do mais forte, como afirma a crítica quanto à limitação do debate, que identifica a elitização das deliberações e a exclusão dos que não dominam a linguagem técnica nem têm acesso aos espaços de discussão jurídica. Ainda, ao invalidar as leis elaboradas pelo Parlamento formado por representantes eleitos dos cidadãos, e proferir decisões com força de lei com efeitos para todos, o ativismo judicial enfraquece o interesse da população pelas deliberações sobre os

⁴² PLATÃO. *A república*. Belém: Universidade Federal do Pará, 2016, p. 109. (308c)

interesses comuns, gerando um resultado característico da situação descrita por Aristóteles como escravidão por natureza.

O escravo por natureza, por sua vez, é a pessoa que não exerce a sua capacidade de deliberar sobre a sua vida e a da sua comunidade e, assim, torna-se *propriedade* de outrem (da grande mídia, da moda, das forças políticas dominantes etc.). A usurpação, pelo ativismo judicial, dos meios democráticos de deliberação legislativa, promove uma condição política similar à escravidão por natureza e com isso prejudica a democracia.

Nesta seção, apresentam-se os estudos de Pierre Pellegrin e Peter Simpson para sustentar que Aristóteles, ao observar nas sociedades então conhecidas as características atribuídas àqueles que eram escravos, registrou uma tipologia de indivíduos humanos de acordo com o exercício do poder político ou sua sujeição a ele⁴³. Essa ideia mostra-se merecedora de desenvolvimento em outro trabalho; mas é recebida aqui como pressuposta para a compreensão dos tipos psicossociais favoráveis ou ineficazes para a democracia, e de qual desses tipos tende a ser o produzido pelo ativismo judicial. Avalia-se, com isso, os efeitos psicossociais do ativismo judicial sobre a efetivação da democracia.

A concepção aristotélica de escravidão por natureza é tema de estudo recente de autoria de Pierre Pellegrin e publicado pela Cambridge University em 2013. Das variadas formas que a escravidão assumiu nas diversas sociedades, três propriedades invariáveis são destacadas para a definição do conceito: a) o escravo é um trabalhador forçado que é *propriedade* de seu amo; b) ele é uma *mercadoria*; c) ele é um *estrangeiro* em relação ao povo que o mantém. Pellegrin sustenta que Aristóteles trata de uma espécie genuína de escravidão e a defende, pois, ao menos implicitamente, essas três características são encontradas no seu livro *Política*⁴⁴.

O filósofo francês inicia seu estudo por duas observações preliminares, baseadas em um artigo de Malcolm Schofield. A primeira é quanto a constituir ou não, a posição aristotélica sobre a escravidão, uma ideologia no sentido marxista desse termo. Schofield nega que ela seja uma ideologia. Argumenta o classicista britânico que uma ideia, teoria ou crença somente se instala como ideologia quando se encontra em uma falsa relação com a realidade, representa o interesse de um grupo social determinado, e que suas formulações mentais sejam

⁴³ Conquanto mesmo Pellegrin entenda, de início, que Aristóteles houvesse sido um defensor da escravidão, a sua análise do tratado aristotélico possibilita uma conclusão diversa (a qual se propõe nesta tese), a de que uma tipologia do ponto de vista psicossocial das relações de poder (entre as quais se inclui o tipo da *escravidão por natureza*) serve como instrumental para avaliar o grau de democracia existente numa dada sociedade.

⁴⁴ PELLEGRIN, Pierre. Natural slavery. In: DESLAURIERS, Marguerite; DESTREE, Pierre. *The Cambridge companion to Aristotle's Politics*. Cambridge: Cambridge University, 2013, p. 92.

aceitas pelas pessoas de modo não racional. E a teoria de Aristóteles sobre a escravidão vincula-se com o restante da filosofia aristotélica, em especial a ética e a política, ainda que, com alguns aspectos, pareça ser inconciliável.

A segunda observação é a de que o *tratado sobre a escravidão*, contido nos capítulos 3 a 7 do livro I da *Política*, oferece meramente um estudo auxiliar a fim de esclarecer outros temas que não as propriedades e a natureza da escravidão. Desde o primeiro capítulo dessa obra, Aristóteles delinea que as diferenças entre os poderes do rei, do estadista, do amo de escravos e do chefe de família não é apenas quanto ao número de seus subordinados, mas é, principalmente, uma diferença qualitativa. A escravidão, desse modo, exerce um papel auxiliar para a compreensão do que seja o poder político, sendo este a questão central a ser estudada⁴⁵.

O conceito de escravidão é desenvolvido no capítulo 4 do livro I da *Política*. O texto começa pelo argumento sobre a propriedade como necessária à administração doméstica. Assim como há instrumentos sem vida, tais como o timão de um navio, o escravo é uma propriedade viva que serve à organização familiar, destinada à ação e pertencente totalmente ao seu amo: “Assim sendo, vemos qual é a natureza e o ofício de um escravo; e pode ser dito de ser de um outro homem quem, sendo um escravo, é também uma propriedade. Uma propriedade pode ser definida como um instrumento de ação, separável do seu proprietário” (1254a15-18).

No capítulo 5, Aristóteles passa a discutir, então, se alguém pode ser um escravo por natureza ou não. Sua tese é que, por necessidade e conveniência, alguns devem comandar e outros devem obedecer, sendo que, desde o momento do seu nascimento, alguns são marcados para a sujeição, e outros para o comando. A dualidade comando-sujeição é encontrável nas coisas vivas e não vivas; em todas há um princípio de comando, como em um modo musical. Quanto à escravidão por natureza, Aristóteles explica:

Uma criatura viva consiste em primeiro lugar de alma e corpo e, desses dois, a primeira é por natureza a comandante e o segundo, o sujeito. Mas então devemos procurar pela intenção da natureza nas coisas que mantêm a sua natureza, e não nas coisas corrompidas. Portanto, devemos estudar o homem que está no seu perfeito estado tanto de corpo quanto de alma, pois nele vemos a verdadeira relação entre ambos, conquanto nas naturezas más ou corruptas o corpo muitas vezes apareça exercendo comando sobre a alma, porque estão em condição má e não natural. [...] Onde, então, existe uma diferença tal como entre alma e corpo, ou entre homens e animais (como no caso daqueles cujo serviço é usar o seu corpo e que não podem fazer nada

⁴⁵ *Ibid.*, p. 93.

melhor do que isso), os tipos inferiores são por natureza escravos, e é melhor para eles, assim como para todos os inferiores, que estejam sob o comando de um amo. Pois aquele que pode ser e, portanto, é de outro, e que participa da razão suficientemente para percebê-la mas não para possuí-la, é um escravo por natureza. [...] Está claro, então, que alguns homens são livres por natureza, enquanto outros, escravos, e que para estes últimos a escravidão é tanto conveniente quanto correta.⁴⁶

O que se entende por natureza (φύσις) nesse sentido empregado por Aristóteles, como o utilizado para definir os que são escravos por natureza (φύσει δοῦλοι), pode ser interpretado como “o conjunto de coisas que apresentam uma ordem, que realizam tipos ou que se produzem segundo leis”; “o princípio vivo e ativo, a vontade de ordem que se manifesta por essa regularidade”; o oposto da natureza nesse sentido é o fortuito, casual, automático (αὐτόματα; τύχη). O que é conforme a natureza apresenta uma uniformidade seja absoluta seja altamente regular, sendo as exceções produto do acaso ou sorte (*Da geração e corrupção*, 6.II, 333b7)⁴⁷.

Pellegrin assinala que Aristóteles não se dedica a elaborar uma explicação histórica e social, mas oferece uma análise conceitual, por meio da qual busca mostrar que a natureza exige uma relação especial para satisfazer a necessidade de preservação. Mostra-se de relevo, nessa perspectiva, a passagem na qual Aristóteles argumenta que aquele que é capaz de prever pelo exercício da mente é, por natureza, senhor e amo, ao passo que aquele cujo corpo produz o efeito previsto pelo amo é, por natureza, escravo (1252a30-34). Desse modo, o domínio e a escravidão são justos quando baseados em capacidades naturais distintas e complementares. A escravidão é, assim, vantajosa para ambas as partes⁴⁸.

Duas condições devem ser atendidas para que exista a escravidão natural. A primeira é: o amo e o escravo devem **merecer** as suas condições, pois há entre eles um interesse comum e uma amizade recíproca, tal como existe na amizade política, e, na guerra, os homens devem buscar escravizar aqueles que merecem ser seus escravos (I 6, 1255b14; VII 14, 1333b40). A segunda condição é: o amo e o escravo devem ter uma **vida compartilhada**, relação que não pode existir em outras espécies de subordinação. O trabalhador livre possui uma forma limitada de escravidão, e só alcança a sua excelência na medida em que se torna

⁴⁶ *Ibid.*, p. 7. (1254b16-1255a3)

⁴⁷ LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 7. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1956, p. 669.

⁴⁸ PELLEGRIN, *op. cit.*, p. 96.

escravo (I.13, 1260a40), estando, então, em posição de colaborar com um amo que preveja em seu lugar⁴⁹.

Sobre serem os escravos possuidores ou não de razão, Aristóteles apresenta a sua explicação no livro I, capítulo 13. O escravo, assim como todos os animais, possui as partes da alma (vistas na seção anterior, 2.1, desta tese): vegetativa, sensitiva e motora, e também a parte racional, embora nesta algumas funções faltem ou estejam menos desenvolvidas do que na alma de um homem adulto livre. “A parte deliberativa da alma é inteiramente ausente no escravo” (I.13, 1260a12). Assim, Pellegrin observa que, para Aristóteles, todos participam em alguma medida das virtudes éticas, mas apenas o homem adulto livre as possui de modo completo (I.13, 1260a17). E, conforme aponta Schofield, árduas dificuldades surgem então para reconciliar a teoria da escravidão com outros pontos estabelecidos da sua doutrina. A mais importante delas, neste estudo, é a atribuição de virtudes para alguém a quem se nega a capacidade de deliberação⁵⁰.

Por ser incapaz de tomar decisões, o escravo não tem parte no fim da vida ética, que é a felicidade. Escravos poderiam formar uma cidade se o objetivo desta fosse apenas a vida; mas uma cidade existe em função da vida boa, e esta baseia-se em decisões (III 9, 1280a32).

Na *Ética a Nicômaco*, a resposta a esse problema é assim esclarecida:

E a vida feliz parece ser uma de acordo com a virtude, e isso implica um nível de seriedade, e não é despendida com entretenimento. E nós dizemos que as coisas sérias são melhores do que as engraçadas ou divertidas, e que em todo caso a atividade da melhor pessoa, ou da melhor parte de uma pessoa, é mais, séria, mais virtuosa; e a atividade do que é melhor é superior, e por essa mesma razão mais condutiva à felicidade. E absolutamente qualquer um, um escravo não menos do que a melhor das pessoas, pode usufruir dos prazeres corpóreos; mas ninguém atribui uma participação na felicidade a um escravo, a não ser que também atribua a ele uma participação na vida que vivemos. Pois a felicidade não consiste em ocupações como essa [fruição dos prazeres corpóreos], mas em atividades de acordo com a virtude, como também dissemos antes. (1177a2-12)

Além disso, Aristóteles afirma que a virtude própria do escravo é relativa não a si mesmo, mas ao seu amo. A virtude do escravo deve preveni-lo de falhar no cumprimento da função com a qual é útil para seu amo (*Política* I.13, 1260a32–33). Como todos os entes éticos, o escravo submete os seus atos à razão, mas à razão do seu amo, ao obedecer às ordens deste. Assim, a causa da virtude no escravo é o seu amo (I.13, 1260b3). Por não ser capaz de

⁴⁹ *Ibid.*, p. 99.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 103.

tomar decisões, o escravo precisa ser assistido por seu amo durante toda a sua vida. Mesmo possuir inteligência não é suficiente para que alguém não venha a ser escravo, pois aqueles que não têm coragem de enfrentar o perigo são escravos de seus invasores (VII.15, 1334a21)⁵¹.

Ainda sobre a relação entre escravidão e deliberação, dois aspectos principais da deliberação em Aristóteles merecem referência: (i) a deliberação é relevante para as coisas que dependem de nós (não deliberamos sobre as órbitas dos corpos celestes); (ii) ela determina os meios para um fim. Mas há uma diferença entre a deliberação técnica, ou seja, a capacidade de uma pessoa raciocinar sobre o que seja conveniente para si mesma, e a deliberação ética, isto é, escolher e direcionar os meios condutivos à vida boa em geral. Um escravo não é capaz de compreender os meios condutivos a um fim e, portanto, é capaz de deliberação técnica mas não de deliberação ética. Por mais que seja inteligente e capaz, um escravo não tem habilidade para fazer escolhas no sentido de uma vida eticamente boa⁵².

Pellegrin conclui, então, que Aristóteles não defendia a escravidão praticada no seu tempo, mas a reprovava, porque não era estabelecida sobre fundamentos éticos. Primeiro, como ela se baseava na força, podia reduzir a escravo pessoas que não fossem destinadas pela natureza a ser escravas. Segundo, não situando-se no âmbito familiar, era impossível aos escravos exercerem as suas virtudes. Pellegrin menciona, por final, a possibilidade de amizade entre um amo e seu escravo: “Para ter a amizade do seu escravo, deve-se removê-lo da sua condição servil e ver o ser humano nele, particularmente fornecendo-lhe ou restaurando-lhe algum tipo de autonomia ética”⁵³.

Peter Simpson sustenta que os argumentos de Aristóteles em favor da escravidão são válidos e sensatos. A consternação que esses argumentos atualmente provocam nos estudiosos deve-se ao fato de que a ideia de escravidão natural é mal interpretada, como sendo o escravo natural aquele que o é por nascimento e que não pode deixar de sê-lo. Simpson entende, porém, que não há evidências dessa concepção no texto aristotélico; alerta que não é possível compreender o que está certo e o que está errado na defesa feita por Aristóteles da escravidão natural sem uma apreensão clara do que ele diz; e propõe-se a decompor os argumentos de Aristóteles nas suas premissas e conclusões constituintes, expô-los esquematicamente em

⁵¹ PELLEGRIN, *op. cit.*, p. 106.

⁵² *Ibid.*, p. 108.

⁵³ *Ibid.*, p. 113.

forma silogística, e mostrar tanto como cada um deles funciona por si só, quanto como todos eles se encaixam para formar um argumento global⁵⁴.

O professor da City University of New York empreende uma análise esquemática dos capítulos 4 a 7 da *Política*, relevantes para a teoria aristotélica da escravidão. O capítulo 4 trata da propriedade, sua natureza e divisões, e a definição do escravo dentro do gênero propriedade, e seus argumentos são formalizados por Simpson da seguinte forma: a) propriedade são instrumentos para a vida pertencentes a outrem; b) escravos são propriedade; c) logo, escravos são instrumentos para a vida pertencentes a outrem. Sendo que a segunda premissa nunca foi objeto de questionamento, pois escravos sempre foram considerados, por definição, propriedade de outrem, e quem se opõe à escravidão opõe-se, na verdade, a que alguém possa ser propriedade de outrem. Aristóteles mostra que há necessidade de instrumentos assim como de instrumentos sem vida, pois os instrumentos vivos compensam o fato de que os sem vida não possam funcionar por si só. E o escravo é uma espécie de instrumento vivo, embora não a única⁵⁵.

Sobre o modo de pertencimento do escravo ao seu amo, Simpson assim comenta sobre a analogia da relação da parte com o todo:

A analogia e o seu significado parecem claros: uma parte, *qua* parte, pertence ao todo e a propriedade, *qua* propriedade, pertence totalmente ao proprietário. Na medida em que ambos deixam de ser do todo ou do proprietário, deixam de ser parte ou propriedade. Com certeza, os escravos, como lanças e casas, não são partes dos seus proprietários no sentido de serem órgãos físicos dos seus corpos. Este não é o significado da analogia, que é sobre a dependência entre essas coisas e não sobre a sua disposição física⁵⁶.

A conclusão sobre a natureza e a potência do escravo é resumida neste raciocínio: a) qualquer um que, enquanto ser humano, não pertence por natureza a si mesmo mas a outrem, é um escravo por natureza; b) aquele que, sendo humano, é uma propriedade no sentido de ser um instrumento para fazer algo ou para agir é um ser humano que pertence a outro; c) logo, aquele que, por natureza, é uma propriedade humana no sentido de ser um instrumento para fazer algo é um escravo por natureza.

Estabelecida a definição do escravo por natureza, conhecida a sua natureza e potência, Aristóteles passa, no capítulo 5, a lidar com a questão da existência de escravos por natureza

⁵⁴ SIMPSON, Peter. Aristotle's defensible defense of slavery. *Polis: The Journal for Ancient Greek and Roman Political Thought*, v. 23, n. 1, p. 95–115, jan. 2006.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 98.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 100.

(φύσει δοῦλοι), ou seja, se alguém possui uma natureza tal que o faça pertencer a outrem como um instrumento para a vida e que as coisas seriam melhores ou mais justas assim. A conclusão é positiva, como já visto acima: “Mas a beleza do corpo é vista, enquanto a beleza da alma não o é. Está claro, então, que alguns homens são por natureza livres, e outros, escravos, e que para esses últimos a escravidão é tanto conveniente quanto correta” (1254b17-20).

A seguir, Simpson analisa mais algumas proposições. No trecho 1254a21-28 da *Política*, consta que governar e ser governado é necessário e benéfico; que algumas coisas são separadas entre governante e governado imediatamente após a sua geração; que há muitos tipos de governantes e governados; que a partir de materiais melhores um trabalho melhor é completado; que quando algo governa e outro é governado, há sempre algum trabalho envolvido. Uma parte governante e outra governada são aparentes em qualquer conjunto ordenado por partes que forme uma unidade, e isso inere a todas as coisas na natureza.

Tudo o que é contrário à natureza irá prejudicar o resultado e deve ser evitado desde o início. Uma ilustração disso está no homem vicioso, pois o vício é contrário à natureza. Assim, por estar agindo contrariamente à sua natureza, o homem vicioso está deixando de ser um homem, embora não fisicamente, no sentido de perder partes do seu corpo ou neste sofrer alguma doença; mas está deixando de ser um homem moralmente, pois ainda que tenha saúde corpórea, partes da sua alma estarão doentes devido às suas faculdades psíquicas desordenadas e às suas paixões opostas à razão (*Ética*, 1.13.1102a26–1103a10; 9.4.1166b2–29; 9.8.1168a28–1169b2)⁵⁷.

Após esta análise até aqui, a ordenação de um todo unitário em partes governantes e governadas de modo inerente à sua natureza é explicada por Simpson:

Tomando o melhor como guia, então, podemos facilmente ver como as instâncias de Aristóteles se estabelecem (7) e (8). Quanto aos compostos contínuos de corpo e alma e de intelecto e apetite, vemos que, no melhor, estes se dividem em governantes e governados respectivamente e o fazem de acordo com os princípios da sua natureza. A alma governa naturalmente o corpo com regra despótica (o corpo não tem princípio de acção para além da alma e, no melhor, faz o que a alma manda sem impedimento ou distorção); e o intelecto governa naturalmente o apetite com regra política ou real (os apetites, que têm o seu próprio princípio de acção, ouvem, no melhor, o julgamento da razão e agem em conformidade, e isto é virtude). As coisas são de modo diverso, evidentemente, onde o governo entre estas partes é igual ou revertido. Os doentes e paralíticos, os viciados e incontinentes, todos sofrem danos nas suas partes⁵⁸.

⁵⁷ SIMPSON, *Ibid.*, p. 103.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 103.

Aplicando as proposições anteriormente expostas por Aristóteles ao composto humano formado do amo e seu escravo, que se relacionam entre si como o homem com o animal e a alma com o corpo, chega-se à conclusão que os escravos por natureza são aqueles que proveem o seu melhor trabalho por meio do uso do corpo (trabalho físico), no sentido dos instrumentos para a vida acima tratados. Mas, ainda que essa conclusão estabeleça que a escravidão seja às vezes natural, benéfica e justa, resta determinar quem são aqueles cujo melhor trabalho é o uso do seu corpo. Para isso, Simpson propõe iniciar por aqueles examinados por Aristóteles como sendo os corrompidos, ou os cujo corpo governa a mente, o que inclui os moralmente deficientes.

Segundo Aristóteles, para a massa das pessoas mais vulgares, o bem se resume ao prazer, e o que elas buscam é uma vida de diversão. A massa não se importa com a vergonha nem com o remorso, e somente evita fazer o mal por medo da punição. Ela vive pelos seus sentimentos e busca os prazeres pessoais e os meios de realizá-los, além de evitar a dor que lhes é oposta. A massa das pessoas mais vulgares ignora o que seja nobre e verdadeiramente prazeroso, e é difícil ou talvez impossível corrigi-la, pois não se pode substituir com argumentos o que está há muito arraigado em seu caráter. Por esse motivo diz ele que, na opinião de alguns, os legisladores devem motivar o povo à virtude e ao que é nobre, pois os bons responderão conforme a razão; mas devem também estabelecer punições e penalidades com vistas àqueles cuja natureza é mais deficiente e que são movidos pelos prazeres, devendo as dores assim infligidas ser as mais opostas aos prazeres que eles apreciam (1095b19-20, 1179b10-18, 1180a4-14).

Simpson prossegue no seu raciocínio, após a leitura dessas passagens da *Ética*, chegando à conclusão parcial de que o homem vicioso tende a deixar de ser um homem, não fisicamente mas moralmente, o que tem consequências no âmbito social e político:

A espécie de amostragem aleatória que não faz julgamentos prévios sobre o melhor e o pior e que nós tipicamente preferimos hoje como o caminho para a verdade é precisamente o caminho para o erro. Ela pode nos dizer o que, numa dada população, é comum ou mediano; mas não nos dirá o que é natural, salvo se a população incluía apenas os melhores⁵⁹.

Mais adiante na *Política* (1254b20-23), somam-se duas novas proposições ao raciocínio sobre a escravidão natural: a) é um escravo por natureza aquele que tem a potência

⁵⁹ *Ibid.*, p. 103.

de pertencer a outrem; b) e que participa da razão o suficiente para percebê-la mas não para tê-la. A primeira repete a definição apresentada no capítulo 4 de que o escravo é um instrumento para a vida pertencente a outrem. Considerando-se, como visto, que os escravos por natureza são aqueles cujo melhor trabalho é realizado pelo uso dos seus corpos, depreende-se que aquele cujo melhor trabalho está no uso do seu corpo tem a potência de pertencer a outrem.

Quanto a participar da razão suficientemente para percebê-la mas não para tê-la, Simpson sustenta que “não ter razão é efetivamente pertencer a outrem”, “é sujeitar-se àqueles que podem exercer o pensamento no seu lugar”. *Razão* entendida aqui no sentido de faculdade de raciocinar discursivamente, de combinar conceitos e proposições; faculdade universalmente considerada como própria do ser humano⁶⁰. Perceber a razão equivale a perceber o comando de quem tem capacidade para governar; é o que se espera de um instrumento vivo para a vida.

Percorrendo os subsequentes argumentos aristotélicos acerca da escravidão natural, Simpson conclui que a condição constitutiva do escravo por natureza não é necessariamente permanente, pois alguns escravos por natureza podem ser educados para fora da escravidão. Aristóteles também não conclui que seja injusto libertar os escravos por natureza ou não escravizá-los, mas sim que é injusto escravizar os que não sejam escravos por natureza. Os amos por natureza são fundamentalmente os virtuosos, enquanto os escravos por natureza são fundamentalmente os viciosos. Sendo o pleno desenvolvimento humano encontrado na perfeição da virtude, os viciados ou de alguma forma atrofiados no seu desenvolvimento somente podem alcançar o bem se não forem deixados à sua própria sorte, mas forem submetidos ao comando e ao serviço dos virtuosos. Nas palavras de Simpson:

Para rejeitar esta linha de raciocínio é preciso negar que o desenvolvimento humano se encontra em tal aperfeiçoamento da virtude ou que este aperfeiçoamento faz parte do que é necessário para se tornar um ser humano livre e autônomo. Muito do choque e horror que sentimos na defesa da escravidão por Aristóteles é porque agora, instintivamente, fazemos essa negação. Ou, pelo menos, todos nós, exceto os contemporâneos expositores da ética das virtudes, agora o fazemos instintivamente, e mesmo eles começam a fazê-lo assim que vêem que as suas opiniões os estão a conduzir a posições aristotélicas sobre a escravidão e as mulheres. É claro que a razão pela qual nós, ou a maioria de nós, fazemos essa negação é devido à nossa crença na igual dignidade de todos os seres humanos. Tal dignidade, dizemos nós, é incompatível com qualquer pessoa ser reduzida à escravidão.

⁶⁰ LALANDE, *op. cit.*, p. 877-878.

É justo que assim seja. Mas duvido que Aristóteles estaria sem uma resposta eficaz⁶¹.

Sobre a relação entre as visões de Aristóteles sobre a virtude e a escravidão, Simpson indica a leitura de um texto do professor de filosofia David Harvey. Entre os argumentos ali expostos, está o de que os escravos naturais são aqueles para quem falta, por natureza, a capacidade de engajar-se em deliberações amplas. A teoria aristotélica da escravidão, segundo Harvey, insere-se no quadro maior da sua concepção geral de personalidade moral, sendo que os escravos naturais não contam como pessoas morais devido à privação, neles, das capacidades deliberativas.

A concepção aristotélica de personalidade moral vincula-se à sua visão sociopolítica que enfatiza a participação plena na *pólis* como marca definidora do ser humano. Com o advento do liberalismo clássico nos séculos XVII e XVIII, “a ideia subjacente de que a comunidade é um veículo metafísico pelo qual a nossa humanidade é realizada é sumariamente rejeitada”. O sucesso da abordagem liberal da agência moral empreendida por pensadores como Thomas Hobbes depende, então, da redução do conteúdo conceitual de *pessoa moral* a um mínimo de potências deliberativas, de modo que nenhuma pessoa humana se enquadraria na noção aristotélica de escravo por natureza⁶².

Compreende-se, assim, que o desenvolvimento humano, para a filosofia de Aristóteles, depende do aperfeiçoamento das virtudes, tarefa que faz parte das atitudes que constituem uma pessoa humana livre e autônoma. A realização humana não prescinde da participação nas decisões políticas da comunidade à qual se pertence. Essa realização, contudo, somente é alcançável por um número restrito de cidadãos, uma vez que, para a massa das pessoas mais vulgares, o bem se resume ao prazer, e o seu estilo de vida mostra-se naturalmente incompatível com a seriedade necessária às deliberações públicas. A adesão da massa vulgar aos interesses da comunidade ocorre apenas pelo medo de algum tipo de punição. Assim é que a teoria da escravidão vincula-se com o restante da filosofia aristotélica, em especial a ética e a política, no que tange aos bens que promovem a felicidade humana.

O escravo por natureza é aquele que participa da faculdade racional em nível suficiente para agir de acordo com os comandos de quem o governa. É incapaz de raciocinar, porém, sobre os meios para atingir os fins visados, com o que se demite da vida ética e política, que se baseia na tomada de decisões. Assim é que há, entre o amo e o escravo, uma

⁶¹ SIMPSON, *op. cit.*, p. 114-115.

⁶² HARVEY, Martin. Deliberation and natural slavery. *Social Theory and Practice*, Tallahassee, v. 27, n. 1, p. 41-64, ja. 2001.

relação de complementaridade na qual ambos devem merecer as suas condições, pois há entre eles um interesse comum e uma amizade recíproca, que se exerce numa vida compartilhada. A condição do escravo por natureza é ter a potência de pertencer a outrem, por não pertencer a si mesmo, sendo do outro um instrumento para fazer algo necessário à boa vida e sendo, assim, uma propriedade do outro que é o seu amo.

Um problema que chama a atenção nesses capítulos da *Política* aqui examinados está na proposição de que “desde a hora do seu nascimento, uns são marcados para a sujeição, e outros para o comando” (1254a22-23). Pellegrin anota que as características que fazem um indivíduo merecer a condição de escravo são, algumas, naturais e independentes das circunstâncias, por terem origem no nascimento; seria difícil conciliar, então, que alguém pudesse ser ao mesmo tempo humano e escravo⁶³. Simpson discorda que o escravo natural seja alguém que já nasceu com essa condição: ela pode ocorrer no nascimento, mas pode ainda surgir de outros modos, como por educação ou mesmo por escolha⁶⁴. Jill Frank sustenta que os indivíduos deliberadamente deficientes devido à sua consistente não utilização da faculdade racional são, por essa razão, os escravos naturais, por merecerem sê-lo; enquanto os que são escravizados mediante coerção ou conquista são escravos forçados⁶⁵.

Dentro da proposta de justiça como o poder ou interesse do mais forte, a teoria aristotélica da escravidão por natureza ilustra que a plena existência humana implica associação com os seus semelhantes na qual se faz indispensável a capacidade de deliberação. A comunidade de pessoas humanas livres e independentes fundamenta-se no exercício, por uma parcela razoável da população, raciocínio e na coragem necessários à discussão e à decisão sobre os temas mais relevantes de interesse comum. Do contrário, a comunidade deteriora-se e um indivíduo ou um pequeno grupo deve impor um poder superior a fim de tomar as decisões e manter a harmonia social.

Os cidadãos em geral devem ser dotados de espírito político para que a democracia se aperfeiçoe. Segundo Aristóteles, o espírito político ($\theta\upsilon\mu\acute{o}\varsigma$, *thumós*) encontra-se na capacidade de garantir o bem para o estado a partir de uma pluralidade de pontos de vista (*Pol.* 1261a16-22), é uma característica essencial para a manutenção de um Estado. O espírito político permite que os cidadãos trabalhem coletivamente em prol do bem comum, pois se envolvem ativamente na tomada de decisões, na governança e na busca da justiça, e a participação vida

⁶³ PELLEGRIN, *op. cit.*, p. 102-103.

⁶⁴ SIMPSON, *op. cit.*, p. 108.

⁶⁵ FRANK, Jill. Citizens, slaves, and foreigners: Aristotle on human nature. *The American Political Science Review*, v. 98, n. 1, p. 91-104, fev. 2004, p. 96.

política constitui um aspecto essencial do florescimento humano e da *eudaimonia*. E a virtude política mais excelente é a justiça (1283a38–40).

Como explica Morgan:

Na Política de Aristóteles, *thumos* é uma capacidade da alma para o afeto; é mais claramente vista na raiva e na justa indignação; e é indispensável para compreender a natureza da política. Aristóteles mostra que *thumos* motiva ações políticas que podem ser tanto benéficas quanto destrutivas para a cidade. Essa ambivalência tem enorme impacto sobre o que é possível ou desejável na vida política e levanta questões importantes sobre até que ponto o *thumos* deve ser cultivado na sociedade e nos indivíduos⁶⁶.

Aristóteles argumentou que o espírito político é crucial porque ele acreditava que uma cidadania ativa e virtuosa poderia atuar como uma salvaguarda contra o domínio opressivo das tiranias. Cidadãos com espírito político são mais propensos a resistir e impedir a concentração de poder nas mãos de um único governante ou de uma pequena elite. Possuir *thumós* é algo essencial para o cidadão (1327b19-38), enquanto a ausência dela é uma característica desejada para escravos (1330a25-29).

Para viver como ser humano inserido numa comunidade política, faz-se indispensável que o indivíduo possua uma personalidade amadurecida em nível suficiente para a assunção da responsabilidade moral em face das decisões públicas. O indivíduo ou parcela de indivíduos que não alcança esse nível de maturidade, não exerce a sua responsabilidade de cidadão, e demite-se do uso da capacidade deliberativa por motivo de escolha ou desídia, adere a um aspecto relevante do conceito de escravo por natureza: o não ser capaz de antever, de planejar, de deliberar. Torna-se, assim, pertencente a outrem, pois permite que outrem decida em seu lugar, podendo esse outrem ser os integrantes da grande mídia, de um grupo político ou de uma corte suprema. E permite que se concretize uma forma de justiça como o interesse do mais forte que impõe o seu poder no vazio deixado pelos que se omitem.

Ainda que as reflexões de Aristóteles cotejadas nesta seção provoquem estranheza nos dias atuais, sob o paradigma da justiça como poder do mais forte e da escravidão por natureza cabe o questionamento dos efeitos do ativismo judicial sobre a democracia. Sendo esta composta de homens livres que exercem sua capacidade deliberativa por meio de assembleias — em nível nacional, o Congresso ou Parlamento, como Poder Legislativo —; porém, na medida em que a Suprema Corte passa a invalidar sistematicamente as leis elaboradas pelo Poder Legislativo, e passa a proferir decisões judiciais com força de lei vinculante para todos

⁶⁶ MORGAN, Dorothy Lam. *Thumos* in Aristotle's Politics. Disponível em: <<https://repositories.lib.utexas.edu/handle/2152/ETD-UT-2009-12-652>>. Acesso em: 20 jul. 2023.

(*erga omnes*), promove o esvaziamento da competência legislativa da assembleia e, via de consequência, o desinteresse da população nas deliberações e decisões públicas.

Trata-se das situações apontadas por um conjunto de argumentos contrários ao ativismo judicial, o qual o ministro Luís Roberto Barroso denomina “crítica quanto à limitação do debate”: o avanço da Suprema Corte sobre matérias próprias da deliberação legislativa produz a “elitização” dos debates públicos e a “apatia das forças sociais”, “dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão”. Além disso, “juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes”⁶⁷.

Conclui-se, neste ponto, que o ativismo judicial não tende a favorecer a formação de homens livres com as virtudes necessárias à participação na democracia; influi, ao contrário disso, na submissão dos cidadãos a uma disposição semelhante à de escravos por natureza. O ativismo judicial traz o risco de desenvolver a apatia nas forças sociais, sobre a qual serão aplicadas as técnicas de engenharia social, assunto a ser tratado mais adiante, na seção 4.1.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 454.

3 O COSTUME DO ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Em busca de uma definição para o ativismo judicial

A primeira tarefa que se impõe, mesmo no estudo dos fatos humanos, é a de definir com a maior determinação possível o objeto a ser estudado. A preocupação, neste trabalho, não é meramente estabelecer um encadeamento lógico entre os conceitos, mas tentar compreender a realidade à qual os conceitos se referem. Aristóteles, em seu *Peri hermeneias*, ensina que um nome, ou substantivo, é um som vocal que se torna significante por convenção, ou seja, é um símbolo (σύμβολον), instituído pelos homens, para fazer referência a alguma coisa por ele substituída (*Peri hermeneias*, 16a19-16a28).

Há, porém, o problema da equivocidade, pelo qual um mesmo símbolo pode referir-se a diferentes concepções do intelecto e, com isso, a diferentes coisas da realidade. Um equívoco ou homônimo (ὁμώνυμος) ocorre quando duas substâncias são diversas mas são designadas pelo mesmo nome (*Categorias*, 1a1). Ou seja, quando há mais de uma definição (λόγος) possível para uma mesma palavra ou expressão. O vocábulo λόγος, utilizado por Aristóteles, pode ser entendido, ainda, como uma frase explanatória do significado de um termo. Mesmo nas descrições que Aristóteles oferece dos equívocos ou homônimos, podem ser encontradas ambiguidades, pois se chamam equívocas tanto as coisas significadas quanto os nomes que a elas se referem, e distingue-se a homonímia da multiplicidade de aplicações possíveis de um mesmo nome, sendo esta mais ampla. Definições podem, ainda, ser apenas parcialmente divergentes, de modo a não haver completa dicotomia entre homonímia e sinonímia⁶⁸.

Em face dessa dificuldade, Eric Voegelin propôs a distinção entre conceitos teóricos e símbolos políticos, de crucial importância para a compreensão da estrutura e do funcionamento dos sistemas ideológicos. Trata-se de uma base conceitual para a explicação do caráter não teórico e especulativo das ideologias. Os símbolos políticos são expressões verbais originadas da luta política, que, se medidas pelas demandas do conhecimento científico, pecam por equivocidade. No entanto, ainda que seja impossível definir um significado “correto”, em termos epistemológicos, para uma expressão verbal política, as proposições científicas podem estruturar-se em torno dos símbolos políticos, desde que os

⁶⁸ HINTIKKA, K. Jaakko J. Aristotle and the ambiguity of ambiguity. *Inquiry*, [S.l.], v. 2, n. 1-4, p. 137-151, 1959. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00201745908601292>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

reconheçam como tais, de modo a alcançar a percepção científica da realidade⁶⁹.

A expressão “ativismo judicial” é um exemplo de nome cuja equivocidade dificulta a enunciação e a compreensão científicas. O acompanhamento dos debates sobre o ativismo judicial indica que essa expressão sofre modificações semânticas ao acaso dos fatores sociais e políticos de cada momento. Um exemplo disso: o ministro Luís Roberto Barroso, em diversas obras, defendeu o ativismo judicial como “a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”⁷⁰; porém, contrariado pelas reações desfavoráveis às recentes decisões ativistas do STF e pela conseqüente conotação negativa que o termo “ativismo judicial” tem implicado, alguns anos depois mudou sua aceção para afirmar que “o ativismo judicial é uma lenda” e que o que existe, na realidade, é o “protagonismo judicial”⁷¹. Vai-se, assim, da “participação mais ampla e intensa” para a “lenda” e a inexistência, conforme o sentido do discurso seja ou deixe de ser útil à defesa da ideia da qual se pretende convencer os destinatários.

As repercussões das decisões consideradas ativistas mostram que a expressão “ativismo judicial” costuma ser empregada para designar aquelas decisões das quais se discorda, e que são chamados “ativistas” os juízes com atuação reprovável. Nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte é predominantemente conservadora, os liberais acusam-na de ativista e defendem a contenção judicial. A mesma postura ocorre do outro lado, quando os liberais ascendem à Suprema Corte: os conservadores elogiam a contenção judicial e denunciam o ativismo progressista. “Ativismo judicial” seria, então, um termo vazio, apenas uma máscara para os posicionamentos políticos reais. Por motivos como esses, o juiz americano Frank H. Easterbrook argumenta pela impossibilidade de consenso quanto ao significado dessa expressão “notoriamente escorregadia”, e que mesmo uma definição objetiva de ativismo não teria valor em si mesma, devendo, portanto, a expressão ser abolida⁷².

Porém, Easterbrook sustenta que, em caso de obscuridade na aplicação de uma lei, o juiz deve optar pela prevalência da democracia, preferindo implementar os atos legislativos do Congresso e as decisões do Executivo, em vez de invalidá-los. Assim, e inspirando-se em

⁶⁹ VOEGELIN, Eric. The authoritarian state: an essay on the problem of the Austrian state. In: *The collected works of Eric Voegelin*. v. 4. Columbia: University of Missouri, 1999, p. 2-3 e 57-58.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 139.

⁷¹ Entrevista ao programa Roda Viva. 15.06.2020. Disponível em: <<https://youtu.be/gxDsglWkVJQ>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

⁷² EASTERBROOK, Frank H. Do liberals and conservatives differ in judicial activism? *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 73, p. 1401-1416, 2002. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1136/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

Richard Posner, Easterbrook entende que uma definição possível de ativismo deve abranger três meios principais de ampliação, pela Suprema Corte, do seu poder sobre o Legislativo e o Executivo (representantes do eleitorado): a) a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, de modo a impedir a sua aplicação; b) a invocação do princípio da dúvida constitucional (*canon of constitutional doubt*), segundo o qual a Corte, diante de duas ou mais interpretações possíveis de uma lei, deve preferir aquela que não levante dúvidas quanto à sua constitucionalidade; c) a interpretação de uma lei em sentido diverso do seu texto e mais próximo da visão política do julgador⁷³.

Richard Posner compartilha da visão de que contenção e ativismo judiciais não são, em si mesmos, posições liberais ou conservadoras, pois não dependem das políticas que as outras instituições governamentais estejam seguindo, mas sim de serem, as cortes, mais ou menos liberais em relação a essas instituições. O ativismo judicial não é sinônimo de ousadia ou intromissão: a Suprema Corte poderá retirar poder das pessoas privadas e, com isso, ampliar o poder do governo; mas não será ativista, se não restringir o poder do Legislativo ou do Executivo. A definição de ativismo não é absoluta, porém contingente e relativa à situação histórica na qual o julgador se encontra; em qualquer caso, compete à Corte exercer a sua função no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), conforme determinado pela Constituição⁷⁴.

A expressão “ativismo judicial” foi apresentada pela primeira vez ao público pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. num artigo da revista *Fortune* de 1947; Schlesinger Jr. traçou o perfil de cada um dos juízes da Suprema Corte norte-americana da época e desvendou as alianças e divisões entre eles, classificando-os entre “ativistas” e adeptos da “autocontenção judicial”. Embora os integrantes daquela corte não questionassem a constitucionalidade do *New Deal* (conjunto de medidas públicas de enfrentamento dos problemas econômicos causados pela Grande Depressão), dividiam-se em duas visões opostas sobre a interpretação da Constituição e o bom funcionamento do Judiciário numa democracia⁷⁵.

Para a compreensão dos fatos da realidade aos quais a expressão “ativismo judicial” alude, merece leitura a descrição da divergência existente na Suprema Corte de 1947 feita pelo próprio criador da expressão:

⁷³ Ibid., p. 1404.

⁷⁴ POSNER, Richard. *The federal courts: crisis and reform*. Cambridge-MA: Harvard University, 1985, p. 211.

⁷⁵ KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, 2004, p. 1443. Disponível em: <<https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

Este conflito pode ser descrito de modos diversos. O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson defende uma política de autocontenção. Um grupo está mais preocupado com o emprego do poder judicial em prol da sua própria concepção de bem social; o outro, com a ampliação do leque de julgamentos permitidos para os legisladores, mesmo que isso signifique apoiar conclusões que eles condenam em particular. Um grupo considera a Constituição como um instrumento para obter resultados sociais desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros poderes do governo obtenham os resultados que o povo quer, para melhor ou para pior. Em suma, a ala Black-Douglas parece mais preocupada em decidir casos particulares de acordo com as suas próprias preconcepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson, com preservar o judiciário no seu lugar estabelecido mas limitado dentro só sistema americano⁷⁶.

Schlesinger registrou ainda que os juízes da escola Black-Douglas, partidários do ativismo judicial, argumentavam que “as fontes do artifício jurídico, a ambiguidade dos precedentes e a extensão da doutrina aplicável” eram tão amplas que, havendo divergência de opiniões, um julgador poderia decidir num ou noutro sentido oposto sem desafiar a lógica jurídica. Não haveria, assim, uma resposta certa, sendo o julgamento uma questão de escolha política. O juiz ativista não se importava com uma falsa pretensão de objetividade, mas sim com os resultados sociais por ele mesmo almejados. Para o juiz ativista, o Direito e a Política se confundiam; as decisões judiciais eram “orientadas a resultados” e admitia-se a máxima de Learned Hand de que a Constituição era um “vaso vazio” a ser preenchido praticamente com qualquer conteúdo desejado pelo juiz. Dessa perspectiva, a autocontenção seria uma “fuga da responsabilidade” que a Suprema Corte teria enquanto instituição⁷⁷.

Do outro lado, os defensores da autocontenção eram céticos quanto ao senso individual de justiça dos julgadores e entendiam que qualquer desvio do significado fixo das leis era incorreto. Preferiam respeitar a vontade do legislador a promover a supremacia judicial, acreditando assim no processo democrático e na separação dos poderes. Para a escola Frankfurter-Jackson, o direito não era política e a Constituição não era um “vaso vazio”, pois continha um significado definido ao qual correspondia uma resposta certa. Para eles, “como pessoas razoáveis podem ter noções muito diferentes de justiça, é injusto e injustificável forçar a visão de alguém sobre os outros”. Fazê-lo levaria a um estado de “despotismo judicial”, uma ameaça ao processo democrático⁷⁸.

⁷⁶ SCHLESINGER JR., 1947 apud KMIEC, *op. cit.*, p. 1446-1447.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 1447.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 1447-1448.

Keenan D. Kmiec observa que, quanto mais o termo se populariza, menos claro é o seu significado: *Isso é assim porque “ativismo judicial” é definido de maneiras muitas vezes discrepantes e mesmo contraditórias; estudiosos e juízes reconhecem esse problema, mas persistem em falar do conceito sem defini-lo*⁷⁹. Conquanto Schlesinger tenha contribuído para o debate acadêmico e popular, mostrando algumas características das posições divergentes, absteve-se de oferecer uma definição precisa dos seus termos. Não ficou claro, em seu texto, quais os critérios objetivos para classificar uma decisão como ativista. Porém, a partir da sua contribuição, os juristas passaram a elaborar definições de “ativismo judicial”⁸⁰.

Não se trata, então, apenas de um termo inventado por Schlesinger. O ativismo judicial é um conceito formado por uma história intelectual, como se verá na seção 3.2. Craig Green organizou as definições modernas em quatro conjuntos, de acordo com a interpretação que elas oferecem do fenômeno definido: (i) qualquer erro jurídico sério; (ii) qualquer resultado controverso ou indesejado; (iii) qualquer decisão que invalide uma lei; (iv) uma combinação desses e outros fatores. Pondera, a seguir, as falhas nessas definições, que ilustram a necessidade de uma nova aproximação e análise.

Se “ativismo” incluísse qualquer erro jurídico sério, seriam ativistas também as decisões equivocadas resultantes de incompetência judiciária; embora haja relação entre ativismo e erro judicial, os dois não se equivalem. Se “ativismo” fosse um resultado controverso ou indesejado, seria um termo irrelevante para a discussão das políticas em jogo e, além disso, a definição seria incompleta por limitar-se aos resultados e excluir os métodos judiciais de decisão. Se “ativismo” se definisse pela invalidação das leis, seria impossível determinar quais decisões proferidas no controle de constitucionalidade se qualificariam ou não como ativistas. Por último, a definição que combina diversos fatores é a mais utilizada atualmente, mas reúne as imprecisões apontadas numa definição incoerente e inútil⁸¹.

Em face dos defeitos nas análises correntes, Green propõe que o ativismo judicial seja definido como *o abuso do poder não controlado que é exercido além dos limites da função judiciária*. Essa definição parte da premissa de que muitas decisões judiciais não são controladas pelos demais agentes governamentais. Enquanto as cortes inferiores são responsáveis pelas suas decisões perante as suas cortes superiores, a Suprema Corte não se sujeita a nenhuma instância superior à qual deva prestar contas das suas decisões. Mas o núcleo da definição está nas alegações de que as decisões tomadas extrapolam os limites

⁷⁹ Kmiec, *op. cit.*, p. 1443.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 1449-1450.

⁸¹ GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, 2009, p. 1195-1264.

próprios da função judiciária. Segundo Green, a independência do Judiciário não se confunde com liberdade para que os juízes decidam com base nas suas preferências pessoais⁸².

Das inúmeras definições e componentes possíveis do fenômeno do ativismo judicial oferecidos pelos estudiosos, Corey Rayburn Yung destaca os seguintes elementos essenciais: a) anulação de ações de outros poderes federais ou de governos estaduais; b) desprezo pelo sentido textual; c) afastamento da história ou da tradição; d) fundamentações jurídicas maximalistas em vez de minimalistas; e) uso de amplos poderes corretivos; f) decisões motivadas por preferências partidárias; g) abandono de uma visão originalista da Constituição; h) opiniões inconsistentes com os precedentes; i) exercício do poder além da jurisdição de um tribunal; j) criação de novos direitos ou teorias; k) alteração de doutrinas ou interpretações anteriores; l) estabelecimento de políticas substantivas; m) descumprimento do uso de uma metodologia interpretativa aceita⁸³.

Sobre o que se entende por fundamentações jurídicas maximalistas, assim explica Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

Alguns juízes ativistas justificam suas decisões em formulações teóricas ambiciosas, extensas e profundas, além do necessário para fundamentar o resultado das decisões concretas. Essas decisões são maximalistas no sentido de superar as questões teóricas e principiológicas do caso julgado para estabelecer amplas regras e princípios que dirimirão no futuro os resultados de outros casos também⁸⁴.

Enquanto para Green a ideia central nas variadas definições é a extrapolação da competência judiciária, para Yung a distinção principal do ativismo se verifica quando os juízes assentam as suas decisões em substituição às dos demais atores constitucionalmente relevantes (Congresso, Executivo, Governadores e outras cortes): quando desconsideram um precedente, decidem em substituição aos juízes anteriores; quando anulam uma legislação, substituem-se ao legislador; e, quando decidem com vistas a alcançar resultados políticos, posicionam o seu julgamento sobre o “certo” acima daquilo que os diversos outros atores acreditam que deva ser o conteúdo da lei. A partir dos elementos essenciais nas definições, Yung admite que o conceito de ativismo judicial é multidimensional: em vez de definir-se “ativismo” e “contenção” como lados opostos de uma construção binária, esses termos são

⁸² *Ibid, loc. cit.*

⁸³ YUNG, Corey Rayburn. Flexing judicial muscle: an empirical study of judicial activism in the federal courts. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 105, n. 1, 2015. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol105/iss1/1/>> Acesso em: 27 dez. 2020.

⁸⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book Kindle*, posição 4466.

melhor entendidos como extremos de um contínuo que descreve um aspecto do comportamento judicial.

Após uma análise de dados empíricos representativos de certos aspectos que possibilitam mensurar o ativismo judicial (tais como o partido político do Presidente que indicou o Ministro da Suprema Corte em questão, ou a existência de padrões formais para a revisão constitucional das leis e atos administrativos), Yung conclui que “o ativismo judicial é visto mais claramente quando os juízes elevam seu próprio julgamento sobre o de outros atores constitucionalmente significativos em circunstâncias nas quais um modelo formal de lei preveria o contrário”.⁸⁵

Na sua proposta de um estudo social científico do ativismo judicial, Cross e Lindquist destacam que no núcleo do criticismo desse costume judiciário está a preocupação de que o Judiciário atue fora do papel constitucional que lhe seja próprio. Essa atuação ocorre quando um juiz compromete-se com um julgamento orientado a resultados, no qual sua decisão é conduzida por preferências ideológicas quanto aos efeitos substantivos possíveis em cada caso. Apontam, então, que o julgamento ideológico constitui a essência do ativismo judicial, e citam a afirmação do juiz O’Scannlain de que o julgador falha na aplicação fiel da lei quando se deixa persuadir por sentimentos pessoais em vez de deferência, previsibilidade e uniformidade. Mas, conquanto para O’Scannlain seja uma consideração crítica o estado mental do juiz ativista, dada a impossibilidade de saber exatamente o que se passa na mente do julgador, o componente ideológico pode ser identificado nos efeitos do julgamento, uma vez que os resultados serão os mesmos, esteja o julgador consciente ou não da sua motivação subjetivamente ideológica.

A investigação psicológica contribui com o conceito de “raciocínio motivado”: um julgador influencia-se pelo desejo inconsciente de alcançar certo resultado. Mas a preocupação prática, concluem Cross e Lindquist, está nos resultados e não nas motivações judiciais: decisões ativistas produzidas pelo raciocínio motivado “inocente” são, do ponto de vista prático, idênticas às produzidas pela motivação política intencional. Para esses autores, então, a definição mais defensável de ativismo judicial é a que identifica as “ações mais claramente fundamentadas na ideologia do julgador do que em fontes jurídicas legítimas”.⁸⁶

Outro autor norte-americano, Keenan D. Kmiec, propõe que as definições de ativismo judicial representam uma quantidade de ideias jurídicas merecedoras de discussões mais aprofundadas, que se mostram tão importantes quanto difíceis de resolver, pois envolvem

⁸⁵ YUNG, *op. cit.*, p. 47.

⁸⁶ *Op. cit.*

questões fundamentais sobre a interpretação da Constituição, a natureza das decisões judiciais e o valor dos precedentes. Essas definições incluem as seguintes ideias: (i) invalidação de ações possivelmente constitucionais de outros poderes; (ii) desconsideração de precedentes; (iii) elaboração legislativa pelo Judiciário; (iv) afastamento da metodologia interpretativa estabelecida; (v) julgamento orientado a resultados. O autor anota que, apesar do seu uso em sentidos muito distintos e mesmo contraditórios, o termo ativismo judicial, se devidamente explicado, pode ser o ponto de partida para a discussão mais consistente sobre o ofício jurisdicional⁸⁷.

No Brasil, Carlos Alexandre de Azevedo Campos assinala a necessidade de superação do “problema de indefinição conceitual”, causado pelo uso indiscriminado do termo e pelas críticas ao ativismo elaboradas sem o cuidado de uma definição prévia. Propõe, então, o que chama de definição multidimensional do ativismo judicial, nos seguintes termos:

[...] o exercício expansivo não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias⁸⁸.

Essa definição proposta pelo professor brasileiro mostra-se mais abrangente do que as oferecidas por Green, Yung, Cross e Lindquist, mas é a mais adequada, segundo ele, para a explicação e a identificação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Nota-se que não aparecem como substanciais elementos como a ilegitimidade ou antijuridicidade das decisões sobrepostas às dos outros atores constitucionalmente relevantes, a extrapolação da competência judiciária, a orientação a resultados e o componente ideológico identificável na fundamentação e/ou nos efeitos do julgamento. Esses elementos são distribuídos pelo Autor, como qualidades acidentais, em algumas das múltiplas dimensões.

A ênfase, assim, está na “proposta conceitual multidimensional do ativismo judicial”. Das cinco diretrizes utilizadas por Campos para a construção do conceito de ativismo judicial, a denominada “estrutura adjudicatória multidimensional” assume e trata de sistematizar a complexidade do ativismo judicial, no qual duas ou mais dimensões podem estar presentes de modo concorrente ou mesmo conflituoso em uma mesma decisão. Essas dimensões são: 1) a interpretação ampliativa da Constituição; 2) a criação “legislativa”; 3) a falta de deferência

⁸⁷ KMIEC, *op. cit.*

⁸⁸ CAMPOS, 2014, posição 4300.

aos demais poderes; 4) a afirmação de direitos; 5) definição judicial das políticas públicas e sociais; 6) a autoexpansão da jurisdição e dos poderes decisórios; 7) a superação de precedentes; 8) a fundamentação maximalista das decisões; 9) a fundamentação das decisões nas preferências político-partidárias dos juízes em vez de em razões jurídicas; 10) o exercício da “soberania judicial”⁸⁹.

Campos qualifica de absolutamente ilegítimas as dimensões 9 e 10, a das preferências político-partidárias e a da “soberania judicial”. Como exemplo da primeira, menciona o julgamento *Bush vs. Gore*, no qual a maioria dos juízes da Corte Rehnquist teria favorecido o candidato Bush, responsável pelas suas nomeações⁹⁰. No Brasil, segundo Campos, o STF enfrentou o desafio de manter-se alheio ao partidarismo, quando do julgamento do caso “Mensalão”, escândalo de compra de votos que ameaçou derrubar o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores, cujo governo havia nomeado 9 dos 12 ministros daquela época.

Cumprido observar que Campos restringe a dimensão político-partidária às decisões “fora do ou contra o Direito para avançar interesses particulares, não necessariamente legítimos, do partido político”⁹¹, não incluindo nela as decisões de orientação ideológica que não envolvam interesses partidários direta e estritamente institucionais.

A “soberania judicial”, por sua vez, é, para Campos, o “exemplo mais extremado, aprioristicamente ilegítimo de ativismo judicial”, porque nessa dimensão as cortes excluem os demais poderes políticos do “processo de construção dos significados constitucionais”. Posturas dessa espécie se verificam quando a Suprema Corte atribui-se poder excessivo ao considerar a única instituição responsável por interpretar a Constituição, ou, ainda, a instituição titular da “palavra final” em termos de interpretação constitucional.

Campos considera, de outro modo, que “as transformações sociais pedem mudanças constitucionais, e os juízes ativistas assumem a condição de *arquitetos sociais*, sendo a interpretação criativa das constituições o instrumento legítimo desta atuação”⁹². Elege, por essa razão, a dimensão da interpretação ampliativa da Constituição como a mais relevante entre todas. Nesse sentido, os juízes não devem sentir-se vinculados ao sentido literal da Constituição, mas sim interpretá-la criativamente, valendo-se de conteúdos implícitos e princípios vagos e imprecisos para regular diretamente condutas concretas mediante juízos

⁸⁹ *Ibid.*, posições 4318-4486.

⁹⁰ Julgamento proferido em 12 de dezembro de 2000, pela qual a Suprema Corte decidiu as eleições presidenciais norte-americanas entre George W. Bush e Al Gore, com a vitória de Bush.

⁹¹ *Ibid.*, posição 4460.

⁹² *Ibid.*, posição 4318, grifo no original.

políticos e morais⁹³.

Proponho, para os estudos a serem desenvolvidos neste trabalho, uma definição mais restritiva de ativismo judicial, que integre como substanciais aqueles componentes que são os principais pontos das discussões jurídicas e políticas; que diferencie as decisões ativistas dos julgamentos proferidos no exercício regular do controle de constitucionalidade; e que insira o ativismo no contexto de um fenômeno cujo estudo não seja exclusividade das disciplinas propriamente jurídicas. Eis a minha proposta de definição:

O ativismo judicial é o costume constitucional de proferir decisões interpretativas da Constituição, que ampliam o poder da Suprema Corte e reduzem ou suplantam a atuação das demais instituições titulares da interpretação e aplicação constitucional; decisões não inerentemente boas ou más, mas de legitimidade questionável, e pelas quais os julgadores atuam como arquitetos sociais, veiculando razões mais subjetivas e ideológicas do que objetivamente jurídicas e legais, e de modo a atingir os resultados políticos e sociais por eles mesmos desejados, por meio de alterações no direito vigente ou nas políticas executivas, realizadas com maior facilidade do que se fossem obtidas pela via da deliberação parlamentar ou da decisão administrativa.

3.2 Antecedentes do ativismo judicial nos Estados Unidos da América

A presente seção tratará das manifestações históricas acerca da noção de uma atividade legislativa empreendida pelo Judiciário nos Estados Unidos da América, país no qual a doutrina brasileira costuma localizar os primeiros precedentes do controle de constitucionalidade. Exporá, a seguir, a evolução da aplicação do conceito de ativismo judicial, por meio da leitura de autores estrangeiros, como Keenan D. Kmiec, Michael J. Gerhardt e Edward McWhinney.

A controvérsia sobre o ativismo judicial não é recente. No mundo anglo-saxão, já antes do século XX, William Blackstone defendia a criação legislativa pelo Judiciário como sendo a característica mais forte da *common law*, enquanto Jeremy Bentham a considerava uma usurpação da atividade legislativa e uma farsa de *miserável sofisticada*⁹⁴. Estudiosos costumam apontar três casos decididos pela Suprema Corte norte-americana como os mais relevantes na pré-história do ativismo judicial: *Marbury v. Madison* (1803), *Dred Scott v. Sandford* (1857) e *Lochner v. New York* (1905). No decorrer do século XX, as críticas à

⁹³ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁹⁴ KMIEC, *op. cit.*

atuação e à ideologia judiciais expressaram-se por meio de discursos retóricos semelhantes aos veiculados nos dias atuais.

Mas, embora termos como *conservador*, *liberal*, *ativismo judicial* e *autocontenção judicial* tenham sido de uso frequente, os fatos aos quais esses termos se referiam apresentaram configurações diversas. É o que demonstra o artigo *The rhetoric of judicial critique*, do professor Michael J. Gerhardt, no qual se baseará a seguinte análise dos conteúdos decisórios da Suprema Corte americana e as suas reações favoráveis e contrárias no decorrer do século XX⁹⁵. Segundo esse artigo, o entendimento dos termos *conservador* e *liberal* é alcançável não apenas pelo exame das decisões judiciais que tenham apoiado ou invalidado leis ou políticas geralmente associadas a valores *conservadores* ou *liberais*, mas também pelo conhecimento do contexto político no qual esses termos foram empregados e os objetivos políticos aos quais eles serviram.

Para compreender as circunstâncias nas quais se intensificou o costume do ativismo judicial nos Estados Unidos da América, importa estudar o período histórico que passou a ser conhecido como *Era Progressiva (Progressive Era)*, que se estendeu do final do século XIX ao início do século XX, e no qual se estabeleceram os fundamentos da civilização norte-americana, por meio da industrialização, da urbanização e da imigração. Ao mesmo tempo em que aquela nação enriquecia e se modernizava, graves problemas apareciam como efeitos colaterais, dos quais resultaram um alto custo em termos de deslocamento social, confusão moral e sofrimento humano. A chamada *Social Question* desafiava uma solução da qual dependia a própria sobrevivência da sociedade com os seus valores. O movimento progressista baseava-se na percepção da necessidade de reformas sociais. Uma das tendências identificadas com esse movimento era encontrada na convicção cada vez maior de que o governo deveria ampliar as suas funções e estendê-las com vista ao alívio das tensões sociais e econômicas⁹⁶.

Os reformadores legislativos passaram a empenhar-se na redução do poder das empresas a fim de melhorar as condições de trabalho dos empregados. Os salários em setores como a indústria manufatureira eram extremamente baixos e forçavam os trabalhadores a submeter-se a condições penosas e perigosas a fim de garantir o básico de moradia, alimento e vestuário às suas famílias. O fortalecimento dos sindicatos e a realização de greves resultaram

⁹⁵ GERHARDT, Michael J. *The rhetoric of judicial critique: from judicial restraint to the virtual bill of rights*. *Carolina Law Scholarship Repository*, v. 10, n. 3, 2002, p. 585-645.

⁹⁶ MANN, Arthur (ed.). *The progressive era: liberal renaissance or liberal failure?* New York: Holt, Rinehart and Winston, 1963, p. 1-2

em conflitos e pressionavam por uma nova legislação trabalhista⁹⁷.

Os esforços progressivos para conter a exploração corporativa dos trabalhadores foram impulsionados pela percepção generalizada de que os barões ladrões - não os legisladores ou as pessoas que eles representavam - se tornaram os principais arquitetos da sociedade americana. A principal arma que os Progressivos usaram contra as corporações foi uma nova tábua de regulamentos governamentais. Essas regulamentações ajudaram os governos municipais, estaduais e locais a controlar o comportamento dos empresários. Mas eles não foram impostos sem uma luta das poderosas corporações que durante tantos anos deram as ordens na América⁹⁸.

No início do século XX, as discussões políticas em torno da Suprema Corte americana lidavam com o chamado devido processo econômico (*economic due process*), doutrina pela qual o órgão máximo do judiciário deveria proteger o princípio da liberdade contratual por meio da anulação de medidas de regulamentação econômica, mesmo que estas visassem a corrigir desigualdades no poder de negociação entre empregadores e trabalhadores. Assim, qualquer legislação trabalhista seria inválida em face da proteção constitucional à liberdade de contratar. Outros objetivos da legislação interventiva, como a promoção da saúde, da moral ou da segurança, eram analisados pela Suprema Corte sob o critério da razoabilidade das restrições propostas à atividade econômica.

Um dos mais vigorosos críticos da Suprema Corte à época foi o presidente republicano Theodore Roosevelt (mandato presidencial entre 1901 e 1909). Roosevelt era defensor de reformas progressivas e via a si mesmo como um conservador, acreditava que o verdadeiro conservador deveria ter uma perspectiva de futuro. Propunha, assim, que o Partido Republicano fosse capaz de dialogar com as expectativas das pessoas comuns que constituíam o seu eleitorado, e também capaz de lidar com as demandas políticas que então se apresentavam: a industrialização massiva, a organização da economia em nível nacional, e a ascensão norte-americana como poder mundial. Formulou para si e para a sua administração a postura chamada *conservadorismo radical*, inspirado em Edmund Burke, a quem atribuía a frase: *há um Estado a ser preservado assim como um Estado a ser reformado*⁹⁹.

A oposição de Roosevelt ao devido processo econômico fez com que ele indicasse para a Suprema Corte juízes liberais que apoiassem as suas políticas conservadoras-radicais. Entre os seus indicados, estava Oliver Wendell Holmes Jr.

Data dessa época uma das mais emblemáticas decisões para o estudo do ativismo

⁹⁷ HILLSTROM, Kevin. *The Progressive Era*. Detroit: Lucent, 2009, p. 47-52.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 57.

⁹⁹ GERHARDT, *op. cit.*, p. 589-590.

judicial: o caso *Lochner v. New York*. A partir dele, iniciou-se o período costumeiramente chamado de *era Lochner* (1905-1937), durante o qual a Suprema Corte invalidou diversas leis federais e estaduais reguladoras das condições de trabalho. Em *Lochner v. New York*, o proprietário de uma padaria, Joseph Lochner, reclamou pela inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos empregados padeiros a 10 horas diárias e 60 horas semanais.

O pedido apresentou como fundamento a Cláusula do Devido Processo, prevista na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, segundo a qual *nenhum Estado privará pessoa alguma da sua vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal*. A discussão situou-se entre dois institutos jurídicos opostos: a liberdade individual do cidadão e o poder de polícia da administração pública. Pela maioria de 5 votos a 4, os juízes concluíram pela inconstitucionalidade da limitação da jornada de trabalho dos padeiros em face da liberdade de contratar, não obstante a desigualdade do poder de negociação entre as partes contratantes.

Dois julgadores consignaram opiniões divergentes: John Marshall Harlan e Oliver Wendell Holmes Jr. Este último escreveu o voto dissidente de maior influência na história daquela corte¹⁰⁰, opinando que o caso estava sendo decidido com base numa teoria econômica não acolhida pela maior parte da população, e que a concordância ou discordância dos juízes com essa teoria nada tinha a ver com o direito de a população incorporar as suas opiniões à lei. Acrescentou que a corte, em várias decisões, já havia estabelecido que as leis podiam regular a vida de maneiras que os juízes, enquanto legisladores, considerariam injustas ou mesmo tirânicas; ainda, que não cabia à Constituição personificar uma teoria econômica em particular, seja de paternalismo e relação orgânica do cidadão com o Estado seja de *laissez-faire*, mas sim dirigir-se a pessoas com visões fundamentalmente diversas.

A opinião de Holmes é tida como uma importante crítica ao ativismo judicial e, conquanto reflita uma visão de mundo pragmática ou consequencialista, a defesa da autocontenção judicial feita por Holmes é identificada com uma perspectiva *liberal*¹⁰¹.

A Suprema Corte presidida por Charles Evans Hughes, nos anos de 1930 a 1941, no que se refere à filosofia judicial e aos seus resultados, foi um meio-termo entre a proteção da propriedade privada e a defesa da regulação econômica. Durante os anos 1930, o presidente Franklin D. Roosevelt (mandato presidencial de 1933 a 1945) decretou um conjunto de

¹⁰⁰ STEVENS, John Paul. *Five chiefs: a Supreme Court memoir*. New York: Little, Brown and Company, 2011, p. 25.

¹⁰¹ GERHARDT, *op. cit.* p. 595.

medidas legais voltadas à recuperação econômica do país em face da Grande Depressão. Tratava-se do *New Deal*. De início, a Suprema Corte invalidou essas leis reformadoras.

Em 1937, Roosevelt propôs o chamado *court-packing*, plano pelo qual seriam adicionados novos juízes, à Suprema Corte, que fossem favoráveis ao *New Deal*. A proposta foi rejeitada pelo Congresso, mas logo a seguir as aposentadorias de alguns juízes permitiram que Roosevelt nomeasse integrantes mais jovens e *liberais*. Eram intitulados *liberais* aqueles favoráveis à intervenção econômica estatal. Como resultado, todos os nove integrantes da Suprema Corte, dos quais quatro foram então nomeados por Roosevelt, manifestavam-se contrariamente ao devido processo econômico e comprometiam-se a preservar o *New Deal* em face dos questionamentos constitucionais. Alguns deles, em especial William O. Douglas, eram realistas jurídicos¹⁰².

Um ponto essencial na mudança da postura da Suprema Corte com relação aos temas merecedores de atuação mais ativista foi o caso *United States v. Carolene Products Co.*, de 1938. Mais precisamente, a nota de rodapé escrita pelo *Justice* Harlan Fiske Stone, que se tornou a base para os julgamentos subsequentes de atos processuais legislativos referentes às classificações *suspeitas*, como raça, religião e gênero. A ênfase transferiu-se para a proteção dos direitos e liberdades civis. Eis a nota de rodapé do *justice* Harlan Fiske Stone:

Pode haver uma margem mais estreita para a operação da presunção de constitucionalidade quando a legislação aparenta de plano situar-se dentro de uma proibição constitucional, tal como aquelas das primeiras dez Emendas, as quais são consideradas igualmente específicas quando submetidas à Décima-Quarta Emenda. [...]

Não é necessário considerar agora se a legislação restritiva dos processos políticos que normalmente podem causar a revogação de legislação indesejável deve ser submetida a um exame judicial mais rigoroso, sob as proibições gerais da Décima-Quarta Emenda, do que o é a maioria dos outros tipos de legislação...

Tampouco precisamos investigar se considerações semelhantes entram na revisão de estatutos dirigidas a determinadas minorias religiosas... ou nacionais... ou raciais; [ou] se o preconceito contra minorias discretas e insulares pode ser uma condição especial, que tenda a restringir seriamente a operação desses processos políticos que normalmente são invocados para proteger minorias e que pode exigir uma investigação judicial correspondentemente mais aprofundada...¹⁰³

Entre 1953 e 1969, a Suprema Corte foi presidida pelo *Chief Justice* Earl Warren e nesse período ficou assim conhecida como a Corte Warren. Em 1962, com a aposentadoria de

¹⁰² GERHARDT, *op. cit.* p. 606.

¹⁰³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Caso *United States v. Carolene Products Co.* Disponível em: <<https://usa.usembassy.de/etexts/democrac/34.htm>>. Acesso em: 06 maio 2020.

Felix Frankfurter e a indicação de Arthur Goldberg pelo presidente John F. Kennedy, formou-se uma maioria ativista que estendeu de modo inaudito a aplicação das cláusulas de proteção igualitária e de liberdade de expressão, assim como as garantias processuais penais.

Em 1965, cinco estudantes do Iowa foram às suas escolas usando braçadeiras pretas em protesto contra a Guerra do Vietnã. Por esse motivo, alguns deles foram suspensos das aulas. O caso chegou à Suprema Corte, com o nome abreviado de *Tinker v. Des Moines*. Os juízes entenderam que a restrição à liberdade de expressão nas escolas deveria ter justificativa mais relevante do que o mero desejo de evitar desconforto eventualmente causado pela expressão simbólica do uso de braçadeiras, que não violava os requisitos da disciplina escolar.

No caso *Harper v. Virginia Board of Elections* (1966), a Corte Warren, com base na cláusula da proteção igualitária (*Equal Protection Clause*) estabelecida pela 14ª Emenda, declarou inconstitucional a cobrança de taxas de votação (*poll taxes*). Os julgadores concluíram que a taxa excluía os eleitores afro-americanos, nativos americanos e brancos pobres da participação no processo eleitoral. Decidiram, assim, que o direito ao voto não deveria ser condicionado a qualquer pagamento, por não ter relação com a capacidade financeira dos eleitores. A alteração dos procedimentos eleitorais também se verificou em casos como *Reynolds v. Sims* (1964), no qual a corte decidiu que os distritos eleitorais nos Estados deveriam ser aproximadamente iguais em população, aplicando-se a regra *uma pessoa, um voto*.

A expressão *ativismo judicial* foi apresentada pela primeira vez ao público pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. num artigo da revista *Fortune* de 1947; Schlesinger Jr. traçou o perfil de cada um dos juízes da Suprema Corte norte-americana da época e desvendou as alianças e divisões entre eles, classificando-os entre *ativistas* e adeptos da *autocontenção judicial*. Embora os integrantes daquela corte não questionassem a constitucionalidade do *New Deal*, dividiam-se em duas visões opostas sobre a interpretação da Constituição e o bom funcionamento do Judiciário numa democracia¹⁰⁴.

Para a compreensão dos fatos da realidade aos quais a expressão *ativismo judicial* alude, merece leitura a descrição da divergência existente na Suprema Corte de 1947 feita pelo próprio autor da expressão:

Este conflito pode ser descrito de modos diversos. O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson defende uma política de autocontenção. Um grupo está mais preocupado com o emprego

¹⁰⁴ KMIEC, *op. cit.*, p. 1443.

do poder judicial em prol da sua própria concepção de bem social; o outro, com a ampliação do leque de julgamentos permitidos para os legisladores, mesmo que isso signifique apoiar conclusões que eles condenam em particular. Um grupo considera a Constituição como um instrumento para obter resultados sociais desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros poderes do governo obtenham os resultados que o povo quer, para melhor ou para pior. Em suma, a ala Black-Douglas parece mais preocupada em decidir casos particulares de acordo com as suas próprias preconceções sociais; a ala Frankfurter-Jackson, com preservar o judiciário no seu lugar estabelecido mas limitado dentro do sistema americano¹⁰⁵.

Schlesinger registrou ainda que os juízes da escola Black-Douglas, partidários do ativismo judicial, argumentavam que “as fontes do artifício legal, a ambiguidade dos precedentes e a extensão da doutrina aplicável” eram tão amplas que, havendo divergência de opiniões, um julgador poderia decidir num ou noutro sentido oposto sem desafiar a lógica jurídica. Não haveria, assim, uma resposta *certa*, sendo o julgamento uma questão de escolha política. O juiz ativista não se importava com uma falsa pretensão de objetividade, mas sim com os resultados sociais por eles mesmos almejados. Para eles, o Direito e a Política se confundiam; viam as decisões judiciais como *orientadas a resultados* e adotavam a máxima de Learned Hand de que a Constituição era um *vaso vazio* a ser preenchido praticamente com qualquer conteúdo desejado pelo juiz. Dessa perspectiva, a autocontenção seria uma *fuga da responsabilidade* que a Suprema Corte teria enquanto instituição¹⁰⁶.

Do outro lado, os defensores da autocontenção eram céticos quanto ao senso individual de justiça dos julgadores e entendiam que qualquer desvio do significado fixo das leis era incorreto. Preferiam respeitar a vontade do legislador a promover a supremacia judicial, acreditando assim no processo democrático e na separação dos poderes. Para a escola Frankfurter-Jackson, o Direito não era Política e a Constituição não era um *vaso vazio*, pois continha um significado definido ao qual correspondia uma resposta certa. Para eles, “como pessoas razoáveis podem ter noções muito diferentes de justiça, é injusto e injustificável forçar a visão de alguém sobre os outros”. Fazê-lo levaria a um estado de “despotismo judicial”, uma ameaça ao processo democrático¹⁰⁷.

Kmiec observa que, conquanto Schlesinger tenha contribuído para o debate acadêmico e popular, mostrando algumas características das posições divergentes, absteve-se de oferecer uma definição precisa dos seus termos. Não ficou claro, em seu texto, quais os critérios

¹⁰⁵ SCHLESINGER JR., 1947 apud KMIEC, *op. cit.*, p. 1446-1447.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 1447.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 1447-1448.

objetivos para classificar uma decisão como ativista. Porém, a partir da sua contribuição, os juristas passaram a elaborar definições de *ativismo judicial*¹⁰⁸.

Em 1950, Edward McWhinney, professor de Direito na Universidade de Toronto, escreveu dois artigos sobre o ativismo judicial a partir dos quais o tema recebeu maior interesse no campo acadêmico. No primeiro deles, *The Supreme Court and the dilemma of judicial policy-making*, o *justice* Oliver Wendell Holmes, Jr. é apresentado como a personalidade responsável pela formação das duas alas descritas por Schlesinger.

Para McWhinney, a atuação judicial de Holmes teve duas faces: a) primeira, a do conceito de *autocontenção judicial*, exposta na sua clássica discordância no caso *Lochner v. New York*, como visto acima, equivalente a uma posição mais técnica segundo a qual se deveria presumir a *constitucionalidade* das leis e respeitar a vontade da maioria popular expressa pelo Poder Legislativo; b) segunda, como outro componente da filosofia de Holmes, a tradição do *ativismo judicial*, relacionada à noção de que, em certos temas, especialmente no campo dos direitos civis e políticos, a corte deveria vigiar a legislação que eventualmente ferisse tais direitos, o que correspondia tecnicamente à presunção judicial de *inconstitucionalidade* das referidas leis¹⁰⁹.

Esta última face foi expressa por Holmes, entre outras ocasiões, em seu voto condutor no caso *Schenck v. United States* (1919), no qual ele opinou pela possibilidade constitucional da condenação criminal de militantes socialistas que distribuíram panfletos, durante a I Guerra Mundial, a homens em idade de alistamento militar, incitando-os a resistir à convocação. Holmes concluiu em seu julgamento que a proteção da liberdade de expressão estabelecida na Primeira Emenda não abrangia situações de perigo claro e presente (doutrina do *clear and present danger*). Entendeu-se, neste caso, que os manifestantes estavam a promover obstáculos aos esforços de guerra da nação¹¹⁰.

Permanecia, assim, a ambivalência observada na opinião de Holmes de aspectos filosófico-políticos e aspectos técnicos, como explica McWhinney:

Por um lado, há oposição à Velha Corte por razões políticas, em termos de objeções à políticas particulares que a maioria predominante na Corte está a implementar; este tipo de oposição, porém, necessariamente baseia-se na premissa básica de que a Corte tem o direito (o qual ela deve exercer) de elaborar legislação — a objeção é aqui não ao ativismo judicial em si mas à

¹⁰⁸ KMIEC, *op. cit.*, p. 1449-1450.

¹⁰⁹ MCWHINNEY, Edward. The Supreme Court and the dilemma of judicial policy-making. *Minnesota Law Review*, 1955. Disponível em: <<https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1215>>. Acesso em: 05 mai 2020, p. 837.

¹¹⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Caso *Schenck v. United States*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/249/47>>. Acesso em: 05 maio 2020.

aplicação particular do ativismo judicial (manutenção do *laissez-faire*) realmente sendo feita pela Velha Corte. De outro lado, há uma opinião mais tecnicamente embasada, a qual insiste que a Corte não tem função de interferir na legislatura, seja qual for a natureza dos atos desta — a Corte deveria adotar uma política não intervencionista. Pode ocorrer, nesta conexão, que o Poder Legislativo seja abusivo em ocasiões individuais, mas isto não é argumento contra a sua existência¹¹¹.

Como vimos, a chamada *velha corte*, existente até 1937, persistia em invalidar as leis de regulamentação social e econômica em prol da liberdade contratual alegadamente protegida pelas Emendas Quinta e Décima-Quarta. Ou seja, a *velha corte* tentava manter, pelo seu ativismo judicial, a organização social e econômica dos Estados Unidos baseada no *laissez-faire*. A oposição — que entendia que as medidas governamentais de proteção social eram válidas e deveriam ser mantidas — verbalizava suas críticas à *velha corte* com alusões à separação dos poderes e concepções sobre o papel da Suprema Corte em face da maioria legislativa — o que correspondia à noção holmesiana de *autocontenção judicial*.

3.3 O estabelecimento de costumes constitucionais pelo discurso retórico

O ativismo judicial pode ser definido como um costume constitucional, pois não possui previsão legal e é obedecido menos por razões jurídicas do que por conveniência política. John Stuart Mill, em 1861, já mencionava as “máximas não escritas da Constituição”. Dizia ele que em toda Constituição existe um poder mais forte que dominaria os demais caso o funcionamento habitual da Constituição fosse suspenso e houvesse um “teste de força”. As máximas constitucionais não escritas têm como objetivo manter a predominância daquele poder que dispõe efetivamente de maior força no cenário mais amplo. São as máximas não escritas que revelam quem realmente detém o poder em uma Constituição¹¹².

Os costumes constitucionais são mais característicos dos sistemas jurídicos da *common law*, e são denominados, em inglês, *constitutional conventions* ou *constitutional customs*, e podem ser estabelecidos de diversos modos: a) com frequência são formados a partir de uma série de precedentes que lhes conferem o *status* de uma norma vinculante de comportamento; b) podem surgir de um acordo entre as pessoas envolvidas com determinada prática no sentido de agirem segundo uma norma de conduta em particular; c) podem, ainda, ser formulados com fundamento em um princípio constitucional reconhecido que lhe sirva de justificativa. Porém, os argumentos sobre a existência de um costume constitucional

¹¹¹ MCWHINNEY, Edward. *op. cit.*, p. 838.

¹¹² MILL, John Stuart. *Considerations on Representative Government*. Chicago: Henry Regnery, 1962, p. 92-93.

costumam não ser decisivos, pois os precedentes podem ser interpretados de modos diversos, a crença na vinculação a uma norma pode não ser real e pode não haver uma razão para a aplicação dessa norma¹¹³.

Parafraseando Stuart Mill, segundo o qual as instituições políticas não brotam nem crescem sozinhas mas têm sua existência e funcionamento causadas pela ação humana voluntária, Ivor Jennings sugere que a Constituição também não funciona por si mesma, mas necessita de ser operada pelos homens. “Ela é um instrumento de cooperação nacional, e o espírito de cooperação é tão necessário quanto o instrumento. As convenções constitucionais são regras elaboradas para efetivar essa cooperação.” Jennings comenta, ainda, que os costumes, ao contrário do que ocorre com as leis, não são impostos pelo Judiciário, e que as cortes derivam das leis a sua competência judicativa e, no caso das cortes constitucionais, essas leis têm o mesmo *status* das leis que essas cortes aplicam. No sistema britânico, porém, dificuldades surgem devido à ausência de uma Constituição escrita¹¹⁴.

O aspecto subjetivo no estabelecimento dos costumes constitucionais é relevante, segundo a opinião dos constitucionalistas britânicos. A crença comum entre os atores envolvidos de que eles estejam vinculados por uma norma é a evidência primária da existência de um costume. Ao lado da crença, as razões para a criação de um costume são outro fator determinante, de modo que mesmo um único precedente, desde que conte com uma razão boa o suficiente na avaliação dos atores interessados, é capaz de originar um costume. Uma das possibilidades para o estabelecimento de um costume é que ele se constitua de um fato histórico ou sociológico, identificado nas crenças que os participantes do processo político possuem sobre o que é exigido deles¹¹⁵.

Mais recentemente, passou-se a falar em *ethos* constitucional: o princípio que empodera os cidadãos para florescer em seus projetos de vida ao mesmo tempo em que mantêm os padrões coercitivos do governo que avançam políticas destinadas ao bem da coletividade¹¹⁶. Não se trata, portanto, do mesmo que o costume constitucional, que se compõe, com base na análise das “máximas não escritas” de Stuart Mill, das práticas, seguidas pelos agentes dos poderes constitucionais, reveladoras do agente ou instituição que dispõe de maior poder. Os costumes constitucionais tampouco se confundem com o direito

¹¹³ MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional conventions: the rules and forms of political accountability*. Oxford: Oxford University, 1987, p. 9.

¹¹⁴ JENNINGS, W. Ivor. *The law and the constitution*. London: University of London, 1948, p. 79-130.

¹¹⁵ MARSHALL, *op. cit.*, p. 11-12.

¹¹⁶ TESIS, Alexander. *Constitutional ethos: liberal equality for the common good*. Oxford: Oxford University, 2017, p. 85.

natural, que, como explica Aristóteles na *Retórica*, constitui um princípio comum do que é justo ou injusto que parece ser universal e eterno (1373b).

O ativismo judicial não é nem eterno nem universal, mas também não se constitui de um arranjo espontâneo no relacionamento entre os poderes constitucionais, nem é resultado de elaborações doutrinárias ou teóricas. É resultado, conforme se observa da sua evolução, do processo de politização do judiciário que tem em vista efetivar a prevalência das decisões da Suprema Corte. O ativismo judicial, considerando-se as definições apresentadas na seção 3.1, se estabelece como costume constitucional a partir da iniciativa do juiz ativista, na medida em que os atores envolvidos se convencem da necessidade de obediência às decisões ativistas e as cumprem, ainda que elas signifique o rompimento com precedentes e costumes até então tidos como válidos.

Enquanto nos Estados Unidos, conforme a avaliação de Yacobucci e Hilbert¹¹⁷, a Suprema Corte sofre o processo de politização sob pressão dos membros do Executivo e do Legislativo, no Brasil a iniciativa de politização surge no interior do próprio STF. E aqui o ativismo judicial, confirmando a tese de C. Neal Tate¹¹⁸, é o instrumento pelo qual se promove e se tenta legitimar a invalidação de leis, a inovação legislativa e a interferência de índole política nas ações e programas governamentais, pela via das decisões judiciais, por serem estas um meio mais efetivo de avançar iniciativas políticas que não teriam o mesmo sucesso nos espaços de deliberação majoritária.

Um exemplo disso é o voto do ministro Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus (HC) 124.306. Tratava-se de discutir a ilegalidade da prisão preventiva dos integrantes de uma clínica de aborto, acusados da prática do crime de aborto. O ministro Barroso apresentou matéria estranha ao pedido examinado, aproveitando-se do ensejo para defender a descriminalização do aborto no Brasil. Sem que a matéria fosse suscitada no caso, Barroso defendeu a *inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre*. A Primeira Turma concedeu de ofício a ordem de *habeas corpus*, vindo a publicar jurisprudência com fundamentação claramente política¹¹⁹.

¹¹⁷ YACOBUCCI, Peter; HILBERT, Gregory. Is anyone listening? The politicization of the Judiciary and the loss of authority: an initial assessment. *Journal of political sciences & public affairs*, Buffalo, v. 4, n. 3, p. 217, 2016.

¹¹⁸ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.) *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995, p. 27- 37.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas-corpus* n. 124306. Brasília, 17/03/2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2021.

Esse exemplo serviu para ilustrar o estudo feito por Pereira Júnior, Almeida e Machado sobre a distinção entre a racionalidade jurídica e a política. Mostram esses pesquisadores que, com base no caso descrito, o ativismo judicial não se restringe ao discurso lógico, mas, ao contrário, despreza-o para utilizar palavras com efeito retórico:

Podem ser trazidos à baila, no caso em apreço, alguns elementos que favorecem esse tipo de análise. Primeiro, como já assinalado, o Ministro Barroso ultrapassou o objeto imediato da ação. Segundo: ele advogara pela descriminalização do aborto antes de chegar ao STF. Terceiro: os argumentos que ele apresentava não foram acompanhados do contraditório de uma dialética autêntica entre as opiniões que habitualmente se confrontam nessa matéria. Pelo contrário, ele construiu uma aparente ou pseudo dialética, de caráter basicamente retórico, ao selecionar o que seriam as ideias divergentes das suas, moldadas pelo seu próprio discurso indutor. Vale-se da técnica de “criação do espantalho”, um adversário ficcional, enfraquecido, a quem é fácil de derrotar nesta ilusória oposição. Quarto: nota-se o tom retórico prevalecente, mais próprio de uma dimensão política, pela forma e seleção de argumentos que primam pelo impacto emocional ou estético, de modo a cativar e persuadir o público antes pela aparência ou impressão subjetiva do que pela substância objetiva e consistência jurídica de uma ideia.¹²⁰

Fundamental para a compreensão da politização da justiça é o método, empreendido pelos citados autores brasileiros, de associar os discursos aristotélicos às finalidades sociais do direito e da política, considerando-se que são, ambas, ciências discursivas. Com base na teoria dos quatro discursos de Olavo de Carvalho e analisando a ordenação das disciplinas desde Aristóteles até Mortimer Adler e John Finnis, os professores brasileiros apontam para o perigo que há em *aplicar, no estudo de uma ciência de deliberação, ferramentas de análise apropriadas a outro campo de estudo*, fazendo-se mister a distinção entre os discursos político e jurídico. É comum, a ambos, que os agentes emissores revistam-se de autoridade, pois falam em nome de uma comunidade e suas decisões revestem-se de coercibilidade. Disso resulta um dever de justificação por parte dos agentes, quando ocorre a passagem do argumento de razão prática ao conteúdo de razão técnica.

Após considerações teóricas sobre as espécies de discursos, os autores apresentam o resultado da sua análise do voto do ministro Barroso no Habeas Corpus mencionado, que evidencia a prevalência dos discursos poético e retórico em detrimento dos tipos dialético e lógico, com as seguintes características: a) não há busca de objetividade; b) não há equilíbrio

¹²⁰ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; ALMEIDA, João Lucas de Oliveira; MACHADO, Lucas Silva. Ativismo judicial: o caminho da racionalidade jurídica ao argumento político. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). *Supremos erros: decisões inconstitucionais do STF*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020, p. 163.

de opiniões conflitantes; c) não há imparcialidade quanto aos argumentos do pensamento divergente; d) não há correspondência de conceitos às realidades tratadas; e) há falhas em juízos e silogismos.

Os autores apontam que o ministro Barroso criou uma exceção a um crime previsto no Código Penal, o que seria de competência do Congresso Nacional, e, com essa finalidade, usou inadequadamente o método da interpretação conforme à Constituição; inadequadamente, em primeiro lugar, porque esse método não se aplica à situação legal examinada e, em segundo, porque não há previsão de descriminalização do aborto na Constituição. Ou seja, o ministro criou uma tese da qual ele mesmo será o julgador¹²¹.

Recurso proeminente utilizado pelos autores para a resolução do voto analisado foi a teoria dos quatro discursos, formulada pelo filósofo Olavo de Carvalho, que orienta para a compreensão da unidade do pensamento expresso por um indivíduo a partir das suas próprias intenções e valores em vez de pela objetivação do texto por ele produzido. Assim, “o discurso humano é uma potência única, que se atualiza de quatro maneiras diversas: a poética, a retórica, a dialética e a analítica (lógica)”, sendo que essas quatro espécies discursivas estudam modalidades de uma potência única numa unidade de objeto, o que permite considerá-las como variantes de uma ciência única¹²².

Enquanto, em síntese, o discurso analítico deve partir de premissas evidentes e inquestionáveis, demandando que o ouvinte ou leitor acompanhe um raciocínio lógico munido da ciência da veracidade das premissas, e sendo condicionado pela transmissão de verdades amplas a um público geral ou de verdades específicas a um público especializado, o discurso retórico tem sua credibilidade fundada em motivos psicológicos diversos:

Visa, essencialmente, a persuadir alguém a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa: aprovar ou rejeitar uma lei, mover a guerra ou estabelecer a paz, eger ou derrubar um governante, absolver ou condenar um réu. Todo discurso retórico contém, assim, de maneira mais ou menos explícita, um comando ou um apelo. Ele tenciona que esse apelo seja atendido, esse comando obedecido.

[...]

O discurso retórico, por sua vez, emite sempre uma ordem ou pedido que, mesmo implícito, será sempre concreto e determinado; motivo pelo qual tem de ser de inteligibilidade literal e imediata (isto é, imediatamente referida às circunstâncias práticas que lhe interessam).

[...]

A credibilidade do discurso retórico consiste em sua faculdade de fazer o

¹²¹ *Ibid.*, p. 181.

¹²² CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva: introdução à teoria dos quatro discursos*. Campinas: Vide, 2013, p. 22.

ouvinte querer alguma coisa (ou rejeitar alguma coisa). Este efeito se obtém por uma identificação, ao menos aparente e momentânea, da vontade do ouvinte com a vontade do orador¹²³.

Destaca-se, nos pontos transcritos, que a finalidade do discurso retórico é a persuasão, com vistas a produzir um efeito desejado no receptor; que esse tipo de discurso não se desenvolve por meio de silogismos de premissas tidas como verdadeiras até conclusões de certeza, mas veicula um comando concreto e determinado, facilmente inteligível e referível às circunstâncias práticas; e que a sua recepção pelo ouvinte tende a estabelecer uma identidade de vontades com o orador, com predominância sobre a transmissão de conhecimentos.

Seguindo-se a metodologia proposta por Carvalho, observa-se no estudo do discurso judicial ativista que, além das falhas na fundamentação decisória, também exsurtem desafios para a compreensão dos fenômenos que se manifestam pela confusão entre o jurídico e o político, quando os especialistas que se incumbem de descrever as transformações na definição do jurídico são, eles próprios, agentes da politização. É assim que as explicações dos atuais fatos que constituem o mundo do direito merecem ser analisadas tendo-se em conta o papel que os autores dessas explicações desempenham nos fatos referidos.

No estudo da filosofia política, digno de menção, pela utilidade na intelecção desse tipo de circunstância, é o método do historiador Eduard Meyer (professor de Eric Voegelin), que *tratava as situações históricas do ponto de vista do sujeito engajado na ação*¹²⁴. No ensaio *Sobre a teoria e metodologia da história (Zur Theorie und Methodik der Geschichte)*, publicado em 1902, Meyer discute, a partir das necessidades práticas do trabalho do historiador, a definição da ciência da história em face das disciplinas relacionadas (como a antropologia e a sociologia), a sistematização da ciência da história e a uniformidade das regras e tratamentos constitutivos do método histórico. Considerando que a história é a ciência que investiga e representa narrativamente os acontecimentos que outrora pertenceram ao mundo real, Meyer defende que essa ciência social “nunca poderá afastar-se da infinita diversidade dos indivíduos que está encerrada em tudo o que é real, em tudo aquilo a que chamamos fato”¹²⁵.

Meyer questiona a concepção de história dominada por regras de concatenação absoluta de causa e efeito, e cujo objeto seja exclusivamente as sociedades humanas e as classes econômicas. Sustenta, no lugar dessa concepção, que o historiador não pode ignorar a

¹²³ *Ibid.*, p. 78-81.

¹²⁴ VOEGELIN, Eric. *Autobiographical reflections*. Columbia: University of Missouri, 2011, p. 49.

¹²⁵ MEYER, Eduard. *Zur theorie und methodik der geschichte: geschichtsphilosophische untersuchungen*. Halle: Max Niemeyer, 1902, p. 1.

diversidade dos indivíduos que participam dos fatos reais, e que os momentos puramente individuais, que criam processos na vida real e não se reduzem a fórmulas gerais. Nessa ótica, a deflagração da Segunda Guerra Púnica teve como causa uma decisão de Aníbal, e a Guerra Austro-Prussiana originou-se dos planos de Bismarck.

Portanto, na vida real, consideramos como causa da nossa própria e de todas as outras ações humanas uma vontade que é influenciada por considerações, disposição psíquica e influência alheia, mas que é livre na sua decisão. Porque experimentamos em nós próprios em cada momento que, apesar de toda a dependência de circunstâncias externas, somos livres em cada decisão de vontade, tornamo-nos, a nós próprios e a qualquer outro homem, responsáveis por cada exercício da vontade, e não pela série causal infinita de que falamos anteriormente¹²⁶.

Caso se admita, segundo a concepção histórica de Meyer, o efeito da individualidade no fomento da politização da justiça e dos fenômenos afins, é necessário constatar a vontade individual expressa nos documentos produzidos pelos agentes dos fatos estudados. Como o objeto desta tese é o ativismo judicial nas ações dos ministros do STF, cumpre examinar o conteúdo volitivo especialmente na fundamentação das suas decisões e nas suas publicações doutrinárias. Assim, a identificação da politização da justiça é facilitada pela diferenciação dos tipos de discursos utilizados.

Na ciência da linguística, o subcampo da pragmática estuda a transmissão de significado enquanto dependente do contexto do enunciado, dos conhecimentos pré-existentes sobre as pessoas envolvidas, da intenção informativa (ou significado) da frase e da intenção comunicativa (ou significado) do orador. A detecção do sentido político em um ato comunicativo formalmente descritivo é auxiliada por recursos como o “modelo de *organon*” das três funções de sentido dos fenômenos linguísticos, elaborado pelo psicólogo e linguista alemão Karl Bühler.

Segundo Bühler, na linguagem humana, cada um dos vínculos estabelecidos entre (i) emissor, (ii) receptor e (iii) os objetos e relações acerca dos quais a comunicação ocorre, é baseado em diferentes funções semânticas veiculadoras dos diferentes propósitos discursivos: a) expressão (*Ausdruck*) ou função expressiva (*Ausdrucksfunktion*), pela qual o falante revela algo de si mesmo, da sua interioridade ou personalidade, seus sentimentos e atitudes, como nas frases exclamativas e interjeições: “Que dia bonito!”, “Uau!”, “Oh!”; b) apelo (*Appell*) ou

¹²⁶ *Ibid.*, p. 16.

função apelativa (*Appellfunktion*), pela qual o emissor tenta persuadir o destinatário ou convencê-lo de algo, como na linguagem publicitária e na retórica política; c) representação (*Darstellung*) ou função representativa (*Darstellungsfunktion*), pela qual a linguagem descreve os objetos e os fatos do mundo, como nos textos didáticos, teóricos ou científicos.

As três funções estão sempre presentes nas situações comunicativas, conquanto em cada caso específico sempre predomine uma delas sobre as outras. Bühler alerta que o conteúdo do ato comunicativo não se resume aos objetos e relações nele representados (aquilo de que se fala), pois os agentes do ato comunicativo (emissor e receptor) são, eles próprios, elementos fundamentais desse ato. Assim é que, além de partes daquilo acerca do qual se produz a comunicação, emissor e receptor são também partes do intercâmbio comunicativo, condição essa que delimita o predomínio da função representativa¹²⁷.

As ferramentas apresentadas acima são utilizáveis na análise das diversas manifestações de juízes ativistas, tais como votos proferidos, obras de doutrina e entrevistas à imprensa, de modo a identificar a prevalência da função apelativa sobre a descritiva e do teor retórico sobre o lógico e dialético nos seus discursos. A politização faz-se possível de elucidar mesmo nos textos com estrutura descritiva ou científica, quando se atenta para a distinção entre o discurso do observador científico e o discurso do agente, admitindo-se o emissor do discurso como parte integrante do fenômeno por ele tratado, reconhecendo-se a clave apelativa e os motivos psicológicos tipicamente retóricos no discurso examinado.

A ciência do direito, segundo observam os professores Pereira Júnior, Almeida e Machado, assemelha-se à ciência política por serem ambas caracterizadas pela comunicação e por se expressarem mediante discursos. Além disso, compartilham da natureza moral, uma vez que atuam sobre a pessoa humana na sua liberdade de escolha e ação racionais e volitivas, e se destacam pelo caráter social e coercitivo, já que se baseiam na autoridade.

3.4 O paradoxo fundacional e os quatro fenômenos contemporâneos

O jurista e sociólogo alemão Gunther Teubner (1944) indica quatro observações de contextos muito diferentes que se interconectam pela relação de mão dupla que a pressão social exerce do direito aos outros subsistemas sociais e vice-versa. Essas observações são: a) um direito autônomo feito pelo juiz assume um novo protagonismo também nas relações transnacionais; b) uma lei natural de novo e especial tipo se revitaliza contra o positivismo; c) movimentos de protesto social estão mudando seus destinatários; d) vários setores sociais são

¹²⁷ BÜHLER, Karl. *Teoría del lenguaje*. Madrid: Alianza Universidad, 1985, p. 43-52.

constitucionalizados com padrões disformes e intensidades diferentes. Esses quatro fenômenos separados são ligados reciprocamente entre si pelo problema de como a constituição lida com o seu paradoxo fundacional.¹²⁸

Para Teubner, o ponto de partida para a busca de uma resposta a esse problema é a teoria de Niklas Luhmann sobre a constituição do Estado, segundo a qual o direito, com a ajuda da Constituição do Estado, exterioriza o seu paradoxo original para a política, enquanto a política exterioriza o seu próprio paradoxo original em face do direito.

Sobre o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, à luz da Teoria dos Sistemas de Luhmann, podem ser identificados quatro pilares sobre os quais essa doutrina se fundamenta: (i) funcionalidade dos sistemas; (ii) operação fechada; (iii) cognição aberta e (iv) elevada complexidade social. A funcionalidade dos sistemas consiste na interação entre auto-descrição e operações sistêmicas, que, enquanto nos sistemas moleculares e bioquímicos mostra-se com maior clareza, é menos perceptível nos sistemas noéticos ou *de sentido*. A operação fechada ocorre quando o funcionamento da criação de sentido não admite a capacidade de o ambiente infiltrar ou influenciar a informação gerada pelo sistema em questão. Pela cognição aberta, o sistema tem sustentada a sua comunicação com os demais sistemas, preservando, ainda assim, a integridade do código por ele utilizado. A elevada complexidade social, enfim, o sistema, em face da totalidade dos conhecimentos existentes, é responsável por reduzi-los comunicativamente, preservando-lhes o sentido.¹²⁹

Na teoria de Luhmann, o paradoxo original do direito reside na fundamentação do direito sobre um código binário de certo ou errado/legal ou ilegal, do qual resultam complicações com os paradoxos da auto-referência quando o código é aplicado a si mesmo. Se o sistema legal regula os comportamentos, a questão decisiva é saber se o comportamento está ou não de acordo com a lei. Isto aplica-se mesmo para o comportamento na família e a educação das crianças, o que seria incomum nas sociedades anteriores. Também se aplica àqueles que exercem o poder político. A lei limitar-se-ia a afirmar que é válida e que continuaria válida ainda que os que exercem o poder político a violassem. Quando surgem problemas sobre o que seja legal ou ilegal, o sistema tem autoridade.¹³⁰

O direito, sob o efeito desse paradoxo fundamental, expõe-se: a) à suspeição de arbitrariedade; b) ao enfraquecimento da sua busca por legitimidade; c) à paralisação dos

¹²⁸ TEUBNER, Gunther. Exogene selbstbindung: wie gesellschaftliche teilsysteme ihre gründungsparadoxien externalisieren. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. v. 35, n. 1, 2015, p. 69-89.

¹²⁹ GÖRKE, Alexander; SCHOLL, Armin. Niklas Luhmann's theory of social systems and journalism research. *Journalism Studies*, v.7, n.4, 2006, p. 644-655. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14616700600758066>>. Acesso em: 24 abr. 2023.

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. *Political theory in the welfare state*. Berlin: De Gruyter, 1990, p. 188-190.

processos decisórios. Caso se entenda o direito como fundado na codificação binária do certo/errado, ele se enredará inevitavelmente nos paradoxos da autorreferência. Desta forma, a lei busca sua legitimidade final na política democrática, aliviando-se assim de seu próprio problema paradoxal, e não precisa se preocupar mais com a forma como a política lida com a externalização.

Em contrapartida, a política teve que lutar contra um paradoxo insolúvel internamente, qual seja, a vinculação de uma soberania sem limites. As três rotas de escape assinaladas por Teubner chegam a uma espécie de *trilema de Münchhausen*¹³¹: a circularidade da fundamentação das normas (Herbert Hart), o regresso ao infinito (lei natural religiosa) e a interrupção arbitrária (Hans Kelsen). Para Teubner, a única tentativa bem-sucedida de *desparadoxificação* do direito foi a externalização do paradoxo para a política, por meio da Constituição do Estado. Com esta, o direito encontra a sua legitimação última na democracia política, afastando-se das soluções alcançadas pela política em face dessa externalização.¹³²

A política, por seu turno, precisa enfrentar o seu paradoxo internamente insolúvel, qual seja, o de vincular uma autoridade que, necessariamente, não é vinculada. Trata-se do problema de vincular o poder soberano às regras racionais que são garantidas pelo próprio poder soberano. O paradoxo da política foi amenizado pela sua externalização no sentido do direito, o que veio a ser realizado pela Constituição estatal. Luhmann expõe que, havendo sido, a Constituição, discutida como um problema de soberania, como um problema do poder político supremo, poder-se-ia argumentar que o Judiciário, que pode declarar a inconstitucionalidade das leis, não pretendem ser nem governo nem legislador, e mantém-se no quadro da sua função judicial específica.

Os problemas da soberania foram analisados por Bodin no século XVI, quando já não era entendida como mera independência do imperador e do papa nos assuntos políticos, mas como a unidade do poder estatal dentro das fronteiras territoriais. Os julgamentos sobre questões de religião, moralidade e direito continuaram sendo vistos como arbitrários, mas a arbitrariedade se tornou aceitável como arbitrariedade soberana no Estado. Para Luhmann, permanece então o problema do *quod principi placuit legis habuit vigorem* (o que agrada ao

¹³¹ O trilema de Münchhausen é uma experiência de pensamento formulada por Hans Albert para demonstrar a impossibilidade teórica de provar qualquer verdade, mesmo nos campos da lógica e da matemática, sem apelar para suposições previamente aceitas. O resultado é que apenas há três maneiras de se completar uma prova: a) o raciocínio circular, no qual a prova de alguma proposta é apoiada apenas por essa proposta; b) o raciocínio regressivo, no qual cada prova requer uma prova adicional, *ad infinitum*; c) o raciocínio dogmático, que interrompe arbitrariamente o procedimento em um ponto e dogmatiza a justificativa nesse ponto.

¹³² TEUBNER, *op. cit.*

príncipe tem força de lei), que intima a teoria do Estado para o desafio de retirar a arbitrariedade à arbitrariedade sem restrições que resultem numa nova soberania arbitrária.¹³³

Para Teubner, a Constituição é, também, capaz de *desparadoxificar* a política, por meio dos procedimentos de compartilhamento do poder:

É certo que isto significa uma perda de soberania, pois a política agora se entrelaça em laços jurídicos permanentes. Mas isto é compensado pelo fato de que a vinculação dos atos de poder, através de sua transformação em atos de direito, torna as decisões políticas permanentes e, assim, aumenta seu efeito. Entretanto, a vinculação da política à lei só se torna realmente suportável quando a máquina legislativa, por sua vez, assegura à política uma influência decisiva nos eventos legais. Somente então o acoplamento estrutural do direito e da política pode ser empurrado até agora pela constituição do Estado, a ponto de chegar a uma segunda codificação jurídica contínua da política, de modo que o princípio do Estado de direito seja estendido a todo o evento político e assim trate cada ato de poder como um ato jurídico ao mesmo tempo. É desta reciprocidade completamente simétrica de discriminação textual paradoxal - da política para a lei, da lei para a política - que as constituições estatais ganham seu brilho único¹³⁴.

A temática do enfrentamento do paradoxo fundacional pela Constituição não se limita, contudo, à Constituição estatal. A vida cotidiana passou, nos anos recentes, a ser um elemento significativo nas investigações acadêmicas sobre a organização e administração das sociedades e instituições. Três tendências conduziram a vida cotidiana a uma posição mais fundamental na análise sociopolítica, de acordo com Grahame F. Thompson: a) uma inversão ascendente na abordagem da economia política, com ênfase nas ideias e práticas do dia-a-dia da vida institucional, no lugar do cenário macro e das relações entre as instituições de governo e regulação; b) intimamente ligada à tendência anterior está o afastamento da análise das elaborações teóricas para a descrição das práticas que o articulam o empirismo cotidiano; c) a quebra da distinção nítida entre os domínios público e privado, pois a vida cotidiana, que costumava ser associada ao domínio privado, tende a sujeitar-se, como nunca antes, ao escrutínio público e à abrangência da lei¹³⁵.

A política, que envolve essencialmente as relações entre soberania, território e cidadania, foi afetada pelo processo de globalização, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. Vem-se tornando predominante o conceito de *administração* ou mesmo

¹³³ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University, 2004, p. 408.

¹³⁴ TEUBNER, *op. cit.*

¹³⁵ THOMPSON, Grahame F. The constitutionalisation of everyday life? In: HARTMANN, Eva; KJAER, Poul F. *The evolution of intermediary institutions in Europe: from corporatism to governance*. New York: Palgrave Macmillan, 2015, p. 177-178.

gerencialismo, como modelo global consistente na confiança na aplicação de conceitos e métodos da administração profissional ao governo da sociedade e dos indivíduos:

Durante grande parte do período pós-Segunda Guerra Mundial, poderia argumentar-se que as nossas principais subjetividades políticas eram como cidadãos social-democratas (solidaristas e de espírito comunitário), mas agora estamos todos inscritos como sujeitos neoliberais: exercendo uma "escolha", gerindo os nossos desejos, traçando as nossas carreiras, reequilibrando os nossos investimentos (tanto humanos como financeiros), tudo de acordo com os ditames de "governança administrativa adequada" estabelecidos para nós pela norma administrativa e pelo mercado.¹³⁶

A partir dessa concepção da política, o direito avança mais claramente no interior da vida cotidiana e desempenha a função de aparato administrativo. Assim entendido, o direito não se resume à legislação e à atividade dos tribunais, mas opera entre eles, e consiste nas formas de procedimentos legislativos que têm início na legislação e que são aplicadas pelos tribunais, com o objetivo de ordenar as condutas. À medida que a *sociedade administrada* avança, o direito se torna a posição padrão na governança regulatória.

Teubner enfatiza o tema do constitucionalismo societário transnacional. O desafio fundamental em face do constitucionalismo é o de que, nas sociedades contemporâneas, algumas formações sociais se desenvolvem como grandes sistemas funcionais (por exemplo, a economia, a ciência e a mídia), que formam organizações transnacionais geradoras das suas próprias constituições. O direito passa, com isso, por uma diferenciação interna, que se expressa nas formas alternativas de lidar com o seu paradoxo fundacional. Essa diferenciação se verifica no direito nacional, onde se encontram normas de direito econômico, da ciência e tecnologia, da comunicação social e outros subsetores. Mas a diferenciação interna do direito é promovida com maior força no nível transnacional. Observa Teubner que *os paradoxos originais dessas ordens jurídicas transnacionais são deslocados desde o início para os campos sociais com o qual entraram numa estreita simbiose*¹³⁷.

Após essas considerações sobre o modo como uma constituição enfrenta os seus paradoxos fundacionais, passa-se ao exame dos quatro fenômenos que são, por esse modo, vinculados entre si.

3.4.1 Expansão do direito dos juízes nos contextos transnacionais

¹³⁶ *Ibid.*, p. 188-190.

¹³⁷ TEUBNER, *op. cit.*

Quanto ao primeiro fenômeno, os tribunais transnacionais e outros atores de apelação assumiram uma missão que excede substancialmente as funções decisórias convencionais, e agora cada vez mais invocam direitos para moldar a aplicação da legislação nacional e, sem mandato constitucional claro, para construir uma ordem normativa supranacional. Teubner refere o cientista político Ran Hirschl, segundo quem a nova postura judiciária é provocada por constelações de poder e interesses que favorecem as reivindicações ilegítimas de poder de uma “juristocracia global”. Segundo Hirschl, há poucos anos, tanto em estados nacionais quanto em entidades transnacionais, modificações constitucionais transferiram o poder das instituições representativas para o Judiciário. E, com isso, “a crença de que os direitos afirmados judicialmente são uma força de mudança social libertada dos constrangimentos do poder político alcançou um estatuto quase sagrado nas discussões públicas”. Os tribunais e cortes nacionais e transnacionais tornaram-se organismos de tomada de decisões políticas. A tendência global à juristocracia faz com que raramente alguma controvérsia moral ou política deixe de ser conteúdo de uma decisão final pelo judiciário¹³⁸.

Hirschl nomeia Ronald Dworkin como sendo talvez o mais proeminente proponente dessa visão, pois, para Dworkin, as democracias “maduras” devem proteger-se, por meio da constitucionalização e da revisão judicial, da “tirania da maioria”. A verdadeira democracia, assim, seria a democracia constitucional na qual as minorias dispõem de proteções jurídicas estabelecidas na Constituição escrita, e que devem ser reforçadas pelos juízes. Muitos teóricos sustentam que a convergência mundial para o constitucionalismo decorre da noção, posterior à Segunda Guerra Mundial, de que a democracia deve comprometer-se com direitos básicos e liberdades civis que salvaguardem os indivíduos e grupos vulneráveis da tirania potencial das majorias políticas. Hirschl não questiona o caráter do constitucionalismo ou da revisão judicial em si, mas sim a natureza dos seus resultados substanciais¹³⁹.

O empoderamento do Poder Judiciário é explicado por Hirschl a partir da constitucionalização como uma forma de preservação do interesse próprio. Por um lado, a expansão do poder judicial é uma parte integrante e uma importante manifestação das lutas sociais, políticas e econômicas que moldam um determinado sistema político e não pode ser entendida isoladamente delas; mas, de outro modo, os atores políticos, econômicos e judiciais proeminentes provavelmente favorecerão o estabelecimento de estruturas institucionais que mais os beneficiarão. Assim é que Hirschl conclui:

¹³⁸ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2004, p. 1.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 2-10.

A explicação mais plausível para o fortalecimento judicial voluntário e auto-imposto é, portanto, que os detentores de poder político, econômico e legal que iniciam ou se abstêm de bloquear tais reformas [que realizam a transferência da autoridade decisória das instâncias de decisão de majoritárias para os tribunais], estimam que o Poder Judiciário serve aos seus interesses de se submeterem aos limites impostos pelo aumento da intervenção judicial na esfera política. Em outras palavras, aqueles que estão ansiosos para pagar o preço do Poder Judicial devem assumir que sua posição (absoluta ou relativa) seria melhorada sob uma juristocracia.¹⁴⁰

Uma reconstrução sociológica de dois conceitos centrais da teoria constitucional — poder constituinte e direitos — foi proposta por Christopher Thornhill em seu artigo *A sociology of constituent power: the political code of transnational societal constitutions*, publicado em 2013. Seu argumento é de que os modelos constitucionais clássicos devem ser tomados como pontos de partida para que se compreenda, na dimensão sociológica, as ordens normativas transnacionais. Observa, este autor, que as constituições nacionais estão sendo integradas numa ordem constitucional transnacional, na qual as leis internacionais e transnacionais assumem um estatuto constitucional efetivo. Identifica, ainda, que, nos debates sobre a nova ordem constitucional emergente, sobressai a percepção de um desaparecimento dos princípios do constitucionalismo clássico. As constituições nacionais vêm perdendo sua importância como documentos escritos com fundamento original na vontade popular com hierarquia de normas e atribuição de poderes, e passam a ser restringidas pelas expectativas normativas elaboradas em arenas externas às sociedades nacionais.

Com isso, o direito nacional já não pode ser rastreado até um ponto fundador de regressão, identificado como poder constituinte originário. Em vez disso, passa a ser derivado de cartas internacionais, convenções, tratados, e, acima de tudo, tribunais com autoridade para fazer cumprir acordos internacionais relativos a direitos. A origem das leis vinculantes passa a ser a própria lei, e a antinomia constitucional clássica entre poder constituinte e poder constituído foi eliminada. Exemplos de poder constituído (em particular, os atores judiciais) constroem rotineiramente normas constitucionais e, assim, exercem o poder constituinte de fato, e os tribunais, referindo-se para a sua autoridade a normas mais elevadas de direitos, tornam-se os principais portadores do poder legislativo¹⁴¹.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴¹ THORNHILL, Christopher. A sociology of constituent power: the political code of transnational societal constitutions. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2013, p. 551-604.

3.4.2 Retorno expressivo da lei natural

Conectado a esses paradoxos encontra-se o direito natural, que se extrai dos princípios racionais dos subsistemas sociais para elevar-se ao estatuto de normas constitucionais na aplicação do direito judicial. Inúmeras fórmulas de racionalidade social só poderiam tornar-se disposições legais vigentes quando explicitamente ordenadas pelo legislador. Na prática jurídica, porém, tais fórmulas emanadas dos vários sistemas sociais fluem constantemente e são transformadas em princípios jurídicos pela lei dos juízes, para, depois, serem colocadas em prática como normas jurídicas concretas.

O atual caráter problemático da lei natural, na concepção de Teubner, explica-se pelo fato de que não é o sistema legal, mas sim o sistema político, que decidiu em longos conflitos de reflexão sobre certos princípios básicos da política. De acordo com Luhmann, a lei natural sempre foi usada para fazer desaparecer os paradoxos da autorreferência do código legal. Mas Teubner alerta para o contraste entre a lei natural de origem religiosa, racionalista ou política, e a hodierna lei natural que se poderia chamar sociológica. Esta última reconstrói as racionalidades dos subsistemas sociais no sistema jurídico e os torna obrigatórios através de acoplamentos estruturais das constituições sociais. E isto, sem que a lei se preocupe se o legislador democraticamente legitimado a ordena ou não¹⁴².

Merecem destaques três autores recentes e suas teorias da lei natural: a) John Finnis, o qual distingue uma série de bens fundamentais igualmente valiosos: vida, saúde, conhecimento, jogo, amizade, religião, e experiência estética. Cada um destes bens, segundo Finnis, possui valor próprio e não como meio para a aquisição de outro bem, apenas por algum outro bem que possa ajudar a realizar. Os princípios da razoabilidade prática fornecem uma estrutura ética à busca destes bens, permitindo a escolha racional entre bens concorrentes e um modo racional para a realização desses bens pelos indivíduos. O direito consubstancia-se no “conjunto de regras e instituições a serem dirigidas para a resolução razoável de qualquer problema de coordenação da comunidade; b) Lon Fuller, que subordina o direito a uma moralidade procedimental”. A ação humana é primariamente intencional, pois as pessoas aderem a determinadas atividades com vistas a alcançar um fim. Essas atividades somente podem ser compreendidas com referência aos fins por elas visados. O papel essencial do direito é, assim, “alcançar a ordem através da sujeição da conduta das pessoas à orientação de regras gerais através das quais elas próprias podem orientar o seu comportamento”; c) Ronald

¹⁴² TEUBNER, *op. cit.*

Dworkin, cuja teoria pode ser compreendida como uma resposta ao positivismo legal, propõe a existência de padrões jurídicos cuja autoridade não pode ser explicada em termos de promulgação pelo legislador. Os julgadores, diante dos chamados *hard cases*, podem invocar princípios cuja autoridade jurídica emana do seu próprio conteúdo, na medida em que se fundam na equidade que conduz à melhor justificação das práticas jurídicas de uma sociedade¹⁴³.

3.4.3 Mudança no direcionamento dos movimentos sociais

Organizando-se em reação à *desparadoxificação* do direito, os movimentos de protesto social estão mudando os seus destinatários. Dirigem-se, agora, às corporações transnacionais ou outras instituições sociais, e não mais às autoridades estatais como alvos de seus protestos. Nas palavras de Teubner:

Os movimentos de protesto mudam a direção de seus ataques sempre que o sistema legal envolve legislação política apenas para sua legitimação formal e se transforma em contrato, organização formal e padronização. Os movimentos de protesto exercem pressão social sobre os pontos em que acreditam detectar as causas do desenvolvimento social distorcido e, mais ainda, as chances reais de provocar mudanças. Isto explica porque os movimentos de protesto estão percebendo um potencial mais forte para uma repolitização, uma re-regionalização e uma re-individualização dos processos de elaboração de leis, que não estão mais concentrados no sistema político, mas podem ser encontrados em vários subsetores sociais diferentes¹⁴⁴.

Para alguns autores, ocorre uma nova espécie de lutas políticas, nas quais o poder constituinte constitucional já não se encontra nas instituições estatais, mas nos movimentos sociais, nas ONGs, nas multidões e nos segmentos transnacionais do público. Contudo, o poder constituinte a que esses autores se referem forma-se a partir de processos heterogêneos e fragmentados, que abdicam da noção tradicional de que a Constituição provê as energias coletivas de uma sociedade unitária por ela abrangida, e incorporam-se à ideia de uma multiplicidade compartimentada de energias, forças e potenciais sociais. O direito, então, passa a buscar a sua legitimação nas constituições setoriais, as quais, por sua vez, também necessitam de encontrar as suas próprias legitimações por meio da ordem pública

¹⁴³ HIMMA, Kenneth Einar. Natural Law. *Internet Encyclopaedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://iep.utm.edu/natlaw>> Acesso em: 10 out. 2021.

¹⁴⁴ TEUBNER, *op. cit.*

transnacional, e que derivam dos potenciais comunicativos envolvidos nos diversos meios de comunicação especializados¹⁴⁵.

Tully considera os poderes constituintes como aqueles poderes dos seres humanos para, individual e coletivamente, governar a si mesmos. Abstraem-se, os poderes constituintes, de qualquer forma específica que venham a assumir para serem exercidos. São exemplos: o povo, a nação, a democracia representativa, a democracia participativa, a revolução e assim por diante. Define-se, desse modo, o poder constituinte como uma capacidade ou potencialidade, antes de assumir uma forma concreta, o que já está contido na noção moderna de soberania popular, e que a condiciona. E estima como acertada a visão esposada por Heidegger, Bourdieu, Charles Taylor e Lon Fuller, de que os sistemas modernos de direito formal e de poder constituinte abstrato estão na verdade fundamentados em práticas cotidianas e auto-evidentes de costumes e hábitos transponíveis¹⁴⁶.

Hardt e Negri apostam no conceito de multidão para organizar politicamente o projeto de êxodo e libertação. Para esses autores, nas atuais circunstâncias biopolíticas, as formas organizacionais tradicionais baseadas na unidade, liderança central e hierarquia não são nem desejáveis nem eficientes. Referem-se aos estudos de filosofia, linguística e meios de comunicação social, realizados por Paolo Virno, um dos autores que desenvolveu significativamente o conceito de multidão, e para o qual a política da multidão é profundamente ambivalente, pois impulsionada, em medida aproximadamente igualitária, pela solidariedade e pela agressividade sociais. Destacam o conceito de *êxodo*, elaborado por Virno, segundo o qual as experiências pessoais de emoção são entendidas como um ato de resistência ao poder estabelecido e ao *status quo*¹⁴⁷.

As críticas e objeções que Hardt e Negri encontram, nos estudos mais recentes, estão agrupadas em torno de dois problemas fundamentais: a) o potencial da multidão para agir coerentemente politicamente; b) se essa ação pode ser caracterizada como progressiva ou emancipatória. O primeiro problema questiona se, tendo em conta a pluralidade radical da sociedade, composta de uma multiplicidade de singularidades irreduzíveis, essas singularidades podem agir politicamente em conjunto, e de que modo podem fazê-lo. Neste ponto, os autores evocam o debate entre Pierre Macherey e Ernesto Laclau. Macherey, partindo do pressuposto de que a política exige a capacidade de tomar decisões em nível

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ TULLY, James. The imperialism of modern constitutional democracy. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Ed.). *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*. Oxford: Oxford University, 2007, p. 319-320.

¹⁴⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Common wealth: das ende des eigentums*. Frankfurt: Campus, 2011, p. 179.

social, propõe a necessidade da intervenção de uma entidade política que, embora mantendo a estrutura rizomática¹⁴⁸ da multidão, deve ela mesma ser coletiva e rejeitar qualquer forma de ordem vertical, permanecendo assim fiel a seu destino imanente, que exige que ela se desdobre em horizontalidade. Mas a diversidade da multidão permanece ainda como um obstáculo ou desafio político, porque ele assume que agir como um corpo político e tomar decisões requer unidade, e a contradição do seu projeto político mostra-se inevitável.

Ernesto Laclau também vê a imanência e a pluralidade da multidão como um obstáculo ao seu empoderamento para a política. Mas propõe, à sua vez, que as singularidades se engajem em um processo de articulação em nível de imanência, a fim de definir e estruturar as relações políticas entre si. Para que a articulação surja, deve surgir uma força hegemônica orientadora que, representando a pluralidade de singularidades como unidade, e elevada do nível de imanência, seja capaz de direcionar o processo e proporcionar às singularidades como um todo um ponto de referência e identificação, transformando, assim, a multidão em um povo capaz de ação política e de tomada de decisões por causa de sua unidade. A multidão é, portanto, na visão de Laclau, uma figura no caminho da política, mas não ainda uma figura política¹⁴⁹.

Quanto ao problema de qual direção a ação política da multidão pode seguir, Hardt e Negri referem-se a Paolo Virno, o qual alerta para a ambivalência do “estado da natureza” caracterizado pela produção biopolítica, na qual a multidão é, simultaneamente, alvo e instrumento da relação de poder. As novas e poderosas ferramentas na posse da multidão, tais como os meios linguísticos e comunicativos, as afetações, os conhecimentos etc., podem ser utilizadas para fins antagônicos entre si. Virno adverte que qualquer discussão sobre os potenciais políticos positivos da multidão deve ser acompanhada de um olhar sóbrio sobre os negativos. Žižek levanta a acusação de que a multidão, mesmo onde supostamente combate o capitalismo, na realidade apenas imita e fortalece o seu poder, e afirma que os antagonismos e alternativas aparentes que o capital cria dentro de si mesmo acabam por estabilizar o sistema. A multiplicidade da multidão e suas estruturas horizontais de rede apenas refletem a diversidade exuberante produzida pelo capital no reino do consumo em massa. Com isso, mesmo onde a ação da multidão aparece como resistência, ela inevitavelmente reproduz as regras de dominação do capital¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Rizoma é um conceito derivado da biologia e empregado por Deleuze para sugerir a forma de organização polimorfa, horizontal, sem uma direção definida, semelhante a um sistema de caules horizontais.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 181.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 182.

3.4.4 Diferença de *status* dos vários tipos de constituição

Além das constituições estatais, cujo domínio e mesmo monopólio mostra-se evidente, Teubner aponta para a existência de outras constituições entendidas não no sentido estrito dessa palavra, mas que agem como poderes constituintes em relação aos subsistemas sociais a que se referem. Tem-se, assim, a constituição da economia, a constituição da mídia, a constituição da ciência etc.

Teubner indica alguns autores para uma análise mais detalhada constituições parciais da sociedade, entre eles Thomas Vesting:

A textura anônima da constituição é revelada apenas através de interpretação repetida. Se considerarmos a Constituição impressa nacional como um livro inacabado que produz constantemente "outros livros" dentro de seu contexto referencial ilimitado, torna-se possível derivar significado da divisão contínua da Constituição em várias subconstituições sem ter que abandonar sua reivindicação de unidade. A constituição possui um único *nomos*, mas que gera constantemente novas narrativas. De fato, é somente em virtude do fato de que a partir de um certo ponto de sua história a constituição impressa começou a permitir uma pluralidade de interpretações e a diferenciação concomitante de várias subconstituições que ela é capaz de continuar a contribuir para a produção e reprodução de "textos culturais" que "possuem uma força especial de vinculação, tanto normativa quanto formativa, para o conjunto de uma sociedade"¹⁵¹.

Grahame Thompson, outro autor citado por Teubner, questiona se há uma constitucionalização da vida cotidiana. A vida cotidiana, com os seus mecanismos concretos e seu imaginário, oferece para a sociologia uma perspectiva alternativa para a compreensão das instituições e suas configurações. Thompson responde que a vida cotidiana é plena de *idas e vindas constitucionalizadas* e cotidianamente nos encontramos com organizações e instituições que administram a nossa vida diária e são, elas mesmas, *mini-ordens constitucionais*. Nas palavras de Thompson:

A sociedade administrativa e a lei se conectam à constitucionalidade através da proliferação das formas organizacionais que permeiam nossa modernidade. Vivemos em um período de proliferação de organizações: tudo tem que ter um caráter ou momento organizacional, e precisa haver uma política sobre tudo o que está associado a essa organização. Para iniciar a discussão, tomo como ponto de partida o uso que Gunther Teubner fez da estrutura de ação comunicativa do sistema e subsistema de Niklas Luhmann para caracterizar a constitucionalização da esfera social. Para eles, isto resulta em uma proliferação de ordens constitucionais (Teubner, 2012).

¹⁵¹ VESTING, Thomas. *Legal theory and the media of law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018, p. 478-479.

Luhmann vê a força motriz da modernidade como uma crescente fragmentação social e diferenciação social. O resultado é uma proliferação de organizações sociais (sistemas e subsistemas autônomos), cada qual com sua própria "constituição". Assim, o processo de constitucionalização explode sob estas circunstâncias (Fischer-Lescano & Teubner, 2004). E as constituições neste quadro não têm nenhum poder constituinte "fora" ou "antes" do poder constituído, como nas discussões clássicas de constitucionalização (onde o "povo" pré-cidadão em algum sentido delibera em uma convenção e estabelece uma ordem constitucional através de uma forma de contratação social). Ao contrário, eles se baseiam em mecanismos constitucionalizados já existentes (tratados e estatutos incorporados, direitos humanos, empréstimos judiciais, redes de contatos e referências jurídicas, etc., ou seja, instrumentos jurídicos, normas e práticas já codificadas). Os atores que fazem a constituição já possuem poderes constituídos (Thornhill, 2012)¹⁵².

Enquanto, para Habermas, a juridificação contemporânea é uma consequência desenfreada da razão instrumental, que se prolifera em cada canto da vida social e para além da contenção, a constitucionalização como exposta por Thompson oferece um limite legal para a ação da razão instrumental, invocando a "neutralidade da lei" e oferecendo um espaço unificado para a ordenação da paz social. A constitucionalidade se torna, então, o principal aspecto da reprodução da vida cotidiana¹⁵³.

O quarto fenômeno marcante descrito por Teubner é, assim, o status constitucional muito diferente de vários tipos de constituição, de modo que alguns subsistemas adquirirem maior relevância. Essa diversidade na intensidade da constitucionalização dos subsistemas sociais pode ser explicada pelas diferenças entre os vários modos de desparadoxificação¹⁵⁴.

¹⁵² THOMPSON, *op. cit.*, p. 177-197.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 195.

¹⁵⁴ TEUBNER, *op. cit.*

4 A AMEAÇA DA IMPREGNAÇÃO IDEOLÓGICA NO JUDICIÁRIO

4.1 A politização da justiça e o ativismo judicial como decisão política

Nesta seção, tratarei da submissão do Estado à lei como um dos conteúdos primários da ordenação constitucional moderna, que visa a elidir a parcialidade e o arbítrio e que se sustenta no sentimento jurídico dos cidadãos e na administração da justiça, segundo a filosofia do direito de Rudolf von Jhering. Mencionarei a discussão ocorrida entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre o risco de politização da justiça a partir da definição de um órgão ou instituição responsável pela defesa da Constituição no início do século XX. Apresentarei algumas reflexões recentes sobre o tema, com destaque para a distinção geral entre o político e o jurídico, com base no ensinamento de Alfredo Cruz Prados, e a eliminação dessa diferenciação pelo ativismo judicial. Questionarei o argumento do ministro Luís Roberto Barroso de que a judicialização da política seja “um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário”, e contrapor-lhe-ei estudos que mostram que são, em vez disso, as preferências políticas dos juízes que determinam o ativismo judicial, o qual transforma a Suprema Corte num um “painel de instrumentos” para políticos e seus partidos.

Como visto nos capítulos anteriores, o exame mais abrangente do fenômeno do ativismo judicial pressupõe uma tomada de perspectiva que permita observar para além das demarcações tipicamente jurídicas. Por um lado, afigura-se simplificação exagerada pretender que o estudo de um costume constitucional limite-se às razões, definições e condições que são peculiares à Ciência do Direito, e abstenha-se de vinculações com a cultura e com as disputas pelo domínio de práticas, crenças e valores no meio social; por outro lado, as atuais práticas dos agentes do poder estatal demandam a superação da concepção clássica de que o direito vigente seja a expressão das convicções de um povo, assim como o seriam a sua linguagem e os seus costumes.

Não há dúvidas de que a sujeição do Estado à lei é um dos significados originais da constituição política. Juristas clássicos, como Rudolf von Jhering, propugnam que a ordem jurídica consubstancia-se na soberania do direito e da lei, sob a qual, pelo caráter bilateral da obrigatoriedade, o próprio Estado se inclina diante das normas que ele mesmo criou. Com isso, “o arbítrio dá lugar à uniformidade, à certeza e à visibilidade da lei”¹⁵⁵.

Duas garantias são, porém, exigidas para a submissão do Estado ao direito: a) a

¹⁵⁵ JHERING, Rudolf von. *Evolução do direito*. Salvador: Progresso, 1950, p. 293.

garantia interna, que se constitui no sentimento jurídico: “o sentimento de ordem não pode manifestar-se por parte do servo se é o próprio amo quem, de fato, torna a ordem impossível”; a observância das leis, pelo Estado, infunde nos cidadãos o respeito pelas regras obrigatórias de convivência social definidas nas leis, assim como o sentimento do belo se desenvolve pela representação objetiva da beleza; caso o próprio Estado proceda com desprezo pelo direito, infirmo a validade das suas normas e gerando insegurança jurídica, o sentimento do direito entre os cidadãos enfraquecer-se-á; b) a garantia externa, materializada na administração da justiça, e caracterizada pela realização *exclusiva* do direito, com a determinação de que as autoridades judiciárias atendam a nada mais que o direito, sendo-lhes estranha a ideia de livre oportunidade¹⁵⁶.

O sistema da separação dos poderes implica a distinção entre as funções judiciárias e as funções administrativas, com o exercício das competências respectivas de acordo com os princípios específicos: à administração da justiça cabe realizar exclusivamente o direito, enquanto às autoridades administrativas, ao lado da aplicação do direito, é concedida uma margem de oportunidade ou liberdade na prática dos atos públicos¹⁵⁷. E a organização do Estado, com a sua divisão de poderes, determinação de competências e limites das atividades estatais, é ditame da Constituição ou Lei Fundamental do Estado.

No início do século XX, o problema da definição de um órgão ou instituição responsável pela defesa da Constituição foi objeto do célebre debate entre os juristas Carl Schmitt e Hans Kelsen. O primeiro defendia um controle político da constitucionalidade das leis, a cargo do chefe do Poder Executivo, enquanto o segundo propugnava uma justiça constitucional incumbida do controle concentrado de constitucionalidade¹⁵⁸. Schmitt questionava a viabilidade de organizar-se dentro da esfera judiciária uma instituição especial com a finalidade de garantir a Constituição, entendendo que, apesar da comodidade de atribuir-se ao Judiciário a solução de todos os conflitos políticos, a expansão judicial sobre essas matérias acarretaria somente prejuízos ao Judiciário. A consequência seria não uma judicialização da política, mas uma politização da justiça¹⁵⁹.

No Brasil, mais recentemente, a defesa da politização emergiu de juristas como Dalmo de Abreu Dallari, o qual sugere que os juízes devem “assumir a politicidade”. Na sua opinião,

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 307-314.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 313.

¹⁵⁸ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim; BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 1: 317-333, jan./jun. 2019.

¹⁵⁹ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 57.

os juízes exercem atividade política enquanto integrantes do aparato de poder do Estado e na função de aplicadores das normas de direito. Mas além disso, e mesmo antes disso, os juízes são cidadãos que exercem o direito de votar. Essa condição deve ser levada em consideração quando se analisa a politicidade das decisões judiciais.

Não há como pretender que o juiz, fazendo uma escolha política no momento de votar, fique indiferente ao resultado da votação. Ele deve querer, como é óbvio, que sejam vencedores o candidato e o partido de sua preferência, aqueles que, segundo sua avaliação política, são os mais convenientes para representar o povo, por defenderem, quanto aos direitos fundamentais, as ideias mais compatíveis com a justiça. Quem lembrar esse ponto e considerá-lo objetivamente deverá reconhecer, forçosamente, que o juiz participa das disputas políticas e é, inevitavelmente, influenciado por tal circunstância¹⁶⁰.

Dallari de início defende que os juízes devem ser apartidários, não apenas ao abster-se de ter ligações formais com partidos políticos, mas ainda evitando que suas preferências partidárias e eleitorais, ou suas convicções políticas, influenciem as suas decisões. Mas a seguir admite que não se pode exigir dos juízes neutralidade em relação às disputas políticas da sociedade, pois a admissão de uma preferência política não prejudica a imparcialidade no exercício das funções judicantes. Por tal motivo, defende ser correto que os juízes assumam as suas preferências político-eleitorais em vez de fingir uma neutralidade inexistente que, na verdade, seria uma indiferença quanto aos rumos políticos do País¹⁶¹.

Mostrar-se-ia necessária, então, uma “mudança de mentalidade” com vistas a superar o legalismo. Seria esse o ponto inicial de uma reforma do Judiciário. O objetivo seria aproximar mais a prática dos juízes da noção popular do Judiciário como sendo “a justiça”, considerando-se que a legalidade expressa mais um formalismo e uma abstração “fora da realidade” do que uma preocupação com a justiça. Dallari observa que as decisões judiciais recheadas de citações eruditas e vocabulário pomposo, e com foco excessivo nas formalidades processuais, não vêm ao encontro dos anseios da população que depende dos provimentos judiciais. Serpenteando em meio aos formalismos, muitas vezes a decisão favorável chega tarde, quando o beneficiário já abriu mão dos seus direitos, “arrastados pelas circunstâncias da vida e da morte”¹⁶².

Outro fator evocado por Dallari para embasar sua tese em favor da assunção da politicidade é a socialidade do direito. A associação inelutável entre direito e a sociedade vem

¹⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 85.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 86-87.

¹⁶² *Ibid.*, p. 80.

registrada no antigo provérbio latino *ubi ius ibi societas, ubi societas ibi jus*; o direito é sociável, existe no interior da sociedade e tal circunstância informa o seu caráter político. Integra a natureza humana a vocação para associar-se, para cooperar com seus semelhantes, para estabelecer vínculos e compor uma sociedade. Mesmo os direitos individuais somente são concebíveis caso exista uma sociedade para resguardá-los. A socialidade é, então, fator de solidariedade mas também de conflitos, e o juiz, devido à sua condição humana, é influenciado pelas circunstâncias sociais ao aplicar o direito¹⁶³.

Perceba-se que essa idealização de aproximar os juízes da noção popular de justiça favorece a aproximação entre a justiça no sentido técnico e institucional e a chamada *justiça social*, com o que se abre o caminho para a impregnação de métodos ideológicos e utópicos de análise. O marxismo, como se verá na seção 4.4, é um exemplo de apropriação da aplicação judiciária do direito que objetiva avançar transformações sociais pela teoria da base e superestrutura.

Dallari conclui citando o jurista argentino Roberto Dromi, que assim sintetiza a proposta de que os juízes devem assumir a politicidade: “A *neutralidade jurídica* é uma quimera. Todo direito, por sua própria condição, está inspirado numa ideologia política, à qual serve, como ferramenta jurídica do sistema”¹⁶⁴.

Recentemente, o predomínio de decisões políticas nos julgados da Suprema Corte norte-americana provocou a sugestão crítica dos professores de direito Frederick Schauer e Lawrence Solum de que, se as decisões nessa instância máxima são proferidas eminentemente com base em critérios políticos, os requisitos para seleção dos ministros integrantes da Suprema Corte prescindiriam do notável saber jurídico; talvez não haveria necessidade sequer de serem eles formados na área jurídica, uma vez que as habilidades e conhecimento, hoje identificáveis como sendo as de um ministro da Suprema Corte, não são ensinadas nas faculdades de direito¹⁶⁵.

As palavras de Solum ilustram essa situação com clareza:

A politização gera mediocridade judicial. Se os juízes são seleccionados pela sua lealdade a uma agenda ideológica, então não estão a ser seleccionados pela sua fidelidade ao Estado de direito, pela sua aprendizagem da lei, pela sua sabedoria prática, ou pela sua integridade judicial. Muito pelo contrário, os juízes que são instruídos, inteligentes, sábios e independentes são

¹⁶³ *Ibid.*, p. 92-93.

¹⁶⁴ DROMI, Roberto. *El poder judicial*. Tucumán: Unsta, 1982. *Apud*: DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 94.

¹⁶⁵ SOLUM, Lawrence B. *The virtues and vices of a judge: an aristotelian guide to judicial selection*. 1988. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1956>> Acesso em: 06 nov. 2022.

altamente improváveis de serem previsíveis no concurso para o controle do poder judicial. Isto não quer dizer que a politização torne todas as capacidades irrelevantes. O juiz politizado mais eficaz pode precisar de habilidade retórica, a capacidade do sofista para fazer com que o melhor caso pareça o pior, para racionalizar o desvio das regras, e para mascarar com sucesso a inconsistência. Mas estas capacidades são piores do que a mera mediocridade - a versão maquiavélica das 'virtudes' judiciais não são verdadeiras excelências; pelo contrário, elas são os facilitadores do pior tipo de vícios judiciais - a perversão da justiça e a degradação do Estado de direito.¹⁶⁶

Já o professor de filosofia política Alfredo Cruz Prados, da Universidade de Navarra, defende a necessidade de uma clara distinção entre o político e o jurídico, mesmo que se admita a interdependência entre as duas esferas. Para ele, a juridificação da vida social, provocada pelo liberalismo, com o tratamento da realidade política como se todo o seu conteúdo consistisse de direitos, subtrai aos direitos qualquer justificação racional possível e conduz ao entendimento de que os direitos estariam acima da necessidade de justificação pública. A tentativa de racionalização jurídica do político é um modo de pensar que resume toda ordem comum ao jurídico, como se as noções de ordem, racionalidade e estabilidade pertencessem ao campo do direito e as noções de arbítrio, capricho e instabilidade fossem próprias da esfera política. A tentativa de racionalização jurídica do político, por fim, convola-se em despolitização, pois o político é condição de racionalidade do jurídico¹⁶⁷.

A distinção sugerida por Prados funda-se na diferença entre o comum e o próprio:

Toda ordem política inclui uma ordem jurídica, embora não se identifique com essa nem se reduza a ela. A ordem política é a ordem do habitar em comum, que supõe compartilhar bens comuns, seja como públicos, seja como privados. [...] Em geral, o político é aquilo que se refere à definição da *polis* como forma ou medida do habitar em comum; e, de maneira mais direta e restrita, o político é aquilo que se refere à definição da *polis* como *res publica*, como bem ou conjunto de bens compartilhados publicamente. O jurídico pode ser definido como que se refere à determinação do próprio de cada indivíduo, do direito ou o seu de cada um: do *suum ius*. A ordem jurídica é a ordem ou a medida do próprio, que se estabelece no seio de uma ordem do comum. É a ordem do que corresponde como próprio a quem compartilha de uma ordem política. O direito é o que a cada um corresponde, como seu ou próprio, a respeito do comum¹⁶⁸.

¹⁶⁶ SOLUM, Lawrence B. Virtue jurisprudence: towards an aretaic theory of law. In: Huppes-Cluysenaer, Liesbeth; COELHO, Nuno M. M. S. (ed.). *Aristotle and the philosophy of law: theory, practice and justice*. Dordrecht: Springer, 2013, p. 3-4.

¹⁶⁷ PRADOS, Alfredo Cruz. *Ethos y polis: bases para una reconstrucción de la filosofía política*. Barañain: Eunsa, 2006, p. 327.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 329.

A concepção clássica da ordem jurídica e a distinção geral entre o político e o jurídico perdem-se com o ativismo judicial, a judicialização da política e a politização da justiça, três fenômenos relacionados entre si. Constituem, esses fenômenos, padrões de comportamento judiciário representativos da mesma tendência de extrapolação, pelo Poder Judiciário, dos limites da realização exclusiva do direito para avançar na formulação das políticas públicas e mesmo na elaboração das normas jurídicas constituídas por decisões ativistas. Na configuração atual, a autoridade de aplicação da justiça desnatura-se em órgão de produção política. Questões de justiça e questões de política confundem-se indevidamente.

Para o ministro Luís Roberto Barroso, a judicialização é a “possibilidade de ingressar em juízo para debater qualquer direito ou pretensão”. Mais ainda, a judicialização da política consiste numa *transferência de poder* do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, pela qual este decide, em caráter final, questões relevantes que seriam tradicionalmente determinadas por aqueles¹⁶⁹. A judicialização constitui, segundo Barroso, “um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário”, podendo ou não ser ativista o modo como juízes e tribunais venham a exercer a sua competência nessas questões¹⁷⁰. Ver-se-á, a seguir, que essa transferência de poder não é tão espontânea e alheia à vontade política dos juízes ativistas quanto argumenta o ministro.

Alguns efeitos indesejados da judicialização da política são admitidos por Barroso:

A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes¹⁷¹.

Enumeram-se os inconvenientes registrados por Barroso: (i) elitização do debate e exclusão dos leigos; (ii) risco de apatia nas forças sociais; (iii) excessiva politização dos

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24 e 135.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 234.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 236.

tribunais; (iv) exposição dos juízes na mídia com discursos mais políticos do que jurídicos. Dos itens iii e iv, Barroso indica como exemplos as discussões no STF relacionadas ao processo de extradição do terrorista italiano Cesare Battisti, e o “bate-boca” entre ministros, veiculado pela imprensa, sobre a relação entre o Judiciário, a mídia e a sociedade¹⁷².

Em face desse elenco de consequências reconhecidamente prejudiciais à democracia, causa estranhamento a argumentação de que o ativismo judicial seja “uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente”, uma vez que o autor, mais adiante na mesma obra, reputa que a Constituição hoje vigente no Brasil é um “sucesso institucional” e “o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito”¹⁷³.

Enquanto, para Barroso, a judicialização da política é um “fato inelutável” do qual decorre a possibilidade do exercício ativista das funções jurisdicionais, ou “uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente”, outros autores esclarecem que o ativismo judicial é anterior à judicialização da política e a determina: ele é uma predisposição dos magistrados a “judicializar”, a promover ou restringir políticas públicas pelos meios judiciais ao seu alcance. Assim é que C. Neal Tate observa que juízes ativistas tendem a utilizar-se das suas decisões para difundir os valores políticos que lhes são caros. Porém, caso esses valores sejam os mesmos defendidos pelo Legislativo ou Executivo, os juízes ativistas sentir-se-ão menos incentivados a judicializar as políticas promovidas por esses poderes.

Por judicialização, Tate refere-se à expansão do Poder Judiciário em andamento nos sistemas políticos mundiais. Tate segue a conceitualização proposta por Vallinder, na qual há dois significados principais para o termo:

1. O processo pelo qual cortes e juízes vêm a dominar ou ampliar o seu domínio na criação de políticas públicas que tenham sido previamente criadas (ou, como seria amplamente suposto, deveriam ter sido criadas) por outras funções governamentais, especialmente legislativas e executivas, e
2. O processo pelo qual fóruns não judiciais de negociação e decisão vêm a ser dominados por regras e procedimentos quase judiciais (legalistas)¹⁷⁴.

No primeiro caso, há juízes não políticos agindo no exercício do poder de decisão político, ou seja, agindo como políticos; no segundo caso, tomadores de decisão frequentemente discricionários e políticos atuam como se fossem juízes vinculados à lei. Tate argumenta que ambos esses modos de judicialização surgem (embora não necessariamente) de

¹⁷² *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁷³ *Ibid.*, p. 261.

¹⁷⁴ TATE, *op. cit.*, p. 27- 37.

um conjunto de condições semelhantes: democracia, separação de poderes, política de direitos, uso das cortes por grupos de interesse ou por partidos de oposição ao governo, ineficácia das instituições majoritárias (Executivo e Legislativo), desconfiança do público nessas instituições, ou delegação voluntária, por parte do Executivo e do Legislativo, da sua competência decisória para o Judiciário.

Vallinder esclarece algumas propriedades do modelo judicial e do modelo político de solução de conflitos. Nos procedimentos submetidos ao judiciário, tem-se, por exemplo, duas partes perante um juiz imparcial, com apreciação dos argumentos, verificação dos fatos e aplicação da norma correspondente; na prática legislativa, há diversas partes em disputa, as decisões são tomadas por negociações e compromissos, e as soluções fundamentam-se em valores políticos. Os dois modelos empregam dois princípios diferentes, que correspondem a dois papéis diferentes, ambos indispensáveis para a democracia. No modelo judicial, a ênfase recai sobre o papel da razão e dos princípios, na proteção dos direitos fundamentais do cidadão, enquanto no modelo político destaca-se a avaliação de valores conflitantes, ocupando-se dos direitos e obrigações da maioria. A judicialização da política representa, por conseguinte, grosso modo, a promoção do primeiro princípio em detrimento do segundo¹⁷⁵.

A pesquisa de Tate, baseada em estudos empíricos, mostra que a judicialização da política está longe de constituir um mero “fato inelutável”. Tampouco é decorrência necessária de qualquer desenho constitucional vigente. A democracia pode ser um facilitador da judicialização da política; porém, muitos consideram a judicialização da política uma ameaça à vontade da maioria e à responsabilidade popular. A separação de poderes oportuniza a independência do Poder Judiciário, mas não determina que os juízes imponham a sua vontade política sobre os demais poderes; isso ocorre por outras razões. O desenvolvimento e a expansão de uma política de direitos podem ser, muitas vezes, mais a ação facciosa de grupos de interesse do que o produto da devoção sincera dos atores políticos a alguma visão elevada na defesa dos direitos humanos.

Tate conclui que, de modo mais provável, são as preferências políticas dos juízes que determinam o ativismo judicial, e esses dois fatores (preferências políticas e ativismo) influem na politização da justiça; conclui, ainda, citando diversos estudos, que, dentro de um conjunto de condições favoráveis, a extensão da judicialização da política é determinada pelas escolhas

¹⁷⁵ VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics. a world-wide phenomenon: introduction. *International political science review*, v. 15, n. 2, p. 91-99, abr. 1994. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1601557>> Acesso em: 20 fev. 2021.

dos próprios juízes no sentido de serem mais ou menos ativistas¹⁷⁶.

Destaca-se, assim, a politização da justiça como contraface da judicialização da política: juízes e cortes passam a fundamentar, na prática, os seus julgamentos em influências ideológicas e partidárias, afastando-se dos fatos e da aplicação objetiva do direito.

Nos Estados Unidos, onde o fenômeno é mais antigo do que no Brasil, estão disponíveis estudos mais críticos sobre os efeitos da politização. Yacobucci e Hilbert expõem que o crescente descrédito da Suprema Corte junto à população norte-americana resulta da influência política percebida nos julgamentos. Há muito os norte-americanos desconfiam que o seu governo tem-se guiado por interesses alheios ao bem comum, expressos mediante orientações especializadas que acabaram corrompendo o sistema político. O descrédito que já era comum para com o Executivo e o Legislativo estendeu-se à Suprema Corte.

Naquele país, desde os seus primórdios, discutiu-se o grau de independência a ser conferido ao Judiciário. Os antifederalistas propuseram que esse ramo se tornaria poderoso demais sem uma revisão, pelo Congresso, das opiniões exaradas pela Suprema Corte. No estado de Rhode Island, por exemplo, os juízes, quando invalidavam os atos legislativos, eram chamados a justificar sua decisão perante a assembleia estadual. Mas a solução dos fundadores foi estabelecer uma Suprema Corte independente dos demais poderes e distanciada da opinião pública. A preocupação era evitar que a Corte perdesse a confiança do público caso se envolvesse com questões relacionadas à elaboração das leis. Esse risco tornou-se claro em 2012, segundo Yacobucci e Hilbert, com o julgamento sobre a constitucionalidade da lei (popularmente chamada de *Obamacare*) que introduziu mudanças no sistema de saúde americano e suas repercussões sobre a disputa presidencial daquele ano¹⁷⁷.

Nos anos mais recentes, afirmam, a Corte transformou-se em um “painel de instrumentos” para políticos de ambos os partidos. Na mensagem anual dirigida pelo Presidente ao Congresso (*State of the Union Address*) em 2010, Barack Obama atacou duramente a Suprema Corte pelo julgamento no caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, no qual foi decidido que a cláusula de liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda proibia que o governo restringisse gastos independentes, por empresas ou entidades sem fins lucrativos, com comunicações políticas. Yacobucci e Hilbert ponderam, então, que a politização da justiça é um perigo porque prepara o público para uma supremacia dos poderes políticos. Além disso, a Corte não poderá fazer cumprir a Constituição com a

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 27- 37.

¹⁷⁷ YACOBUCCI; HILBERT, *op. cit.*

mesma eficácia caso seus membros se permitam induzir por orientações políticas¹⁷⁸.

4.2 A influência das ideologias e utopias na politização do Judiciário

4.2.1 Aristóteles e as origens sociais do conhecimento juspolítico

Aristóteles, no seu exame das constituições políticas vigentes nas cidades-estados do seu tempo, já percebia que a cada uma delas correspondiam noções peculiares sobre a justiça. A grande variedade de concepções sugere que o bem parece ser mais uma questão de convenção do que de natureza. Desse modo, o conhecimento do que seja o justo para uma dada sociedade demanda generalizações feitas a partir de outras generalizações, e a verdade nesse campo somente pode ser descrita em linhas gerais (EN I, 3).

O que Aristóteles ressalta é que o conhecimento do objeto da ciência política — o supremo bem a ser realizado — é benéfico para o estudioso que segue a razão no seu modo de desejar e agir. Depreende-se dessa afirmação que há de ser constatada uma forma de integridade entre o estudo das questões relativas às práticas políticas e a situação do estudioso no seu contexto social: o cientista político é também um participante das ações políticas, e deve estar consciente da sua situação e do seu papel no processo social. Nesse contexto, o estudioso reconhece que as discordâncias sobre os fins da vida política variam entre as massas e os filósofos. Os integrantes da massa costumam sujeitar as suas explicações sobre o bem, incluindo a justiça, às contingências: *quando está doente, é a saúde; quando está pobre, é a riqueza* (EN 1095a23-25).

Em outra passagem, Aristóteles observa que as massas parecem ser muito servis, pois escolhem racionalmente uma vida digna apenas de gado, restrita à satisfação das necessidades e prazeres mais baixos. Os homens de ação, mais propensos à vida pública, costumam ser motivados pela honra, embora essa pareça depender mais das pessoas que honram do que das que são honradas. Os homens de poder buscam a honra, muitas vezes para acreditar que eles próprios são bons; porém, ainda assim, muitos deles compartilham do sentimento de Sardanápalo, rei mítico da Assíria que excedia a todos na preguiça e na luxúria (EN 1095b13-28).

A pergunta básica a ser respondida no livro I, capítulo 4, da *Ética a Nicômaco* é: O que é o bem humano? A inquirição de Aristóteles resume-se nas seguintes afirmações: a) todo

¹⁷⁸ *Ibid.*

conhecimento e toda atividade visam a algum bem; b) a que dizemos que a ciência política visa; c) qual é o mais elevado dos bens alcançável pela ação. Há uma concordância ao menos no nível verbal entre os homens de que esse supremo bem é *eudaimonia*, que se identifica com o bem-estar.

Mas há uma quarta afirmação a ser acrescentada, e que assume relevo no quadro da diversidade das concepções existentes no meio social: d) com relação ao que seja a *eudaimonia*, os homens divergem, e os muitos não dão a essa palavra a mesma explicação que lhe é dada pelos sábios. Quanto a esse ponto, Aristóteles informa que o seu método de inquirição difere daquele utilizado por Platão, pois, em vez de partir do exame do mundo das ideias, parte da observação das coisas que são evidentes (*EN* 1094a30-1095b4). Aristóteles baseia o seu método na observação empírica, nisso se difere de Platão. As noções de ideologia e utopia teriam, em vista disso, significados diferentes segundo as reflexões desses dois filósofos.

No início do capítulo 5, ainda do livro I, Aristóteles aponta que a concepção de bem que orienta os homens deve ser encontrada no modo de vida que eles levam, pois é no seu modo de vida que essa concepção se fundamenta. Três modos de vida proeminentes são destacados: (i) busca pelos prazeres, modo próprio das massas; (ii) busca pela honra, comum entre os políticos; (iii) busca pelo bem em si, modo de vida ao qual se dedicam os contemplativos. O contemplativo busca o bem em si mesmo, e não aquilo que é bem em função de outra coisa: “E essa atividade sozinha parece ser amada por si mesma; pois nada surge dela além da contemplação, enquanto das atividades práticas ganhamos mais ou menos além da ação” (*EN* 1177b1-30).

A vida contemplativa preocupa-se com a virtude como o elemento mais divino:

Se a felicidade é uma atividade de acordo com a virtude, é razoável que seja de acordo com a virtude mais elevada; e isso será o que há de melhor em nós. Quer seja a razão ou qualquer outra coisa que seja este elemento que é pensado para ser nosso governante e guia natural e para pensar em coisas nobres e divinas, seja ele próprio também divino ou apenas o elemento mais divino em nós, a atividade deste de acordo com sua própria virtude será a felicidade perfeita. Que esta atividade é contemplativa já dissemos. (*EN* 1177a12-18.)

Por seu turno, as massas buscam os prazeres e nada almejam além daquilo que lhes satisfaz os apetites corpóreos. Enquanto aqueles que buscam a honra, *id est*, os políticos, fazem-no de modo a, como diz Aristóteles, depender mais daqueles que lhes concedem a honra do que de si mesmos por uma virtude própria (*EN* 1095b24-27). Devem considerar,

então, a vontade e a visão de mundo daqueles que podem honrá-los e mantê-los no poder. O problema da diversidade e contingência das concepções de justiça assume maior relevo nos regimes democráticos, nos quais as propostas concorrentes e contraditórias entre si reclamam prevalência. Eis aqui o campo próprio das discussões políticas, onde as visões parciais sobre o bem comum contrastam e rivalizam entre si, as ideologias e utopias servem de instrumento nas relações de poder, e fazem-se presente os riscos do populismo e do autoritarismo.

A busca pelo bem comum, em tais casos, é interferida ou substituída por motivações vinculadas a interesses individuais ou de grupos, e que exploram mais as tendências sub-rationais de certos grupos do que no exame racional da condição real da sociedade e dos problemas que se lhe apresentam. O bem torna-se projetado pela perspectiva de indivíduos e grupos que atuam a partir dos seus projetos de poder, e há uma complexidade de fatores inconscientes determinantes da concepção a ser majoritariamente consentida. Neste ponto, a pesquisa adentra os estudos sobre a diferenciação entre o conhecimento científico da realidade política e jurídica e os conteúdos difundidos por ideologias e utopias.

Embora Aristóteles não discuta explicitamente os temas da ideologia e utopia da maneira como esses conceitos são entendidos hoje, podemos inferir algumas de suas opiniões com base em seus princípios filosóficos gerais. Aristóteles provavelmente advertiria contra a adesão rígida a ideologias fixas porque acreditava que cada sistema político deveria ser adaptado às necessidades específicas, características e contexto histórico de uma determinada sociedade. Afinal, assim como a sabedoria prática (φρόνησις, *phrónēsis*) corresponde no indivíduo à habilidade de deliberar sobre o que seja bom para si mesmo (*EN*, 1140a25–27), no âmbito do Estado as deliberações são mais eficazes quando os indivíduos dotados de sabedoria prática contribuem de forma coletiva (*Pol.*, 1280a40-1281b7).

A sabedoria prática envolve o uso da razão para tomar decisões informadas que levam aos melhores resultados possíveis para a comunidade. Em razão disso, seguir cegamente uma ideologia predeterminada poderia impedir a capacidade de uma sociedade de se adaptar às circunstâncias em mudança e pode levar a políticas impraticáveis ou mesmo prejudiciais. No que se refere às utopias, Aristóteles era realista e reconhecia que nenhuma sociedade poderia alcançar a perfeição absoluta. Ele acreditava que a natureza humana era inerentemente imperfeita e que os sistemas políticos deveriam ser projetados para possibilitar aos cidadãos as oportunidades para aproximar-se da excelência nas virtudes do intelecto e do caráter (*Pol.*, 1324a23-25).

Seu *Estado ideal*, como será descrito na seção 5.1, não representava uma utopia, pois enfatizava a importância de, com base em considerações práticas e éticas,

buscar os melhores resultados alcançáveis para a sociedade com base em considerações práticas e éticas. Karl Mannheim, com a sociologia do conhecimento, vem em auxílio deste estudo, pois conceitos por ele desenvolvidos, como o do pensamento partidário, mostram a tendência dos indivíduos a interpretar e representar o mundo de maneiras que se alinham com as crenças e interesses do seu grupo e, em consequência, o conhecimento pode ser moldado por pontos de vista parciais e subjetivos.

4.2.2 Karl Mannheim e os efeitos da ideologia sobre o sistema de justiça

A história do termo *ideologia* é longa e complexa. Segundo Marshall, o termo *ideologia* se originou em Marx como um conceito especificamente sociológico, e até hoje entende-se que a sua utilização na análise sociológica atual de algum modo é influenciada pelo marxismo. No livro *A ideologia alemã* (1846), Marx argumenta que o princípio substancial do idealismo era produto de uma história escondida especialmente da visão dos intelectuais. Essa história escondida era a realidade da *luta de classes*, que até então não era discernida pelos intelectuais porque estes se ocupavam das ideias dominantes dissimuladoras da realidade. Ao explicar o mecanismo pelo qual ocorre a diferença entre o que as coisas realmente são na economia e na sociedade como um todo e como as pessoas pensam que as coisas são, Marx argumenta que os produtos da mente humana parecem ser entes independentes dotados de vida¹⁷⁹.

Em Maquiavel já é possível encontrar uma distinção ou desvio entre a realidade política e as ideias políticas. Em Marx, tem-se a noção da separação da consciência a respeito de si mesma, utilizada para compreender as atitudes humanas no meio social. Em Karl Mannheim, sob a perspectiva da sociologia do conhecimento, as ideologias são tratadas como reflexos de uma situação social que elas ao mesmo tempo ocultam e revelam. A ideologia estabiliza uma situação social na medida em que o inconsciente coletivo de certos grupos obscurece a condição real da sociedade, tanto para si mesmos quanto para os outros¹⁸⁰.

Karl Mannheim foi um proeminente sociólogo e uma das figuras-chave no estudo da ideologia, a qual constitui, segundo ele, um produto de condições sociais e históricas, e reflete os interesses e perspectivas de grupos sociais particulares. Segundo ele, grupos dominantes na sociedade muitas vezes desenvolvem e promovem ideologias que atendem a seus próprios

¹⁷⁹ MARSHALL, Gordon. *Oxford dictionary of sociology*. Oxford: Oxford University, 2003, p. 1264-1265.

¹⁸⁰ MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. v. 2. Madrid: Alianza, 1986, p. 1611-1613.

interesses e ajudam a manter sua posição de poder. Essas ideologias moldam a maneira como as pessoas pensam, percebem a realidade e interpretam as questões sociais.

Em sua obra *Ideologia e utopia* (publicada originalmente em 1929), Mannheim investiga o modo como o pensamento humano realmente funciona na vida política, como instrumento de ação coletiva. A tese principal da sociologia do conhecimento, segundo Mannheim, é a de que certos modos de pensamentos somente podem ser compreendidos após reveladas as suas origens sociais, pois nem todas as crenças e comportamentos de um indivíduo têm origem nele nem são explicáveis a partir da sua experiência de vida. Pelo contrário, pelo fato de viver em uma sociedade, o indivíduo é duplamente determinado por uma situação definida e por padrões de pensamento previamente formados. Mas, ao mesmo tempo em que dividem entre si o mesmo espaço social, agem uns contra os outros no contexto da ação coletiva, conforme a vontade dos grupos a que pertencem seja no sentido de manter ou de transformar o ambiente natural e social¹⁸¹.

Os partidos políticos, na modernidade, passaram a incorporar no seu discurso teorias e argumentos de base científica, ainda que com finalidades propagandísticas. Mas essa conexão entre teoria e prática prejudicou o caráter experimental do conhecimento, aberto a novos conjuntos de fatos, pois o pensamento político deve manter-se indisponível a readaptações provocadas por novas experiências. Mesmo os intelectuais que estejam de algum modo a serviço dos partidos políticos ou de tendências ideológicas perdem a receptividade da realidade social, e entregam a seu público uma interpretação do mundo pré-fabricada e coerente com sua visão partidária-ideológica.

Assim, os conceitos de ideologia e utopia trazem, ambos, implícitas as descobertas de que o pensamento alinhado a um desses conceitos é sempre uma orientação à ação e nunca um diagnóstico da situação: o inconsciente coletivo dos grupos dominantes interessados na manutenção do *status quo* estabiliza a condição real da sociedade na medida em que a obscurece para esses mesmos grupos; os grupos oprimidos tendem a perceber na sociedade apenas os elementos que tendem a negá-la, tão desejosos que estão da sua negação e transformação. O ocultamento promovido pela ideologia e pela utopia funciona, portanto, nas duas direções — dos grupos receptores e dos grupos emissores dessas representações tendenciais da condição social¹⁸².

Uma situação específica induziu a reflexão sobre as origens sociais do pensamento, segundo Mannheim. As motivações coletivas inconscientes tornaram-se conscientes e

¹⁸¹ MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 30-32.

¹⁸² *Ibid.*, p. 64-67.

acessíveis ao controle. São fatores diversos que compelem às reflexões sobre as coisas do mundo e as reflexões mesmas, sendo que o mundo aparece de maneiras diferentes para observadores diferentes. O primeiro fator é a ocorrência de uma época na qual a discordância predomina sobre a concordância, e os conceitos elaborados sobre as coisas e situações não encontram mais possibilidade diante da grande variedade de definições descoincidentes. Com isso, as pessoas se voltam da observação das coisas para a observação dos modos de pensar.

Outro fator é a mobilidade social, pois, enquanto a sociedade permanece estática, há uma garantia da unidade interna da visão de mundo vigente, fundada na manutenção dos significados e das deduções de ideias, o que evita o surgimento de processos de reflexão divergentes. A intensificação da mobilidade social elimina essa estabilidade do pensamento social, sendo que essa mobilidade pode se dar tanto verticalmente — ascensão ou descenso entre os estratos — quanto horizontalmente — mudança de posição ou de país, sem alteração do status social. O primeiro gênero de mobilidade revela os diferentes modos de pensar de cada povo, mas é o segundo que desorganiza a unidade e uniformidade gerais do sistema de pensamento corrente numa dada sociedade:

Do ponto de vista sociológico, a mudança decisiva ocorre quando se atinge aquele estágio de desenvolvimento histórico em que os extratos anteriormente isolados começam a se comunicar uns com os outros e se estabelece uma certa circulação social. O mais relevante estágio dessa comunicação é atingido quando as formas de pensamento e de experiência, que até então desenvolviam independentemente, penetram em uma mesma consciência compelindo a mente a descobrir a irreconciliabilidade das concepções conflitantes do mundo.

Mannheim entende ser mister isolar os diferentes matizes de significado para que se desfaça a pseudo-unidade e se obtenha uma significação mais precisa, e propõe a distinção entre duas concepções de ideologia a fim de avançar na análise sociológica e histórica: a particular e a total. A concepção particular de ideologia implica um ceticismo sobre as ideias apresentadas pelo interlocutor: “estas são encaradas como disfarces mais ou menos conscientes da real natureza de uma situação, cujo reconhecimento não estaria de acordo com seus interesses”. Já a concepção total de ideologia refere-se a uma época ou a um grupo histórico-social concreto, cujas características e composição estrutural devem ser avaliadas. Como elemento comum a ambas essas concepções está o fato de que a compreensão do

significado real da mensagem e da intenção do interlocutor não depende do que ele efetivamente disse¹⁸³.

“Consequentemente”, esclarece Mannheim, “ambas as concepções da ideologia fazem das chamadas ‘ideias’ uma função de quem as mantém, e de sua posição em seu meio social”¹⁸⁴. Mas há, também, diferenças relevantes entre as concepções particular e total. As três diferenças mais importantes são assim enumeradas: (i) A concepção particular abrange como ideologia apenas uma parte das ideias expostas pelo interlocutor, e somente com relação ao seu conteúdo, a concepção total questiona a *Weltanschauung* total do interlocutor, com seu aparato conceitual, de modo a vinculá-la com os grupos sociais de que o interlocutor participa; (ii) A concepção particular mantém a análise das ideias no nível psicológico, sem avançar nos critérios de validade objetiva comuns entre os debatedores, ao passo que a concepção total alcança também o nível teórico ou noológico. Quanto a esse aspecto, as palavras de Mannheim merecem transcrição:

Quando a uma época histórica atribuímos um mundo intelectual e a nós mesmos atribuímos outro, ou quando um certo estrato social, historicamente determinado, pensa com categorias diferentes das nossas, não nos estamos referindo a casos isolados de conteúdo de pensamento, mas a modos de experiência e interpretação amplamente diferentes e a sistemas de pensamento fundamentalmente divergentes. Atingimos a um nível teórico ou noológico sempre que consideramos não apenas o conteúdo, mas igualmente a forma, e, mesmo, a estrutura conceptual de um modo de pensamento, como uma função da situação de vida de um pensador¹⁸⁵.

Essa diferença parece oferecer uma chave para a compreensão da existência da ideologia na produção do direito pelo Judiciário, ao modo como propugnam os defensores da politização. O nível psíquico corresponde a uma única consciência pessoal, ao mundo interior de uma pessoa singular, em sua subjetividade determinada por fins que podem variar conforme o interesse do sujeito; daí Mannheim referir-se à *psicologia de interesses*, que estuda os conteúdos de pensamento e os julgamentos realizados pelo indivíduo enquanto dependentes dos seus desejos e medos que, agindo como impulsos básicos, constituem “as forças que ao mesmo tempo geram os objetivos de nossa atividade prática e despertam nossa atenção intelectual”¹⁸⁶. Assim, o interesse é aquilo a que o sujeito apetece, o que realmente importa a ele, mesmo que muitas vezes permaneça oculto sob formas convencionais.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 82.

¹⁸⁴ *Ibid*, *loc. cit.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 83.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 21.

O nível teórico ou noológico, por sua vez, corresponde aos princípios, ideias e categorias elaboradas como expressões das relações sociais de produção¹⁸⁷. Tem-se, aí, a prevalência de um contexto social como um mundo objetivo, que se estrutura construtivamente, e em cujo âmbito os interesses do nível psicológico submetem-se aos imperativos sociais e participam agora de uma elaboração racional na qual ocorre a assimilação de esquemas de pensamento coletivo.

(iii) A terceira diferença destacada por Mannheim entre as concepções particular e total de ideologia está, como decorrência das diferenciações anteriores, em que a concepção total utiliza uma análise mais formal pela “descrição objetiva das diferenças estruturais das mentes operando em contextos sociais diferentes”, pressupondo a correspondência entre uma situação social e um dado ponto de vista e caracterizando-se pela análise da correspondência entre a situação por conhecer e as formas de conhecimento.

As duas concepções de ideologia têm origens históricas diferenciadas que vão da desconfiança e descrença que se costuma ter nos adversários políticos, passam pelas análises do comportamento humano empreendidas por autores como Maquiavel e Hume até as filosofias da consciência em Kant e Hegel. Mas, mais adiante, Mannheim afirma que as concepções particular e total de ideologia se mesclam, na medida em que se passa, da acusação de que o adversário representante de certo ponto de vista social e político estava distorcendo ou falsificando a realidade em um plano psicológico com raízes pessoais, à imputação de que as teorias do adversário são inválidas por serem mera função de uma situação social prevalente que torna o adversário incapaz de pensar de modo correto¹⁸⁸.

Mannheim distingue as ideologias, complexos de ideias que dirigem a atividade com vistas à manutenção da ordem existente, das utopias, complexos de ideias que dirigem a atividade com vistas à transformação da ordem existente:

O conceito de "ideologia" reflete uma das descobertas emergentes do conflito político, que é a de que os grupos dominantes podem, em seu pensar, tornar-se tão intensamente ligados por interesse a uma situação que simplesmente não são mais capazes de ver certos fatos que iriam solapar seu senso de dominação. Está implícita na palavra "ideologia" a noção de que, em certas situações, o inconsciente coletivo de certos grupos obscurece a condição real da sociedade, tanto para si como para os demais, estabilizando-a portanto.

O conceito de pensar utópico reflete a descoberta oposta à primeira, que é a de que certos grupos oprimidos estão intelectualmente tão firmemente

¹⁸⁷ MARX, Karl. *The poverty of philosophy*. Chicago, 1910, p. 119, *apud* MANNHEIM, *op. cit.*, p. 83.

¹⁸⁸ MANNHEIM, *op. cit.*, p. 95.

interessados na destruição e na transformação de uma dada condição da sociedade que, mesmo involuntariamente, somente veem na situação os elementos que tendem a negá-la. Seu pensamento é incapaz de diagnosticar corretamente uma situação existente da sociedade. Eles não estão absolutamente preocupados com o que realmente existe; antes, em seu pensamento, buscam logo mudar a situação existente. Seu pensamento nunca é um diagnóstico da situação; somente pode ser usado como uma orientação para a ação. Na mentalidade utópica, o inconsciente coletivo, guiado pela representação tendencial e pelo desejo de ação, oculta determinados aspectos da realidade. Volta as costas a tudo o que pudesse abalar sua crença ou paralisar seu desejo de mudar as coisas¹⁸⁹.

Embora Mannheim não tenha abordado especificamente o funcionamento do Poder Judiciário em relação à ideologia e à utopia, suas ideias podem ser aplicadas para entender como esses modos de pensamento podem influenciar os membros da Suprema Corte e suas visões sobre a justiça enquanto grupo dominante. No contexto do Poder Judiciário, Mannheim provavelmente argumentaria que a ideologia do grupo dominante pode afetar o modo como a justiça é conceituada, interpretada e implementada. O grupo dominante, por meio de sua utopia, tende a moldar as normas, valores e crenças que sustentam o sistema de justiça.

Esse processo pode se manifestar de quatro principais maneiras, todas elas inerentes à conceituação do costume do ativismo judicial:

a) Viés na interpretação legal: a ideologia do grupo dominante pode influenciar a forma como as leis são interpretadas e aplicadas, levando a resultados tendenciosos. A interpretação das leis e o raciocínio jurídico empregado por juízes podem ser influenciados pela visão de mundo do grupo dominante (no qual os mesmos juízes se incluem), potencialmente favorecendo seus interesses ou reforçando as estruturas de poder existentes.

b) Aplicação seletiva da lei: a ideologia também pode afetar as práticas de aplicação da lei. Grupos ideologicamente dominantes podem exercer sua influência para garantir que as leis sejam aplicadas seletivamente ou com mais rigor contra certos grupos e com mais indulgência com outros. Essa aplicação seletiva pode perpetuar as desigualdades sociais ou moldar a sociedade conforme certos interesses e em prejuízo da justiça.

c) Construção de normas jurídicas: A ideologia do grupo dominante pode moldar a criação e alteração de normas jurídicas. Isso pode envolver definir o que constitui um crime, determinar a punição e estabelecer padrões legais, inclusive por meio de decisões em matéria constitucional com efeitos para toda a sociedade. A construção dessas normas pode ser

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 66-67.

influenciada pelos valores e interesses do grupo dominante, potencialmente prejudicando tanto grupos ideologicamente marginalizados ou minoritários quanto o interesse comum.

d) Legitimação do poder: a ideologia pode servir para legitimar o poder e a autoridade do grupo dominante. O grupo dominante pode usar narrativas ideológicas para justificar e manter sua posição privilegiada na sociedade, mesmo que isso signifique perpetuar práticas injustas dentro do sistema de justiça. A legitimação do poder assume peculiaridade no caso da Suprema Corte como grupo dominante, pois os seus juízes membros são investidos da autoridade exclusiva para o julgamento dos seus próprios atos, e são os detentores da *palavra final* em termos de interpretação constitucional.

4.2.3 Thomas Molnar e a destrutividade do pensamento utópico

Thomas Molnar, filósofo húngaro autor de diversos livros sobre política e que se exilou nos Estados Unidos após a tomada do poder pelos comunistas no seu país natal no final dos anos 1940, entende que o comunismo, ainda que se questione a abrangência política desse termo, tem características em comum com outros movimentos utópicos e não deve ser visto apenas como uma tendência política, econômica e revolucionária nascida como reação ao capitalismo e ao liberalismo do século XIX. Não é um fenômeno limitado no tempo e no espaço, mas sim a manifestação moderna de uma tendência profunda do pensamento humano. É uma atitude mental que transcende o marxismo e que já se concretizou em outros momentos históricos com outros nomes e aparências. Enquanto aspecto dessa tendência mais ampla, o comunismo é mais ameaçador, por representar uma propensão invencível no nosso pensamento sobre Deus, os homens, a sociedade e o mundo; mas ao mesmo tempo menos ameaçador, uma vez que todos os projetos utópicos sempre fracassam nos seus esforços de aprisionar a mente humana e destruir a sociedade¹⁹⁰.

O pensamento utópico surge como uma reação provável à existência do mal no mundo. Mas ele também é em si mesmo mau e induz as pessoas a praticar o mal. O utópico, comovido por sua grande sensibilidade à percepção do mal, insurge-se contra os defeitos do mundo e imagina um mundo perfeito purificado de todo mal. O utópico assume uma postura religiosa, em sentido amplo, ao acreditar que houve algum fator de deterioração da perfeição

¹⁹⁰ MOLNAR, *op. cit.*, p. 2.

original do mundo, a qual deve ser restabelecida em prol de uma nova sociedade perfeita, ainda que pelo uso da força¹⁹¹.

Há um mesmo paradoxo característico de todos os pensadores utópicos, como aponta a pesquisa empreendida por Molnar: “eles acreditam na liberdade humana irrestrita; ao mesmo tempo, eles querem organizar tão completamente a liberdade que acabam transformando-a em escravidão”. Para alguns, esse tipo de construção utópica não passa de um jogo de combinações de elementos subtraídos da realidade, mas o seu elemento mais óbvio é a insatisfação com a sociedade em seu conjunto, pois a sociedade presente é vista como um obstáculo à felicidade. Além disso, o utópico não mostra evidências de pretender reformar a sociedade: a sua crítica é mais profunda do que a reivindicação de mudanças, pois visa a extirpar e reconstruir os próprios fundamentos do ser humano e da sociedade, o que implica repensar o conhecimento vigente sobre Deus e a criação. Por isso, merecem integralmente ser chamados de radicais¹⁹².

Outro paradoxo identificado por Molnar na mentalidade utópica é que o pensador utópico é ao mesmo tempo irracional e lógico. Ele constrói um mundo imaginário e os meios de alcançá-lo com estrita lógica, sem espaço para o acaso. Os seres humanos compreendidos segundo a mentalidade utópica são autômatos que se comportam de acordo com as leis imaginadas pelo pensador utópico com precisão mecânica e, na medida em que o pensador utópico fica aprisionado no sistema de pensamento por ele mesmo criado, torna-se incapaz de conceber e prever toda a variedade inesperada das ações humanas possíveis. Os personagens humanos da narrativa criada pelas utopias são marionetes privadas da liberdade, historicidade e escolhas próprias da natureza humana¹⁹³.

O utópico é um *entusiasta* que deseja oferecer à humanidade um *começo imaculado* e, para isso, precisa apagar tudo o que ocorreu antes, desde o significado costumeiro das palavras até a autoridade tradicionalmente aceita. “O *entusiasta* utópico desconfia do pensamento e da razão humanos, despreza as palavras que se conformam com a realidade e exalta a vaguidade das abstrações que lhe dão o sentimento de comunhão com uma super-realidade¹⁹⁴.” Entre as diversas conclusões apresentadas por Molnar, está a de que os utópicos assemelham-se aos hereges do ponto de vista da doutrina cristã, pois com eles compartilham as características de pretenderem ser como deuses no conhecimento do bem e do mal, libertando o homem da heteronomia em nome da autonomia ou autogoverno moral.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 7.

¹⁹² *Ibid.*, p. 9.

¹⁹³ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 10.

Mas, para chegar ao seu *paraíso*, os utópicos não veem outra justificativa para as instituições — o direito, a escola, a universidade etc. — além das necessárias ao estabelecimento e manutenção da nova sociedade, promovendo por meio delas a obediência a uma autoridade central de toda a vida humana. O desejo de uma pureza absoluta para a sociedade humana leva, enfim, à perda da liberdade da maioria e ao aumento do poder e do orgulho da nova elite de governantes iluminados¹⁹⁵.

4.2.4 O impacto transformativo das ideologias e utopias no Poder Judiciário

O Poder Judiciário não está imune à influência das ideologias e utopias. Nos Estados Unidos, onde os precedentes judiciais constituem a fonte predominante do direito, o comportamento judicial há décadas é considerado objeto de estudo por juristas e cientistas políticos e foi classificado em três modelos. Sobre a influência das ideologias e utopias dentro do Poder Judiciário, o modelo ideológico de comportamento judicial sugere que a decisão judicial é determinada pela ideologia dos magistrados. O discurso jurídico utilizado na fundamentação da decisão, contendo as leis, os precedentes e os métodos de interpretação, são elaborados *a posteriori* para legitimar a decisão formulada como veículo ideológico. Dois critérios são mais utilizados para definição ideológica dos magistrados da Suprema Corte: a) a orientação política do partido do Presidente da República que nomeou o magistrado; b) uma escala ideológica elaborada com base nos artigos de autoria dos magistrados, publicados em jornais antes da sua confirmação pelo Senado¹⁹⁶.

O primeiro método considera que o Presidente da República tende a nomear o magistrado que se aproxime das suas convicções políticas, no intuito de moldar o direito conforme a elas. O segundo método realiza uma indexação ideológica pela análise dos artigos de jornal, e é assim explicado por Mello:

A partir das informações contidas nos jornais, os juízes foram escalonados ideologicamente entre os seguintes valores: -1 (extremamente conservadores), zero (moderados), +1 (extremamente progressistas). Quanto mais próximo de +1 ou de -1 fosse o índice obtido por um juiz, mais extremas seriam suas tendências ideológicas^{*}. Quanto mais próximo de zero fosse o índice, mais moderada seria a conduta. O índice de cada magistrado foi definido da seguinte forma: i) cada parágrafo das matérias de jornal acerca de cada juiz foi classificado como atributivo de inclinações progressistas, moderadas ou conservadoras, salvo os parágrafos que não

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 22-23.

¹⁹⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 62.

revelavam quaisquer inclinações políticas, que foram classificados como não aplicáveis à medição; e ii) após tal codificação, a tendência ideológica (TI) dos juízes foi medida por uma fórmula, segundo a qual: $TI = (\text{progressista} - \text{conservador}) / (\text{progressista} + \text{moderado} + \text{conservador})$.¹⁹⁷

O grande problema que se verifica tanto na elaboração da escala de valores quanto na classificação dos magistrados dentro dela é que essa metodologia reflete também o viés ideológico do pesquisador que a empregou. Uma indicação disso é que a magistrada Sandra Day O'Connor (mandato de 1981 a 2006) foi identificada como moderada pelos autores da pesquisa, apesar dos seus entendimentos em favor do aborto. Outras críticas são direcionadas a esse modelo, como a de que a ideologia não se resume ao cumprimento de uma agenda partidária, pois abrange um conjunto mais amplo de experiências, valores e referências, que precedem à sua identificação com pautas progressistas ou conservadoras.

Outros fatores concorrem para a relativização dos resultados, como: (i) a estratégia na nomeação, pelo Presidente, de um magistrado ideologicamente menos alinhado porém com maiores chances de ser aprovado pelo Senado; (ii) dissonâncias entre o alinhamento ideológico do magistrado e o conteúdo real das suas convicções, ou posições particulares do magistrado que não se harmonizem com uma pauta ideológica no seu todo; (iii) posicionamento estratégico dos magistrados e da Corte em face de temas conjunturais ou de pressões exercidas pelos demais poderes, indivíduos, partidos políticos e grupos sociais.

O certo é que a subjetividade mostra-se um elemento indissociável do comportamento judicial, pois o juiz, na condição de indivíduo humano, possui seus próprios desejos e ambições pessoais e por eles se orienta, como explica Mello:

Não é rara a observação de que a projeção de preferências ideológicas pode não ser o único objetivo de ordem pessoal perseguido pelo juiz. Ele, como qualquer ser humano, possui ambições e desejos pessoais que também podem interferir em suas decisões. Assim, interesses como a obtenção de promoção para cortes superiores, o reconhecimento entre seus pares, preocupações com reputação e prestígio, antipatias por partes e advogados, desentendimentos ou amizades com colegas de corte, segurança pessoal e medo do ridículo, entre outros, são fatores que podem vir a estimular determinados comportamentos. Por outro lado, a necessidade de dispor de tempo para se dedicar a outras atividades, como, por exemplo, atividades acadêmicas, pode eventualmente estimular o juiz a decidir mais mecanicamente ou a entregar determinados casos a seus assessores.¹⁹⁸

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 63.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 73.

Conquanto a posse de um ministro da Suprema Corte seja condicionada às exigências de notável saber jurídico e de sabatina pelo Senado Federal, não cabe descartar preliminarmente que as ideologias ou utopias possivelmente apoiadas pelos ministros da Suprema Corte venham a se configurar como os instrumentos de ação coletiva descritos por Mannheim, ou como efeitos da função psicológica do senso comum descrita por Billig, ou como o entusiasmo utópico estudado por Molnar.

Considerando-se que a presente pesquisa elege a filosofia aristotélica como critério de avaliação para o ativismo judicial, este tópico sobre a distinção entre conhecimento filosófico e pensamento ideológico e utópico desafia a pergunta: há elementos de ideologia ou utopia na filosofia do direito de Aristóteles? A discussão acerca da resposta a essa pergunta é intensa nos dias atuais. O professor Robert Mayhew defende que Aristóteles era um cientista e filósofo, e que muitas das suas visões, ainda quando equivocadas, eram em grande parte o resultado da ciência empírica, do raciocínio baseado na observação, limitado pelas evidências então disponíveis, e não da racionalização ideológica. “Basicamente, ele era um cientista honesto e objetivo que às vezes tinha dificuldade em escapar de seu contexto cultural e que, em alguns casos, era descuidado em suas investigações, talvez por fatores ideológicos.”¹⁹⁹

Mayhew analisa a definição corrente de ideologia no sentido apreciativo de “corpo de doutrina ou pensamento que orienta um indivíduo, movimento social, instituição ou grupo”, ou seja, o que Mayhew chama de *racionalização ideológica*, uma tentativa de encontrar argumentos racionais para desejos e interesses sociais e políticos. Um antigo filósofo grego que argumentasse em favor da inferioridade da mulher em relação ao homem, com o objetivo de tentar justificar o *status* social superior do homem sobre a mulher, estaria procedendo a uma racionalização ideológica; de igual modo o faria o historiador atual que, com o objetivo de tentar justificar a sua leitura da história ou sua agenda política, tachasse um filósofo grego antigo de misógino²⁰⁰.

4.3 Engenharia social utópica e democrática pela via judicial

Mantendo-se Aristóteles como o filósofo a partir de cujo pensamento é analisado o ativismo judicial contemporâneo, nesta seção serão abordadas as passagens da sua obra nas quais ele compara o ideal de uma Constituição com as sociedades concretamente existentes à

¹⁹⁹ MAYHEW, Robert. *The female in Aristotle's biology: reason or rationalization*. Chicago: University of Chicago, 2004, p. 116.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 3-4.

sua época, assim como aponta os desafios do legislador para efetivar maior aproximação do ideal, que incluem a educação destinada à excelência do cidadão. Esses conteúdos serão, na sequência, comparados com a moderna engenharia social: a técnica de influenciar atitudes e comportamentos sociais com vistas a conformar um modelo ideal de sociedade.

Identificar-se-ão os elementos componentes da definição de engenharia social, e da distinção entre as modalidades de engenharia social utópica ou totalitária e gradativa ou democrática. Serão exemplificados os casos das *guerras de classe* na União Soviética dos anos 1920 e dos clubes de idosos e operários dos Estados Unidos do mesmo período. Por fim, será tratado o Direito como meio de realização da engenharia social, tanto sob o aspecto da legislação quanto das técnicas de revisão judicial. O objetivo desta seção é, ao final, obter condições para averiguar se o ativismo judicial promove a educação dos cidadãos para a democracia ou se, ao contrário, é prejudicial à democracia, na medida em que faz impor de modo encoberto uma agenda ideológica e utópica.

4.3.1 A educação dos cidadãos pelas normas jurídicas

Logo no início do livro II da *Política*, Aristóteles desenvolve considerações sobre a melhor forma de comunidade política para a realização do ideal de vida dos cidadãos, e questiona a viabilidade do modelo ideal de unidade mais completa possível do Estado, sugerido na *República* de Platão. Argumenta ele que um Estado é definido por uma multidão de pessoas, e a unidade exigida além de um certo ponto reduzirá o Estado a uma família e até a um indivíduo; ou seja, caso um governante decida unificar completamente o Estado, acabará destruindo-o, pois um Estado necessita de seres humanos de diferentes tipos para ser constituído. E, ainda que os cidadãos sejam iguais em sua natureza, é necessário que cada um cumpra o seu papel, mesmo que ocorra alternância entre os que governam e os que são governados (*Pol.* 1261a17-1261b10).

A Constituição mais adequada para todas as cidades é, segundo Aristóteles, um dos objetos de estudo da ciência política. Na *Política*, o estudo abrange a melhor forma de comunidade política para um povo capaz de buscar o modo de vida ideal, além das constituições efetivamente existentes e as propostas por outros pensadores, a fim de discernir o que merece ser aproveitado ou rejeitado em cada modelo (1260b). Nos livros IV, V e VI da *Política*, a preocupação repousa nas virtudes e defeitos das sociedades políticas e com as razões de sua preservação e destruição. A investigação possibilita estabelecer em quais circunstâncias abster-se de alterações constitucionais é preferível a uma passagem para uma

Constituição de modelo superior. Trata-se de evitar a desgraça para as cidades gregas que poderia ser causada pela desordem e pela mudança, uma vez que a estabilidade é o bem mais precioso, de modo que a cidade com uma constituição inferior mas que goze de estabilidade estará bem ordenada. Ela terá *eunomia* (bom ordenamento civil), desde que as suas leis sejam cumpridas, pois desobedecer às leis implica desordem²⁰¹:

Mas ter boas leis promulgadas, mas não obedecê-las, não constitui um governo bem ordenado. Portanto, uma forma de bom governo deve ser entendida como consistindo em que as leis decretadas sejam obedecidas, e outra forma nas leis que os cidadãos continuam sendo bem decretadas (pois é possível obedecer a leis mal decretadas). E para que as leis sejam bem promulgadas é possível de duas maneiras: elas devem ser as melhores leis possíveis para um determinado povo ou as melhores absolutamente (*Pol.* 1294a3-6).

Em que pese à preeminência da estabilidade, do mesmo modo como a arte da medicina foi aprimorada por meio de alterações a partir do sistema ancestral, e assim também as demais artes, a política evolui por meio de alterações legislativas. Mas Aristóteles alerta que, embora a impossibilidade de correção em todos os detalhes da estrutura do Estado sugira como apropriadas as alterações legislativas, faz-se imprescindível a cautela em tais procedimentos: é prejudicial acostumar os cidadãos a revogar as leis levemente, “pois o povo não será tão beneficiado por fazer uma alteração quanto será prejudicado por se acostumar a desconfiar de seus governantes” (*Pol.* 1268b32-1269a19). Assim, segundo Aristóteles, cabe à ciência política perquirir sobre a constituição ideal, e a constituição mais adaptada às condições dos cidadãos que esteja o mais próxima possível da Constituição ideal. Somente a aspiração a uma Constituição ideal, assim, não basta, pois a criação ou reforma de uma Constituição deve partir das circunstâncias existentes.

Três conclusões podem ser inferidas dessas reflexões: a) a necessária diversidade de indivíduos e de funções por eles desempenhadas na sociedade ideal; b) a necessidade de respeitar as circunstâncias reais a fim de buscar uma sociedade mais próxima do ideal; c) a importância da estabilidade, sem prejuízo das adequadas mudanças legislativas. O Estado, alerta Aristóteles, não é como uma aliança militar, na qual importa a quantidade, ainda que todos os integrantes sejam iguais; o Estado forma-se com diferentes tipos de homens e, por tal motivo, mantém-se estável pelo princípio da reciprocidade, que, no caso do governo de um Estado, se manifesta pela sucessão periódica das pessoas que exercem o governo, de modo

²⁰¹ HUXLEY, George. On Aristotle's best state. *History of political thought*, v. 6, n. 1/2, 1985, p. 139-149. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/26212467>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

que, a cada vez, um partido governe e os outros sejam governados. O Estado ideal, portanto, não é aquele que elimina a diversidade de pensamento político dos seus cidadãos, mas sim aquele que, a partir dessa diversidade, se preserva de maneira estável.

Na teoria política aristotélica, o objetivo do melhor modelo de governo é que cada cidadão possa agir bem e ser feliz (1324a23–5), para o que se deve considerar que a felicidade apenas pode existir com a excelência, e que a cidade será chamada de feliz quando a felicidade disser respeito a todos os seus cidadãos, e não a uma porção destes somente (1329a23–4). A excelência ou virtude tem o efeito de produzir uma boa condição no seu objeto e a capacitá-lo para funcionar bem (*EN*, 1106a15-17). Em especial a excelência para a democracia, que será tratada no capítulo 5 da presente tese, demanda que todos os cidadãos sejam livres e aptos para serem governados e para governar, pois um dos princípios da liberdade democrática é que todos governem e sejam governados (*Pol.*, 1317b1-2).

Por esse motivo, o legislador deve preocupar-se com saber os meios pelos quais os homens se tornam bons, com quais atividades eles praticam para se tornarem bons e com qual o fim de uma vida boa (*Pol.*, 1333a11–16). Sendo a excelência adquirida pelo seu exercício, pois, assim como a arte, o meio de aprender é pela prática do que se aprende (*EN*, 1103a31-34), a excelência do cidadão para a preservação e para o bom funcionamento da democracia depende de que a pluralidade de concepções seja expressa por meio da participação nas deliberações públicas. No entanto, a educação para a excelência sugerida por Aristóteles como preparação dos cidadãos a fim de realizarem o ideal de uma democracia parece diferir muito dos pretendidos efeitos sociopedagógicos da construção de regras de conduta pela postura ativista da Suprema Corte. Esses efeitos parecem estar mais próximos daqueles obtidos pelas técnicas de engenharia social, que serão vistas a seguir.

4.3.2 O ativismo judicial com um método de moldar comportamentos sociais

A norma jurídica constitui uma categoria de lei social que abrange os princípios de comportamento essenciais para uma existência civilizada, conforme dispõe a *teoria do mínimo ético*, de Georg Jellinek. Para esse jurista alemão, a norma jurídica tem uma origem social e depende da aprovação popular para que nela sejam incluídas normas sociais que o povo reconheça como merecedoras de proteção organizada²⁰². O ativismo judicial, no entanto, faz o direito avançar para alçar à categoria de norma jurídica (com a vantagem, para os

²⁰² JELLINEK, Georg. *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. Wien: Alfred Hölder, 1878, p. 52.

interessados, da dispensa da passagem pela categoria de norma moral de caráter geral) preceitos que correspondem a uma concepção ideológica/utópica tanto da sociedade quanto dos princípios que devem regular a base da vida social; ou seja, preceitos expressivos dos pensamentos, crenças e interesses sociais e políticos de partes do conjunto total de pessoas que constituem o povo, tais como movimentos, grupos e partidos políticos.

Nos últimos anos, em diversos países, tem sido objeto de discussão a adequação das cortes judiciais para servirem como arenas de discussão e decisão a respeito de mudanças na sociedade. Na Holanda, por exemplo, a Escola de Direito da Universidade de Leiden realizou, em 2022, uma conferência na qual foram compartilhadas as conclusões de estudiosos sobre o papel das cortes no fortalecimento das democracias. Os temas incluíram a expansão da legitimidade das cortes para proferir decisões em debates que deveriam ser promovidos no Parlamento ou no Poder Executivo. Trata-se de decisões cujos efeitos impactam amplamente a sociedade:

O denominador comum é que, em todos esses casos, uma decisão judicial não afeta apenas as partes da disputa individual, mas também muitos indivíduos que não estão representados no tribunal ou cuja existência ainda é desconhecida. Em suma, em tais casos, o tribunal funciona verdadeiramente como uma arena para (maiores ou menores) mudanças sociais²⁰³.

O ativismo judicial, como definido na seção 3.1, caracteriza-se por decisões judiciais “orientadas a resultados” e, conforme definido pelo *Black's law dictionary*, é uma filosofia pela qual os juízes permitem que suas visões pessoais sobre a política pública guiem as suas decisões, com tendência a localizar violações constitucionais e a ignorar textos governamentais e precedentes²⁰⁴. Diante disso, entre os pontos discutidos na conferência realizada em Leiden, estão:

Nos casos em que os tribunais são solicitados a promover mudanças sociais, os juízes são confrontados com o impacto de suas decisões que transcendem as partes. Eles não precisam apenas resolver uma disputa individual, mas também refletir sobre as consequências de sua solução para a sociedade em geral ou sobre as implicações comportamentais dos padrões legais que formularam [...] Uma gênese social das decisões judiciais vem acompanhada de uma forma de raciocínio judicial prospectivo e de natureza consequencialista [...] Os juízes devem antecipar o impacto de sua decisão e avaliar se esse impacto deve desempenhar um papel – e, em caso afirmativo,

²⁰³ DEURSEN, Stijn van. *Courts as social engineers: A social genesis of judicial decisions?* Disponível em: <<https://www.leidenlawblog.nl/articles/courts-as-social-engineers-a-social-genesis-of-judicial-decisions>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

²⁰⁴ JUDICIAL ACTIVISM. In: *Black's law dictionary*. Eagan: Thomson Reuters West, 2015, p. 711.

qual deve ser esse papel [...] Em vez de olhar para trás nas normas legais e nas declarações das partes, os juízes agora precisam olhar para frente e lidar com a incerteza, a ambigüidade e a subjetividade potencial que advém da previsão e avaliação das consequências das ações de uma pessoa e da interação dessas consequências com o comportamento das outras pessoas²⁰⁵.

A partir do século XX, a engenharia social²⁰⁶ revelou-se um caminho mais fácil e rápido de promover transformações na sociedade do que as alterações legislativas. Engenharia social, de acordo com Alexander e Schmidt, é “o arranjo e canalização das forças ambientais e sociais para criar uma alta probabilidade de que uma efetiva ação social ocorrerá”. Considerando que, conforme reconheceu Mannheim na sua obra sobre a ideologia e a utopia, a previsão do curso dos acontecimentos depende da compreensão do alinhamento estrutural que possibilita uma dada situação, a engenharia social fornece o conjunto de técnicas para que uma situação seja planejada e edificada com vistas a alcançar uma alta probabilidade de que o resultado social pretendido seja produzido. Ou seja, pelo emprego dessas técnicas, as mudanças sociais ocorrem em estreita conformidade com ideias pré-concebidas sobre o rumo que a sociedade deve tomar²⁰⁷.

O maior problema enfrentado pelos engenheiros sociais, segundo os autores, talvez seja a resistência do material utilizado nas suas construções: seres humanos. Disso resulta que, muitas vezes — como não raro aconteceu durante o século XX —, seja aplicado o recurso da violência para fazer ceder a vontade da população visada. Não por acaso, a engenharia social é comumente observada na política de governos totalitários. Essa palavra tem origem no latim *totus*, o que tudo abrange, e descreve o objetivo que os governos totalitários têm de controlar a totalidade da vida social²⁰⁸. Mas uma característica contemporânea da engenharia social é sua utilização impactante nas democracias a cujos governos interessa determinar padrões específicos de comportamento para amplas áreas da sociedade. Outra particularidade notável nos dias atuais é que a engenharia social não opera apenas *de cima para baixo*, mas também *de baixo para cima*: na propaganda corporativa, nas lutas de grupos sociais e mesmo de indivíduos interessados em mudanças sociais específicas²⁰⁹.

²⁰⁵ DEURSEN, *op. cit.*

²⁰⁶ A expressão *engenharia social*, em ciência política, refere-se à prática de influenciar comportamentos sociais em larga escala, e não se confunde com o seu uso homônimo na área da segurança da informação, que se refere à manipulação psicológica destinada à prática de ações contrárias ao interesse da pessoa manipulada, ou à divulgação de informações confidenciais, tais como senhas de acesso.

²⁰⁷ ALEXANDER, Jon; SCHIMIDT, Joachim K. H. W. Social engineering: genealogy of a concept. In: PODGÓRECKI, Adam; ALEXANDER, Jon; SHIELDS, Rob (ed.). *Social engineering*. Ottawa: Carleton University, 1996, p. 1-22.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

Alexander e Schmidt ressaltam que não necessariamente o emprego de técnicas de engenharia social resultam da desconsideração, por parte dos governos, sobre a vontade popular. Em vez disso, muitas vezes essas técnicas foram aplicadas no século XX com o consentimento, ao menos inicial, da população. Sucede, porém, que não raro a elite detentora do poder planeja e constrói esse consentimento, manipulando as condições que o possibilitam. O descontentamento da população com um mal percebido gera a oportunidade totalitária. Na medida em que a população demanda a eliminação de um mal indefinido, os ideólogos assumem a tarefa de descrevê-lo para, assim, obter o apoio de colaboradores e de testemunhas silenciosas. Mediante tal procedimento, as instituições assumem a função de transformadoras sociais que movem a população na direção previamente definida²¹⁰.

Um dos principais estudiosos das técnicas de engenharia social no século XX foi o sociólogo polonês Adam Podgórecki (1925–1998), um dos fundadores do primeiro instituto de sociologia jurídica da Universidade de Varsóvia. Expulso pelos comunistas em 1977, acusado de *atividades acadêmicas anticomunistas*, Podgórecki assumiu a cátedra de professor na Carleton University, do Canadá, e testemunhou que, naquele país do ocidente liberal democrático, as técnicas de manipulação social utilizadas eram semelhantes às que ele havia testemunhado no leste europeu comunista. Podgórecki empreendeu uma investigação sistemática sobre a dualidade das ciências sociais, expressa em um desenvolvimento paralelo das suas versões teóricas e práticas, e com isso delineou os fundamentos de uma nova disciplina prática – a sociotécnica, uma teoria geral sobre o funcionamento de métodos eficientes para induzir a ação coletiva, concebida com a tarefa primária de ajudar a desmascarar os estratagemas utilizados na engenharia social²¹¹.

Podgórecki aponta como a primeira definição conscienciosamente elaborada de sociotécnica aquela formulada por Leon Petrażycki em 1925:

Ela lida com a complicada questão de mudar a motivação social. Trata-se da transformação gradual da raça humana através da eliminação de milhares de dissonâncias e desarmonias. Pretende fazê-lo ajustando a transformação a uma nova base racional. Isso deve ocorrer com a utilização de uma abordagem científica e com a compreensão das relações causais. Deve-se empregar pedagogia e política humana racional, em vez de processos tradicionais de adaptação. Os processos de ajuste existentes são bastante ingênuos e muitas vezes inconscientes [ocorrendo em um nível não traduzido

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ WICENTY, Daniel. The experience of oppression and the price of nonconformity: a brief biography of Adam Podgórecki. *Studies in East European Thought*, v. 70, p. 61–81, 2018. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11212-018-9300-x>>. Acesso em: 25 jan.2022.

em afirmações cognitivas], sendo, portanto, menos eficazes, lentos, dolorosos e conectados com atrocidades, lágrimas, etc²¹².

Anota-se, aqui, que a “eliminação de milhares de dissonâncias e desarmonias” evoca a proposta de unificação do Estado criticada por Aristóteles, como visto acima nesta seção, como se a diversidade dos cidadãos com seus pontos de vista políticos se tornasse um só indivíduo, o que levaria à destruição da ideia de sociedade.

Podgórecki define a engenharia social ou sociotécnica como a teoria da ação social eficiente, provedora de um método para buscar meios efetivos para alcançar os seus objetivos esperados, com base em um sistema de valores aceito e em conjunto de proposições verificadas descritivas e explicativas do comportamento humano. A concepção de sociotécnica foi introduzida pela primeira vez no mundo ocidental pelo sociólogo alemão Karl Mannheim em 1940, quando sugeriu três hipóteses para o diagnóstico dos acontecimentos sociais e políticos da sua época: a) a causa de muitos dos sintomas então percebidos estava na transição do *laissez-faire* para uma sociedade planificada; b) outras mudanças são explicáveis pela passagem de uma democracia de poucos para uma sociedade de massas; c) as mudanças na técnica social são responsáveis por alterações profundas na nossa vida social. A técnica social, segundo Mannheim, consiste nas práticas e ações cujo fim último é a moldagem do comportamento humano²¹³.

Os diversos aspectos da engenharia social foram investigados por teóricos dentro da comunidade científica ocidental, sendo talvez o mais conhecido deles Karl Popper, que propôs a distinção entre a abordagem platônica ou *engenharia utópica* e a *engenharia gradativa*, a qual ele entende como a única modalidade racional de engenharia social, pois trata de enfrentar os problemas maiores e mais urgentes da sociedade em vez de buscar para ela o seu fim último.

No capítulo 9 do livro *The open society and its enemies*, Popper oferece uma descrição da engenharia utópica:

A abordagem utópica pode ser descrita como segue. Qualquer ação racional deve ter um certo objetivo. Ela é racional no mesmo grau em que persegue seu objetivo de forma consciente e consistente, e como determina seus meios de acordo com este fim. Escolher o fim é, portanto, a primeira coisa que temos que fazer se quisermos agir racionalmente; e devemos ter cuidado para determinar nossos fins reais ou finais, dos quais devemos distinguir

²¹² PODGÓRECKI, Adam. Sociotechnics: basic concepts and issues. In: ALEXANDER, Jon; SCHIMIDT, Joachim K. H. W., *op. cit.*, p. 24.

²¹³ *Ibid.*, p. 24-25.

claramente aqueles fins intermediários ou parciais que na verdade são apenas meios, ou passos no caminho, até o fim final. Se negligenciamos esta distinção, então devemos também negligenciar a pergunta se estes fins parciais são susceptíveis de promover o fim último, e, portanto, devemos deixar de agir racionalmente. Estes princípios, se aplicados ao domínio da atividade política, exigem que determinemos nosso objetivo político final, ou o Estado Ideal, antes de tomarmos qualquer ação prática. Somente quando este objetivo final for determinado, pelo menos em linhas gerais, somente quando estivermos de posse de algo como um plano da sociedade à qual visamos, somente então poderemos começar a considerar os melhores caminhos e meios para sua realização, e elaborar um plano de ação prática. Estas são as preliminares necessárias de qualquer movimento político prático que possa ser chamado de racional, e especialmente de engenharia social²¹⁴.

A engenharia social utópica parte, assim, da concepção, ainda que em linhas gerais, de um objetivo político final a ser alcançado – como um modelo de sociedade ideal – para então traçar as ações capazes de conduzir à concretização desse modelo. Mais adiante, Popper argumenta que a engenharia social gradativa, por sua vez, pode também se basear num esboço de sociedade ideal, mas os políticos que a aplicam têm consciência de que a perfeição é algo distante ou mesmo inatingível, e que cada geração de pessoas apresenta as suas próprias reivindicações, para as quais a atenção do engenheiro social gradativo deve estar voltada. A diferença entre as duas modalidades de engenharia não é apenas verbal, mas envolve, de um lado, um método gradativo que visa à superação dos sofrimentos humanos na medida do possível e, de outro, um método utópico capaz de produzir um sofrimento intolerável.

Popper justifica a sua defesa dessa engenharia social gradativa (*piecemeal social engineering*) da seguinte maneira:

A favor de seu método, o engenheiro gradativo pode afirmar que uma luta sistemática contra o sofrimento, a injustiça e a guerra tem mais probabilidade de ser apoiada pela aprovação e concordância de um grande número de pessoas do que uma luta pelo estabelecimento de algum ideal. A existência de males sociais, isto é, de condições sociais sob as quais muitos homens sofrem, pode ser comparativamente bem estabelecida. Aqueles que sofrem podem julgar por si mesmos, e os outros dificilmente podem negar que não gostariam de mudar de lugar. É infinitamente mais difícil raciocinar sobre uma sociedade ideal. A vida social é tão complicada que poucos homens, ou nenhum, poderiam julgar um projeto de engenharia social em grande escala; se é praticável; se resultaria em uma melhoria real; que tipo de sofrimento pode envolver; e quais podem ser os meios para sua realização. Em oposição a isso, os projetos de engenharia fragmentada são comparativamente simples²¹⁵.

²¹⁴ POPPER, Karl. *The open society and its enemies*. Princeton: Princeton University, 2013, p. 147-148.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 149.

Cumpro proceder a um breve exame de exemplos de engenharia social em ambientes totalitários ou utópicos e democráticos. Com efeito, a noção de engenharia social de tipo utópico parece ser mais facilmente associada a regimes totalitários. Na União Soviética dos anos 1920, as *guerras de classe* eram parte dos esforços do governo soviético para criar um novo mundo socialista e o *novo homem soviético*. As autoridades incentivavam o assassinato em massa de grupos de pessoas com base na classe social e em nome da revolução²¹⁶. O filósofo Tzvetan Todorov identificou as raízes do holismo político naquilo que denominou de *culto da ciência*. O *cientismo*, que não se confunde com a ciência em si, proclamava que a sociedade inteira deveria ser regulada conforme princípios científicos, e a ciência gozava da expectativa de resolver os problemas sociais pelas vias do planejamento, eugenia e engenharia social. Os indivíduos quase não tinham importância, enquanto o organismo social importava muito. O culto da ciência induzia os seus discípulos a contrair uma visão autoritária da ciência, e os argumentos científicos subjaziam a ideologia política e as aspirações sociais dos regimes comunista na União Soviética e nazista na Alemanha²¹⁷.

No entanto, o conceito de *engenharia social democrática* emergiu já nos Estados Unidos do século XIX como resposta à nascente sociedade de massas e aos problemas surgidos com a industrialização e a urbanização. Esse complexo de ideias é descrito pelo psicólogo social H. A. Overstreet como o *controle inteligente do processo social*. A engenharia social democrática consiste na tomada de decisões em grupo com o objetivo predeterminado de influenciá-lo e abrange um sistema de autoridade idealmente efetivo mas que se mantém democrático. A psicologia social torna-se parte de uma *ciência da democracia*, um conjunto de conhecimentos teóricos e intervenções práticas ligadas à democracia como um modo de organizar, exercer e legitimar o poder político²¹⁸.

No início do século XX, o psicólogo social Kurt Lewin participou do desenvolvimento da engenharia social como um método de controle das relações sociais pelo uso de grupos pequenos, discussão, liderança e participação dos objetos do controle. Em um dos experimentos, Lewin tratou de persuadir donas de casa a servir em suas mesas miúdos como coração, rim e cérebro, partes de animais normalmente rejeitadas pela classe média. Lewin concluiu que um método de argumentação direta tem menos efeito que a influência exercida por um grupo, um líder, um especialista e um processo de tomada de decisão.

²¹⁶ KORT, Michael G. *The soviet colossus: history and aftermath*. New York: Routledge, 2019, p. 143.

²¹⁷ OVERY, Richard. *The dictators: Hitler's Germany and Stalin's Russia*. London: Allen Lane, 2004, p. 637.

²¹⁸ ELTEREN, Mel Van. Discontinuities in Kurt Lewin's psychology of work : conceptual and cultural shifts between his german and american research. *Sociétés contemporaines*, n. 13, mar. 1993, p. 71-93. Disponível em: <https://www.persee.fr/doc/socco_1150-1944_1993_num_13_1_1100>. Acesso em: 04/04/2022.

O líder da discussão em grupo começa com uma breve introdução ligando o problema da nutrição com o esforço de guerra e com a saúde geral. Ele aponta as dificuldades que o governo tem encontrado para tentar mudar os hábitos alimentares e pede a opinião das mulheres, enquanto grupo representativo de donas de casa, sobre qual seria o sucesso de um apelo direto aos grupos de donas de casa. A partir daí, o grupo é conduzido passo a passo para ver o problema de forma mais concreta e, ao mesmo tempo, assumir a responsabilidade de fazer algo a respeito. Este ponto é alcançado através de uma discussão em grupo livre que também traz à tona as razões específicas pelas quais as carnes foram rejeitadas pela própria dona de casa ou sua família. Essas objeções específicas são a deixa para a apresentação do especialista, que discute os vários métodos de contornar as dificuldades (eficácia relativa)²¹⁹.

Após examinar vários exemplos da engenharia social democrática no início do século XX, William Graebner expõe questionamentos sobre as suas dimensões éticas. Para esse autor, o valor e a razoabilidade desse método depende do contexto da sua aplicação, mostrando-se relevante a diferença entre objetivos de socialização e de política. Há o exemplo dos clubes de idosos que surgiram em Cleveland e se espalharam pelos Estados Unidos nos anos 1940, os quais se tornaram veículos da engenharia social democrática; mas se eles, por um lado, ofereciam às pessoas idosas um ambiente de convívio que lhes proporcionava melhor qualidade de vida, por outro lado a sua criação se fundamentava na ideologia que era necessário submeter as pessoas idosas a um controle social, por serem pessoas com tendência a aderir a esquemas demagógicos. Ainda, os clubes de trabalhadores criados no início do século XX, pelos quais os patrões incentivavam a socialização dos seus empregados ao mesmo tempo que evitavam a formação de verdadeiros sindicatos operários.

Questiona Graebner se esses grupos visavam a socializar os seus membros a um padrão aceitável de comportamento político e se haviam sido projetados para inculcar a ideologia política de determinada classe ou grupo. A coerção mostra-se, assim, essencial mesmo à engenharia social democrática. A diferença entre as modalidades autoritária e democrática é, então, depende da conveniência em ostentar ou ocultar a fonte da autoridade, conforme sintetiza Graebner: “Um método torna a fonte da autoridade óbvia, o outro torna a fonte da autoridade obscura. Um revela, o outro esconde. Na medida em que se valoriza saber quem tem autoridade e quem não tem, métodos mais óbvios de controle social podem passar a ser preferíveis”²²⁰.

²¹⁹ GRAEBNER, William. The small group and democratic social engineering, 1900- 1950. *Journal of social issues*, v. 42, n. 1, 1986, p. 137-154.

²²⁰ *Ibid.*

De certo modo, a própria legislação constitui-se em uma importante ferramenta de engenharia social, tendo sido tradicionalmente utilizada, como mostra a obra de Aristóteles, com a finalidade de provocar mudanças sociais (*EN* 1102a8-25; 1103b3-7; 1129b12-24; 1130b20-29; 1179a35-1180b28; *Política* 1332b33-1333b29). A aplicação da lei tem o efeito de promover coesão e homogeneidade na população que, de outro modo, distende-se na diversidade sociocultural. No regime democrático, há uma contínua tensão dialética na interação entre os valores culturais e a legislação em vigor.

Como ensina Roscoe Pound, teórico que conceitualiza a lei como engenharia social e que ensinava que a lei deveria ser entendida pelo exame dos interesses a que ela servia:

Com o propósito de compreender a lei de hoje, contento-me com uma imagem de satisfazer o máximo possível de todo o corpo de necessidades humanas com o mínimo de sacrifício. Contento-me em pensar no direito como uma instituição social para satisfazer as necessidades sociais – as reivindicações, demandas e expectativas envolvidas na existência da sociedade civilizada – dando efeito ao máximo que pudermos com o mínimo sacrifício, na medida em que tais desejos podem ser satisfeitos ou tais reivindicações podem ser efetivadas por um ordenamento da conduta humana através da sociedade politicamente organizada. Para os propósitos atuais, contento-me em ver na história do direito o registro de um reconhecimento e satisfação continuamente mais amplos das necessidades, reivindicações ou desejos humanos por meio do controle social; uma garantia mais abrangente e eficaz dos interesses sociais; uma eliminação cada vez mais completa e eficaz do desperdício e a exclusão do atrito no desfrute humano dos bens da existência – em suma, uma engenharia social cada vez mais eficaz²²¹.

Os mecanismos da engenharia social funcionam não apenas pela lei, mas pelas decisões judiciais, na prática do ativismo judicial. A principal semelhança entre essas duas técnicas reside no ponto de partida de um resultado pré-concebido para a elaboração das medidas ou argumentos direcionados ao resultado. No ativismo judicial, é possível ao julgador escolher antecipadamente o efeito social produzido por sua decisão, para então elaborar os seus fundamentos jurídicos. Para o professor de ciência política Christopher Wolfe, as decisões da Suprema Corte auxiliam a legitimar ou deslegitimar certas práticas e atitudes. Um importante exemplo disso nos Estados Unidos consiste na mudança nas atitudes raciais: a proscricção, pela Corte, das medidas segregacionistas e o seu apoio às iniciativas relacionadas aos direitos civis foram um importante fator nessa mudança²²².

²²¹ POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven: Yale University, 1954, p. 65.

²²² WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* Lanham: Rowman & Littlefield, 1997, p. 65.

A iniciativa de amplas mudanças sociais não necessariamente provém da Corte, uma vez que movimentos frequentemente identificados com a opinião social da elite pressionam no sentido de modificar os costumes e leis estabelecidos. Aos poucos, esses movimentos vão avançando, mas lhes faltam força política para promover mudanças rápidas. A Suprema Corte, então, atua de modo a elevar as reivindicações dos movimentos à base das políticas públicas e, em consequência, a opinião pública cede com mais facilidade e o processo de mudança social é acelerado, dando suporte à decisão da corte.

Alguns exemplos de como as cortes podem influenciar comportamentos e alterar os valores vigentes na sociedade são citados por Wolfe. Em 1963, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento *Abington School District v. Schempp* (conhecido como *Schempp case*), declarou como violadora da Constituição a prática da oração do Pai Nosso e da leitura de trechos da Bíblia nas escolas públicas. O caso foi objeto de estudo do professor de ciência política William K. Muir Jr., que entrevistou dezenas de professores do sistema público de ensino a fim de saber como eles se posicionaram em face da decisão. Uma norma jurídica (como em que, naquele caso, se constitui a decisão judicial) que contraria as convicções profundas de uma pessoa provoca nesta uma tensão que precisa de algum modo ser resolvida.

Com base na teoria da dissonância cognitiva, segundo a qual todas as pessoas tendem interiormente a manter todas as suas atitudes e comportamentos em harmonia e a evitar as desarmonias entre eles, Muir Jr. classificou quatro tipos de reações possíveis: resistência, submissão, conversão e libertação. O estudo, que foi publicado no livro *Prayer in the public schools: law and attitude change*, mostra como as escolhas são sutilmente colocadas diante dos indivíduos de modo a neles fazer surgir a contradição, e como, pela complexa rede de relações, pressões e persuasões, entram em funcionamento os sutis processos psicossociológicos que geram as adaptações até chegar à submissão formal dos indivíduos à nova norma jurídica imposta pela decisão judicial²²³.

A situação examinada por Muir Jr. é um exemplo de como a engenharia social pode ser eficaz para mudar os valores e comportamentos da sociedade, conduzindo-a, no caso, ao laicismo e à postura anti-religiosa, sem que as diversas posições possíveis diante do assunto fossem discutidas pelos cidadãos envolvidos em uma arena democrática. A mudança proveio de uma autoridade, no caso, a Suprema Corte, e afirmou-se pelos mecanismos da psicologia social. Outro exemplo disso, também mencionado por Wolfe, foi a famigerada decisão que admitiu o aborto como escolha, proferida em *Roe v. Wade*: antes considerada uma ocorrência

²²³ MUIR JR., William K. *Prayer in the public schools: law and attitude change*. Chicago: University of Chicago, 1967.

escandalosa, a escolha pelo aborto tornou-se lugar comum depois da decisão, uma vez reduzidas as forças morais que se lhe opunham²²⁴.

A ameaça proferida pelo ativismo judicial à democracia ocorre, então, quando a afirmação legal dos valores e comportamentos da sociedade não se delinea por meio do debate em uma assembleia legislativa composta de representantes eleitos pela população e cujas discussões são públicas, mas em uma Corte integrada por poucos ministros, e por meio de decisões frequentemente monocráticas pelas quais os efeitos transformadores na sociedade refletem a visão individual do julgador singular. Nesse cenário, parece ficar menos clara a distinção entre a engenharia social democrática e a engenharia social utópica ou totalitária.

4.4 Marx e Gramsci e o direito estatal condicionado pela base econômica

Nesta e nas duas seções seguintes, serão examinados os principais aportes ideológicos que concorreram para o oferecimento do arcabouço teórico para o ativismo judicial. Em primeiro lugar, Karl Marx com a sua doutrina da superestrutura, abastece o juiz ativista de argumentos para justificar a sua atuação na necessidade de fazer o direito *posto* refletir a existência social *real* dos jurisdicionados. No Brasil, Marx veio contar com Eros Grau para defender um pressuposto jurídico anterior ao direito legislado que serve de fundamento para as decisões confrontativas do modo de produção capitalista. Segue-se, na mesma corrente, Gramsci com o papel contra-hegemônico do juiz intelectual orgânico. Na seção 4.5, Tratar-se-á de Marcuse e as ideias revolucionárias da Teoria Crítica que inclui o "direito negativo" como instrumento de criação de uma nova sociedade. Na seção 4.6, será considerada a figura utópica do juiz Hércules de Dworkin, autoridade capaz de veicular decisões inovadoras ainda que contrárias à moralidade popular.

A doutrina da superestrutura é uma das mais conhecidas do marxismo, e consiste na distinção de dois elementos, uma base e uma superestrutura, da qual decorrem os problemas da composição de cada um desses elementos e das relações que se estabelecem entre ambos. Os conceitos de base e superestrutura foram desenvolvidos por Karl Marx e Friedrich Engels e possibilitam descrever interações mútuas entre instituições sociais e métodos de produção dentro do processo de manutenção da ordem social.

No prefácio à *Contribuição à crítica da economia política* (1859), Marx relata a sua investigação sobre os problemas econômicos da sociedade burguesa:

²²⁴ WOLFE, *op. cit.*, p. 65-66.

Minhas investigações me conduziram ao seguinte resultado: as relações jurídicas, bem como as formas do Estado, não podem ser explicadas por si mesmas, nem pela chamada evolução geral do espírito humano; essas relações têm, ao contrário, suas raízes nas condições materiais de existência, em suas totalidades, condições estas que Hegel, a exemplo dos ingleses e dos franceses do século 18, compreendia sob o nome de ‘sociedade civil’²²⁵.

Marx explica a seguir a sua doutrina, segundo a qual a base real da sociedade é formada pela sua estrutura socioeconômica, a totalidade das relações sociais de produção, pelas quais os homens interagem, independentemente da sua vontade, com vistas à produção social da sua própria existência. A superestrutura, por seu turno, possui natureza jurídica e política e é relacionada a formas sociais apropriadas de consciência. Enquanto as concepções idealistas de desenvolvimento histórico enfatizam as ideias como modeladoras das mudanças sociais, Marx argui que as lutas de poder econômico são as causas da formulação das ideias: “Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina a sua consciência”.²²⁶

A revolução social ocorre quando o desenvolvimento das forças produtivas faz surgir uma contradição dessas forças com a sua expressão jurídica, isto é, as relações de propriedade. A expressão jurídica torna-se um entrave, pois as velhas relações de propriedade já não são compatíveis com o progresso econômico. Por tal razão, Marx alerta que não se deve julgar uma sociedade pela consciência que ela tem de si mesma, o que inclui o direito como forma ideológica dos conflitos econômicos²²⁷.

Para Marx, o Direito (*Recht*)²²⁸, enquanto conjunto de leis aplicadas pelo Estado, é um dos aspectos da vida social integrantes da superestrutura e condicionados pela base econômica²²⁹. No *Manifesto comunista* (1848), Marx e Engels já haviam afirmado que o Direito é uma mera expressão das necessidades da classe dominante:

O antagonismo entre ricos e pobres, entre gozosos e sofridos, opressores e oprimidos, não é algum acontecimento acidental e facilmente removível, como parecera aos entusiastas amantes da justiça. Ao contrário, é um fato de necessária correlação, dado o princípio diretivo da atual forma de produção, como aparece na necessidade do assalariado²³⁰.

²²⁵ MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 47.

²²⁶ *Ibid.*, p. 47.

²²⁷ *Ibid.*, p. 47-48.

²²⁸ FRASER, Ian; WILDE, Lawrence. *The Marx dictionary*. London: Continuum, 2011, p. 130.

²²⁹ De acordo com Fraser e Wilde, Marx emprega a palavra alemã *Recht* para referir-se ao conjunto de pelo Estado, e *Gesetz* para referir-se à regra geral na política econômica que explica o desenvolvimento econômico.

²³⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 100-101.

No Brasil, a doutrina marxista da superestrutura foi utilizada pelo jurista Eros Grau²³¹ em sua obra *O direito posto e o direito pressuposto* (1996), para fundamentar a sua tese de que o direito é um instrumento de mudança social. Argumenta Grau que há um condicionamento mútuo entre a superestrutura jurídica e a base econômica, pois o direito também é capaz de introduzir alterações nesta última. A exposição parte da formulação de Marx e trata inicialmente de situar o direito, no âmbito da realidade social, dentro ou fora da base econômica. O problema já havia sido abordado pelo jurista soviético Evgeni Pachukanis, mas a solução acolhida por Eros Grau foi a do filósofo brasileiro Ruy Fausto, segundo o qual há um pressuposto jurídico interior à sociedade civil e um jurídico posto pelo Estado, o direito positivo. Assim, não se trata de uma distinção entre níveis ou estratos opostos, mas de *pressuposição* e *posição*, sendo possível a oposição entre ambas.

Temos, então, que a relação jurídica que reaparece na superestrutura jurídica encontra-se originariamente no nível da relação econômica. A forma jurídica é imanente à infra-estrutura, como pressuposto interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto posta pelo Estado, como direito positivo²³².

Eros Grau anota que a noção de um direito pressuposto exsurge da explicação elaborada por Marx para o intercâmbio das mercadorias nos mercados. Na medida em que os possuidores das mercadorias se encontravam no mercado a fim de realizar compras e vendas, reconheciam-se como proprietários das mercadorias e estabeleciam as condições das trocas de propriedade mediante acordos comuns. Ocorriam, desse modo, relações jurídicas contratuais, estivessem ou não reguladas legalmente. Dessa explicação, Eros Grau conclui que a relação jurídica expressa pelo contrato compõe o direito pressuposto, cujo conteúdo é determinado pela relação econômica.

O Direito, segundo Ruy Fausto, aparece em um segundo momento, quando o conteúdo da relação jurídica interior à sociedade civil é legalizado pelo Estado. A relação econômica subjacente pressupõe a lei, mas não a põe. A lei é posta pelo estado como direito posto. A organização desses níveis superior e inferior não obedece ao critério de identidade: o direito está e não está no econômico²³³.

Essa negação dialética da identidade permite, prossegue Grau, compreender o direito como instrumento de mudança social:

²³¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal entre 2004 e 2010, indicado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT).

²³² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

²³³ *Ibid.*, p. 63.

Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos; o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto, mas este modifica o direito pressuposto²³⁴.

A afirmação de Eros Grau é a de que o modo de produção da vida social determina o direito e, sendo assim, o direito pressuposto é uma produção cultural. Cada modo de produção produz também uma cultura própria, e desta resulta o direito pressuposto. O direito posto, por sua vez, é característica do modo de produção capitalista, essencialmente jurídico. O modo de produção corresponde a um todo complexo teoricamente definido, a partir do qual se definem certas estruturas e práticas como jurídicas, a depender do lugar e função que elas cumprem. A passagem ao capitalismo fez surgir a prevalência das razões do comércio sobre as razões da propriedade, uma vez que a ascensão da classe burguesa reclamou um novo modo particular de usar o direito. O *ius mercatorium* refletia a necessidade de proteger juridicamente a acumulação das riquezas e de promover a liberdade das formas jurídicas, em contraste com o conservadorismo e rigorismo formal do direito romano.

A predominância do modo de produção capitalista não elimina, porém, a coexistência de outros modos de produção social minoritários, e essa coexistência também informa a sociedade estatal na sua expressão concreta. Desse modo, o direito de cada sociedade compõe-se do direito pressuposto do modo de produção socialmente dominante com os direitos pressupostos dos modos de produção minoritários. Eros Grau conclui, com base em outros autores marxistas como Nicos Poulantzas, Maurice Godelier e Jean-Marie Vincent, que não é possível indagar o que é ou como é o direito em geral, em todas as épocas e lugares, mas apenas o que é e como é o direito em cada sociedade concretamente considerada²³⁵.

A doutrina do direito pressuposto utiliza o método dialético desenvolvido por Karl Marx. O materialismo dialético considera que as contradições do pensamento não devem ser atribuídas exclusivamente às limitações do conhecimento humano, uma vez que muitas das contradições observadas têm sua origem nas próprias coisas reais que são os objetos do pensamento. Marx estudou metodicamente a realidade mediante a análise dos seus aspectos contraditórios e, mantendo em vista a unidade dessa realidade, a recompôs no conjunto do seu movimento. A análise marxista da realidade deve alcançar os seus elementos contraditórios e

²³⁴ *Ibid.*, p. 64.

²³⁵ *Ibid.*, p. 65.

considerar a realidade como em movimento pois, do contrário, não passará de um conjunto de abstrações. O mundo das ideias é um reflexo do mundo real conforme este é identificado pelas práticas e contatos ativos das pessoas, num processo complexo do qual participa toda a cultura. O método marxista enfoca as condições concretas em seu movimento histórico e em seu conjunto²³⁶.

A análise marxista destaca a especificidade das relações sociais e sua correspondente superestrutura estatal e jurídica para colocar o problema da transição ao socialismo a partir do nível político do estado, do direito e das instituições. As possibilidades de transição somente podem ser efetivadas para um domínio de superestrutura e luta de classes historicamente considerado, pela mediação de valores gerados na base das forças e modos de produção. Marx assume como ponto de partida o oposto do idealismo de Hegel e enfatiza a primazia do material (a base) sobre o ideal (a superestrutura). A ideologia para Marx é um fenômeno que distorce a base na medida em que deixa de corresponder à sua realidade. Isso não significa que a superestrutura seja irreal; é, porém, um nível ideal e axiológico, um conjunto normativo que frequentemente mostra-se inadequado às relações sociais da base, ainda que sobre ela exerça a sua influência por meio da sua especificidade axiológica e normativa e não simplesmente coercitiva²³⁷.

Surge a inevitável consequência de um conceito de direito implicado na análise marxista da sociedade. O ponto de partida na descrição das funções do direito é a concepção marxista de que a lei é um instrumento de opressão de classe. Essa análise tradicional resultou numa concepção marxista de direito imperativista, isto é, a tese de que a norma jurídica constitui-se de um mero imperativo ou mandato. Não há um direito objetivamente válido, mas somente a vontade soberana de quem detém o poder de elaborar as leis em nome do Estado. Para autores como Lênin, o ordenamento jurídico é um conjunto de dispositivos normativos coercitivos que veicula comandos reforçados pela ameaça de sanções criminais e que, junto com o restante do aparato estatal, assegura que a vontade da classe dominante seja cumprida. Essa concepção imperativista deve ser rejeitada à luz das funções mais amplas do direito, de acordo com Hugh Collins em sua pesquisa sobre a teoria da base e superestrutura²³⁸.

Collins distingue duas funções sobrepostas do direito que exsurtem do estudo das formações por ele empreendido com utilização do método materialista histórico: a) em

²³⁶ LEFEBVRE, Henri. *Marxismo*. Porto Alegre: L&PM, 2013, p. 26-38.

²³⁷ POULANTZAS, Nicos. Marxist examination of the contemporary state and law and the question of the 'alternative'. In: MARTIN, James. *The Poulantza's reader: marxism, law and the state*. London: Verso, 2008, p. 25-31.

²³⁸ COLLINS, Hugh. *Marxism and law*. Oxford: Oxford University, 1982, p. 91.

primeiro lugar, o direito resolve os conflitos dentro de uma comunidade, aprovando e fazendo cumprir os padrões de conduta consistentes com a ideologia dominante; b) em segundo lugar, o direito exerce uma função ideológica, pela qual os juízes operam como porta-vozes articuladores a serviço da ideologia dominante e o discurso jurídico, por meio da exposição constante aos apelos retóricos, incute nos valores de cada cidadão conceitos burgueses tais como a propriedade privada²³⁹.

A mudança no modelo explicativo marxista ocorreu quando se discerniu que a estabilidade política favorável aos interesses da classe dominante não resultava apenas do controle do comportamento desviante através da coerção legal. Ela era promovida com muito maior eficácia pela hegemonia ideológica, conforme observou Antonio Gramsci.

Gramsci apresentou a tradição marxista à noção de que as classes dominantes asseguram o consentimento ao sistema social pelo uso de várias instituições como escolas, a mídia e as cortes para propagar ideologias que legitimam o seu domínio do poder. Uma vez que essa função ideológica é aceita, então o simples conceito imperativista torna-se insatisfatório. Em adição, uma dimensão normativa deve ser introduzida. A lei apenas compele os homens ao bom comportamento, mas articula e divulga uma definição particular do direito que está em sintonia com a ideologia dominante. O direito possui um elemento normativo pelo qual fornece padrões autoritativos, dos quais os cidadãos se utilizam para criticar aos demais e guiar o seu próprio comportamento²⁴⁰.

Desse modo, observa Collins que a concepção marxista básica do direito não assume a forma de um código de lei, mas sim a aplicação de normas de conduta por parte do Judiciário. Chega-se a essa conclusão por meio de uma compreensão mais profunda das funções do direito sobre as relações de produção e sobre a manutenção da ordem política. O marxismo é hostil ao direito, por ser o direito uma característica das sociedades pré-comunistas, enquanto na sociedade comunista o direito seria irrelevante em face da abolição das classes sociais²⁴¹.

Gramsci fixou o foco na superestrutura em vez de na base, colocando a teoria marxista *de cabeça para baixo*. Afastando-se do determinismo econômico de Marx, após perceber o avanço do totalitarismo na Europa inspirado pela ideologia marxista, o ideólogo italiano concedeu primazia à cultura, por entender que as forças dominantes estimulavam o *consentimento* e o *senso comum* por meios culturais. Gramsci enfatizou a cultura (dentro da qual se situa o direito) como um instrumento de resistência contra o dominante e de estímulo

²³⁹ *Ibid, loc. cit.*

²⁴⁰ HART, H. L. A. The concept of law. Oxford: Oxford University, 1961, p. 86-88. Apud: COLLINS, Hugh. *Marxism and law*. Oxford: Oxford University, 1982, p. 92.

²⁴¹ COLLINS, op. cit., p. 100-101.

à revolta contra-hegemônica. A hegemonia traduz-se pela condição na qual uma classe exerce um papel de liderança política, intelectual e moral dentro de um sistema hegemônico consolidado sobre uma visão de mundo comum ou *ideologia orgânica*²⁴².

Nesse quadro, a classe revolucionária aspirante à hegemonia deve unificar os elementos ideológicos reabsorvidos das demais classes e unificá-los em uma nova vontade coletiva. Na luta de uma classe que aspira à hegemonia, essa classe deve contar com um grupo de agentes sociais que inclua não somente eruditos e artistas, isto é, os *organizadores da cultura*, mas também funcionários que exercem capacidades técnicas ou diretivas na sociedade. Trata-se dos *intelectuais orgânicos* que devem operar na elaboração e difusão da ideologia orgânica, conquistando os intelectuais *tradicionais*²⁴³.

O intelectual orgânico define-se pelo escopo e âmbito da mudança que busca realizar. O intelectual orgânico classifica-se como contra-hegemônico quando seu papel é questionar os quadros de referência, hipóteses e tendências políticas que favorecem o capitalismo. Não são necessariamente provenientes da classe trabalhadora; mas, ainda que oriundos da classe média, distanciaram-se, em suas práticas, política, psicológica e idealmente do grupo dos intelectuais hegemônicos. Para exercer o seu papel na produção do consenso através da influência na cultura, moralidade e agenda política, os intelectuais orgânicos não se limitam à identificação com partidos políticos, mas desempenham funções na mídia, na propaganda, na atividade empresarial e na burocracia²⁴⁴.

O juiz é um importante intelectual orgânico na ideologia gramsciana, especialmente a partir do momento em que se admite a produção judiciária do direito:

A realidade social deve estar presente na vida do juiz, vez que é convidado diuturnamente a resolver problemas reais, diferentemente do legislador que, no ato de criação da lei, lida geralmente com problemas abstratos e gerais; pode-se dizer que embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais²⁴⁵.

²⁴² RAMOS, JR., Valeriano. *The concepts of ideology, hegemony, and organic intellectuals in Gramsci's marxism*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/history/erol/periodicals/theoretical-review/1982301.htm>>. Acesso em: 08 set. 2022.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ O'NEIL, Deirdre; WAYNE, Mike. *Considering class, theory, culture and the media in the 21st century*. Leiden: Brill, 2018, p. 166-184.

²⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 105.

Diante disso, percebe-se que a análise marxista do direito converte-se na sobrevalorização do poder dos juízes como agentes de transformação da sociedade por meio das decisões judiciais. Aos juízes é confiado o papel de intelectual orgânico, não obstante o fato de que a imensa maioria deles tenha origem muito afastada da classe social tida como oprimida segundo o pensamento marxista.

Ao conjecturar que não existem valores jurídicos objetivos e que a ética jurídica é uma *construção social*²⁴⁶; que o direito em qualquer sociedade existente é uma *expressão ideológica*²⁴⁷; e que a liberdade consiste em transformar o Estado subordinando-o à sociedade por movimentos decorrentes do *direito/pressuposto*²⁴⁸, o projeto marxista de transformação do mundo posiciona os juízes entre os que Gramsci apontava como intelectuais orgânicos *diretores* da sociedade em geral, relevantes como instrumentos na luta pela hegemonia, cuja função é conquistar e assimilar ideologicamente os outros intelectuais e formar consenso *espontâneo* na ordem social, ainda que os seus interesses se aproximem aos das classes dominantes²⁴⁹.

4.5 Marcuse e a ideologia revolucionária da teoria crítica do direito

Nesta seção da tese, em prosseguimento ao estudo da impregnação ideológica na atuação do Supremo Tribunal Federal, serão analisadas as bandeiras revolucionárias do ideólogo teuto-americano Herbert Marcuse, um dos teóricos influentes para a teoria crítica do direito, assim como a referência a essas bandeiras pelo ministro Luís Roberto Barroso. No primeiro momento, proceder-se-á à exposição das convicções marcusianas, sendo que será conferido destaque à produção mais recente de Marcuse, a partir de *O homem unidimensional* (1964), obra que revela uma notável mudança no pensamento do autor, definida pelo abandono das categorias propriamente marxistas e pelo pessimismo como fonte de crítica social. A seguir, será examinada a referência, feita por Barroso, à contribuição *neomarxista* da Escola de Frankfurt para a formulação da teoria crítica do direito.

Herbert Marcuse (1898-1979) foi um teórico político cujas ideias desde cedo aproximaram-se do socialismo. Seu interesse era pelo homem em seu estar no mundo como uma realidade social. Suas inclinações políticas fizeram que ele se associasse a Adorno e Horkheimer no Instituto de Investigação Social (*Institut für Sozialforschung*), que veio a ser

²⁴⁶ GRAU, Eros, *op. cit.*, p. 296.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 68.

²⁴⁸ *Ibid.*, p.69.

²⁴⁹ RAMOS, JR., *op. cit.*

tornar conhecido como Escola de Frankfurt. Embora considerado membro dessa escola, elaborou sua contribuição de forma distinta, assim como o fizeram os demais integrantes, cada qual à sua maneira. Em 1934, transferiu-se para os Estados Unidos onde, a partir de 1941, passou a trabalhar para o governo norte-americano, no Departamento de Assuntos Estratégicos (predecessor da CIA - *Central Intelligence Agency*) e no Departamento de Estado²⁵⁰.

A influência de Marcuse e dos demais teóricos da Escola de Frankfurt foi exercida fortemente nos primórdios da Teoria Crítica do Direito, sendo após incorporadas as contribuições de outros escritores europeus continentais, como Foucault, Derrida e Habermas²⁵¹.

Suas ideias radicais despertaram interesse entre muitos estudantes revolucionários nos EUA e na Europa, e seu nome atingiu o primeiro plano nas jornadas de maio de 1968 em Paris. Os estudos sobre a sua obra tornaram-se frequentes nos meios acadêmicos e a sua análise do homem oprimido pela sociedade industrial tornou-se fonte de ideias e *slogans* revolucionários. Marcuse foi considerado o *Pai da Nova Esquerda*, e constituiu-se num agente de instrumentalização da intelectualidade pela ideologia política e de vinculação da academia com o projeto revolucionário. Enquanto os estudantes da década de 1960 reivindicavam maior liberdade de expressão a fim de fortalecer suas atividades políticas nos *campi* universitários, Marcuse propugnava que, para promover a tolerância libertária, deveria ser intolerante e negar expressão política àqueles que se opunham ao avanço das pautas sociais esquerdistas. Marcuse defendia expressamente, como será visto a seguir, a intolerância contra os movimentos de direita, por entender que esses movimentos fortaleciam a *tiranía da maioria*²⁵².

Cumpre, porém, iniciar esta breve análise das ideias marcusianas com o livro *O homem unidimensional* (1964), a partir do qual Marcuse adquire maior individualidade no desenvolvimento da sua ideologia. Dentre os seus comentadores, elege-se o filósofo Alasdair MacIntyre em razão da sua virtude de retratar com objetividade e rigor o pensamento de Marcuse, sempre com referência aos textos originais, para então mostrar que, apesar da influência do ideólogo teuto-americano na vida social, moral e política, muitas das suas conclusões não são verdadeiras.

O primeiro questionamento apontado por MacIntyre quanto a *O homem*

²⁵⁰ MORA, Ferrater. *Diccionario de filosofia*. v. 3. Madrid: Alianza, 1986, p. 2105.

²⁵¹ HUTCHINSON, Allan C. *Critical legal studies*. Totowa: Rowman & Littlefield, 1989, p. 12.

²⁵² ROTHMAN, Stanley. *The end of the experiment: the rise of cultural elites and the decline of America's civic culture*. Abingdon: Routledge, 2017, p. 177.

unidimensional é sobre a possibilidade mesma de o livro ter sido escrito, publicado e encontrado leitores. Nesse livro, Marcuse sustenta que o progresso técnico cria formas de vida e de poder que anulam ou refutam os protestos contrários à dominação e favoráveis à liberdade. MacIntyre questiona como foi possível esse livro de Marcuse se o controle social baseado no progresso técnico fosse tão poderoso. Na introdução, Marcuse afirma que *O homem unidimensional* insere-se entre as forças e tendências opostas aos sistema de controle dominante; mas não apresenta nenhuma esperança em suas perspectivas, tampouco apela a evidências sólidas do que afirma no livro²⁵³.

A tese fundamental de Marcuse em *O homem unidimensional* é a de que as sociedades industriais avançadas, mediante o uso da tecnologia, passaram a oferecer uma abundância material que se transformou em instrumento de servidão, de modo a assimilar todas as vozes ou forças de dissensão. Os homens que têm suas necessidades materiais satisfeitas perdem suas razões de dissensão e protesto e tornam-se instrumentos passivos do sistema dominante. Para argumentar contrariamente ao benefício em que, em princípio, consistiria o bem-estar material proporcionado pelo avanço do capitalismo, Marcuse engendra a distinção entre necessidades *falsas* e *legítimas*: as falsas são aquelas por meio das quais o indivíduo é dominado, embora Marcuse não esclareça como isso ocorre. Diz ele que os indivíduos não são, necessariamente, por si sós, os árbitros daquilo que legitimamente necessitam, pois na sociedade contemporânea eles não dispõem de liberdade para tanto.

Diante dessas afirmações, MacIntyre questiona: “como foi que Marcuse se atribuiu o direito de dizer quais sejam as verdadeiras necessidades de outrem? Como foi que ele conseguiu escapar à lavagem cerebral que atingiu todos os outros?”. E esclarece: “Não se trata de acusá-lo de arrogância pessoal, mas sim de salientar as inevitáveis consequências elitistas de sua posição”. Anota MacIntyre que, ao reviver a doutrina exposta por Marx na terceira tese sobre Feuerbach, de que os homens dividem-se em dois grupos: os que estão acima da sociedade e a modelam, e os que estão dentro da sociedade e são por ela modelados. O elitismo de Marcuse torna-se, assim, o pressuposto implícito de *O homem unidimensional*²⁵⁴.

Segundo Marcuse, ao mesmo tempo em que as formas de consumo na sociedade de abundância satisfazem às necessidades materiais cujo não atendimento levaria ao protesto, elas também alimentam a identificação dos indivíduos com a ordem estabelecida. Isso ocorre porque a população é condicionada pelos padrões de consumo reforçados pelos meios de comunicação de massa, e através desse condicionamento as massas se identificam com as

²⁵³ MACINTYRE, Alasdair. *As ideias de Marcuse*. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 75-76.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 77.

classes dominantes. Nas suas obras anteriores, Marcuse insistia que as condições para a felicidade coincidiam com as da liberdade; agora, encontrando uma solução para não romper com a sua opinião anterior, esclarece que a felicidade oportunizada pela sociedade de abundância e pelas instituições de bem-estar não é uma felicidade verdadeira, e que a permissividade da ordem social contemporânea nada mais é do que um instrumento de dominação que visa a domesticar as classes oprimidas²⁵⁵.

Após a exposição dessas e outras declarações de Marcuse, MacIntyre propõe um diagnóstico:

Mas será verdade tudo isto? O certo é que O Homem Unidimensional é o livro que transformou Marcuse de um acadêmico, principalmente conhecido como intérprete de Hegel, numa personalidade internacional invocada por alguns grupos da esquerda como seu patrono intelectual. É fora de dúvida que muitos estudantes levaram mesmo a sério o retrato marcuseano da sociedade contemporânea. Assim é que, se quisermos sustentar que a descrição que ele faz da sociedade contemporânea é quase inteiramente infundada, não faltará quem nos pergunte: então por que tem exercido tanta influência? Não obstante, eu creio mesmo que sua descrição é em grande parte errônea e que os conceitos de que ele se vale no estudo da sociedade contemporânea, além de serem confusos, confundem²⁵⁶.

Em prosseguimento às ideias transmitidas no livro de 1964, o ensaio-manifesto *Repressive tolerance*, publicado originalmente em 1965, constitui um marco no rompimento da aparente neutralidade acadêmica, e expõe o programa marcusiano a partir do argumento de que a tolerância, como entendida na sociedade contemporânea, manifesta-se como aparato da causa da opressão, em desfavor das práticas libertadoras subversivas. Além disso, é uma tolerância contraditória, uma vez que pretende preservar uma sociedade humana livre da agressão e da crueldade, mas, enquanto essa sociedade livre ainda não existe, esse tipo de tolerância fortalece mais a opressão da maioria contra a minoria e mantém o *status quo*. “A tolerância passa de um estado ativo para um estado passivo, da prática para a não prática: *laissez-faire* das autoridades constituídas. É o povo que tolera o governo, que por sua vez tolera a oposição dentro do quadro determinado pelas autoridades constituídas²⁵⁷.”

Marcuse considera que a tolerância oficial concedida tanto à direita quanto à esquerda protege a discriminação estabelecida pela desigualdade institucionalizada e mantém a posição

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 78-79.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 81.

²⁵⁷ WOLFF, Robert Paul; MOORE JR., Barrington; MARCUSE, Herbert. *A critique of pure tolerance*. Boston: Beacon, 1970, p. 82-83.

privilegiada dos interesses dominantes²⁵⁸. A tolerância imparcial para com todas as correntes de pensamento político impede a subversão e permite apenas as melhoras consentidas pelos interesses que controlam a sociedade. As minorias que lutam por uma mudança de toda a sociedade são deixadas livres para deliberar e discutir, falar e se reunir, mas “serão deixadas inofensivas e impotentes diante da esmagadora maioria, que milita contra a mudança social qualitativa”. A democracia afluyente protege a maioria, com base na crescente satisfação das necessidades e na coordenação tecnológica e mental, em prejuízo dos grupos radicais. Marcuse afirma que a tolerância abstrata propugnada pela democracia contemporânea é infundada, pois o povo sob essa democracia não possui capacidade de deliberar e escolher, não dispõe de acesso às informações autênticas e não raciocina com autonomia²⁵⁹.

Nesse quadro, o conhecimento sobre a tolerância deve ser socialmente construído a partir de critérios antepostos à Constituição e às leis, admitindo-se a tolerância exclusivamente em favor da “promoção ‘oficial’ da subversão”:

A própria noção de falsa tolerância e a distinção entre as limitações certas e erradas da tolerância, entre doutrinação progressiva e regressiva, violência revolucionária e reacionária exige a afirmação de critérios para sua validade. Esses padrões devem ser anteriores a quaisquer critérios constitucionais e legais estabelecidos e aplicados em uma sociedade existente (como 'perigo claro e presente' e outras definições estabelecidas de direitos e liberdades civis), pois tais definições pressupõem padrões de liberdade e repressão aplicável ou não na respectiva sociedade: são especificações de conceitos mais gerais. [...] No entanto, dada a racionalidade empírica da distinção entre progresso e regressão, e admitida que ela pode ser aplicável à tolerância, e pode justificar uma tolerância fortemente discriminatória por motivos políticos (cancelamento do credo liberal de discussão livre e igualitária), outra consequência impossível se seguiria. Eu disse que, em virtude de sua lógica interna, a retirada da tolerância aos movimentos regressivos e a tolerância discriminatória em favor das tendências progressistas equivaleria à promoção 'oficial' da subversão. [...] A tolerância libertadora, então, significaria intolerância aos movimentos de direita e tolerância aos movimentos de esquerda. Quanto ao alcance dessa tolerância e intolerância: [...] ela se estenderia tanto ao estágio de ação quanto de discussão e propaganda, de ação e de palavra²⁶⁰.

Um ensaio para a libertação (1969) poderia ser chamado de *Manifesto marcusiano*, pois parece pretender alcançar a mesma influência política que teve o *Manifesto comunista* de 1848. Com seu nítido discurso apelativo, constitui um programa marcusiano sobre as ações práticas para a construção de uma *sociedade livre*, a qual só é possível alcançar mediante o

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 85.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 94-95.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 104-109.

rompimento histórico com o passado e com o presente. Esse rompimento histórico, por sua vez, depende de uma prática política que erradique a postura moderada que Marcuse chama de *servidão voluntária*, o que passa pelo “rompimento com as maneiras familiares, rotineiras, de ver, ouvir, sentir e compreender as coisas”, de modo que as pessoas se tornem mais receptivas às ideias revolucionárias²⁶¹. Trata-se de uma prática política que favorece a revolta, na medida em que pessoa incapaz de ver a beleza e a harmonia, de usar a linguagem e de valorizar a vida humana e a família, torna-se mais vulnerável ao projeto de poder neo-esquerdista.

A classe trabalhadora é mantida no seu status de agente histórico da revolução, em virtude do seu papel básico no sistema produtivo. Porém, Marcuse lamenta que o desenvolvimento capitalista tenha se tornado capaz de satisfazer às necessidades materiais da classe trabalhadora, o que a converteu numa força conservadora interessada na manutenção do sistema. Essa situação representa a *servidão voluntária*, na qual a dominação se perpetua não apenas pela ação dos dominadores mas também dos dominados. Estes precisam ir além da satisfação das necessidades e romper a dependência para com o aparelho explorador e o poder repressivo que moldam os seus valores e decisões:

Esta *servidão* ‘voluntária’ (voluntária tanto quanto se identifica com os indivíduos), que justifica os padrões benevolentes, só pode ser destruída por uma prática política que atinja as raízes de moderação e contentamento da infra-estrutura do homem, uma prática política de desembaraço metódico e recusa do *establishment* que vise a uma transformação de valores. Tal prática envolve um rompimento com as maneiras familiares, rotineiras, de ver, ouvir, sentir e compreender as coisas, de modo que o organismo se possa tornar receptivo às formas potenciais de um mundo não agressivo, não explorador²⁶².

Marcuse chega a propor uma *terapia linguística* que liberte as palavras e os conceitos do seu significado determinado e que se transforme em revolta contra o *establishment*²⁶³. Os novos valores revolucionários demandam a elaboração de uma nova linguagem que inclui palavras, gestos, imagens e tons. O desenvolvimento de uma linguagem diferente cria na mesma medida as condições sociais para a revolução, pois os usos linguísticos vigentes são um meio de manutenção do poder político: “a ruptura com a continuidade do poder tem de ser também uma ruptura com o vocabulário do poder”. A arte deve se tornar veículo da revolução da percepção em favor de uma nova sensorialidade. Deve ser uma revolta contra o estilo,

²⁶¹ MARCUSE, Herbert. *Um ensaio para a libertação*. Amadora: Bertrand, 1977, p. 17.

²⁶² *Ibid.*, p. 16-17.

²⁶³ *Ibid.*, p. 20.

contra a forma, contra o significado tradicional da arte²⁶⁴.

Páginas adiante, Marcuse afirma que a construção de uma nova sociedade pressupõe um tipo de homem com sensibilidade diferente, da qual surge uma consciência diferente com linguagem, gestos e impulsos diferentes. Essa nova sensibilidade torna-se uma força política que atravessa as fronteiras entre capitalismo e comunismo²⁶⁵. Homens e mulheres devem adquirir essa nova sensibilidade para se libertarem do sentimento de culpa pelos males, injustiças e misérias criados pela humanidade; “quando homens e mulheres agirem e pensarem livres dessa identificação terão quebrado a cadeia que ligava os pais aos filhos, de geração em geração”²⁶⁶.

Marcuse fala do papel do direito na formação da nova sociedade:

A velha história: direito contra direito, o direito positivo, codificado, esteio da sociedade existente, contra o direito negativo, não escrito, que é parte da própria existência do homem na história: o direito de pugnar por uma humanidade menos comprometida, menos culpada, menos explorada. Os dois direitos têm de entrar em conflito violento, uma vez que a sociedade estabelecida depende, para o seu funcionamento, da exploração e da culpa. A oposição não pode mudar tal estado de coisas pelos próprios meios que o sustentam. Para lá disso, há apenas o ideal e a ofensa, e aqueles que reivindicam ofensivamente um direito têm de responder pela ação cometida perante o tribunal da sociedade instituída, pois nem a consciência nem o compromisso para com um ideal legalizam a subversão de uma ordem estabelecida que define a ordem, ou sequer legitimam a perturbação de uma paz que é a da ordem estabelecida. Só a esta pertence o direito de infringir a paz e organizar o triunfo e a derrota²⁶⁷.

No seu livro sobre a interpretação e aplicação da Constituição, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, ao tratar da “objetividade desejada” e da “neutralidade impossível”, contrasta o conhecimento jurídico tradicional com a Teoria Crítica da qual Marcuse é um dos expoentes. Na sua concepção tradicional, o direito caracteriza-se pelo formalismo da aplicação da lei a uma situação de fato e pelo dogmatismo que se traduz na observância de conceitos e princípios rígidos e inquestionáveis. O direito é uma ciência, é “rigorosamente separado da política”. “O Estado é o árbitro imparcial dos conflitos que ocorrem na sociedade, e o juiz, como aplicador do direito, se pauta pela objetividade e neutralidade²⁶⁸.”

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 51-60.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 36-37.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 41.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 98.

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 282.

Barroso ressalta, porém, que a durabilidade da concepção clássica do direito não implica a sua legitimidade ou perfeição, e que, se ainda não se instituiu uma teoria alternativa e substitutiva da dogmática convencional, é porque ainda não se completou o ciclo histórico. Enaltece, então, a Teoria Crítica do Direito, que, “paralelamente ao processo puramente descritivo do objeto, preconiza a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista do princípio de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também sua transformação”²⁶⁹. Para a Teoria Crítica, o direito tem a função de ocultar as relações de poder, e nisso desempenha o papel de ideologia; a Teoria Crítica tem como missão denunciar esse ocultamento que se promove sob uma pretensa razão científica.

A Teoria Crítica, segundo Barroso, concede ao direito um papel revolucionário de transformação social na medida em que promove três questionamentos: a) do caráter científico do direito, que não tem a objetividade que se lhe costuma atribuir; b) da sua alegada neutralidade política, pois no direito deve ser reconhecida uma função ideológica; c) da pureza científica, pois admite para o direito uma interdisciplinaridade²⁷⁰. Nas suas palavras:

Além de não ser neutro, o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do direito. Mesmo o emprego dos mecanismos do direito posto conduz a resultados conflitantes, diante das possibilidades abertas pelo texto, circunstância que se torna ainda mais ostensiva quando se trate de normas constitucionais. Em palavras de Joseph William Singer, escrevendo sobre a versão norte-americana do movimento — os Critical Legal Studies —, a teoria crítica ‘acredita que o Direito não é apolítico e objetivo: advogados, juízes e juristas, em geral, fazem opções altamente discutíveis, mas se utilizam do discurso jurídico para fazer com que as instituições pareçam naturais e as regras neutras’²⁷¹.

Barroso destaca Marcuse, ao lado de Adorno, Horkheimer e Habermas, como a principal influência da Teoria Crítica pós-marxista, e cita a obra *O homem unidimensional*, acima mencionada, como influente para a Teoria Crítica do Direito²⁷². Em resumo, Barroso, na linha da Teoria Crítica, argumenta que a concepção clássica do direito não é legitimada pela sua durabilidade; que negar o papel desempenhado pela ideologia do intérprete da lei implica um compromisso com o *status quo* e um encobrimento das relações de poder; que é falsa a crença de que o direito seja politicamente neutro e cientificamente puro²⁷³.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 282.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 285.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 284.

²⁷² *Ibid.*, p. 284 e 317.

²⁷³ *Ibid.*, p. 284.

Contudo, ao propor a impossibilidade de o direito ser ideologicamente neutro, os juristas alinhados com a Teoria Crítica encontram argumento para utilizar-se dos meios judiciais a fim de veicular as ideologias defendidas pelos influenciadores dessa escola de pensamento, entre eles, Marcuse, e para promover, assim, a transformação dos valores com vistas a alcançar, se possível, a *sociedade livre* por eles sonhada e projetada. Parece possível, diante do exposto nesta seção e na anterior, afirmar que a Teoria Crítica do Direito é uma decorrência da doutrina da base e da superestrutura desenvolvidas por Marx e Gramsci.

4.6 Dworkin e a imprecisa moralidade política do juiz Hércules

Um exemplo bastante evidente de senso comum fabricado mediante a técnica diretiva e organizativa gramsciana de produção de hegemonia é o domínio da ideologia dworkiana nos ambientes jurídicos no Brasil. Excederia os limites do escopo e da metodologia da presente tese estudar os procedimentos pelos quais a obra de Dworkin angariou elevado prestígio e conformou em uma sólida visão de mundo os valores, percepções, crenças e explicações dos membros do Judiciário brasileiro. Admite-se, porém, que mecanismos estabelecidos de seleção e promoção dos juízes, que compreendem a aprovação em concursos públicos nos quais a visão de mundo do candidato é avaliada e a apreciação do merecimento pela conformação das decisões monocráticas ao pensamento dominante nas cortes superiores fizeram dos postulados de Dworkin uma norma cultural jurídica aceita e incontestável.

O poder conferido aos juízes que resulta da argumentação jurídica de Dworkin pode ser a principal causa dessa posição hegemônica. Merecem análise, de início, as suas seguintes definições do programa do ativismo judicial e do seu oposto, o programa da moderação judicial:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas no sentido que descrevi, a despeito das razões concorrentes do tipo que mencionei. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. (Esta é a colocação do programa em sua forma mais forte; na verdade, seus partidários geralmente acrescentam-lhe qualificações que por enquanto pretendo ignorar.)

Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade

política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco. (Outra vez, esta é uma apresentação do programa em sua forma mais dura; os partidários dessa política qualificam-na de diferentes maneiras.)²⁷⁴

A explicação do programa da moderação judicial mostra-se problemática, pois Dworkin afirma que as decisões de outros poderes devem ser mantidas mesmo se ofendam a "percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas", exceto se violem "estipulações de qualquer interpretação plausível". A sua argumentação indica que, sendo a violação às estipulações da interpretação plausível uma exceção, nem toda percepção que um juiz tenha dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas estará de acordo com uma interpretação plausível. O que se mostra um tipo de argumento retórico tautológico, cuja estrutura é *A deve ser B salvo se C*, sendo que $B=C$. Ou seja, considerando que toda percepção que um juiz tenha os princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas somente pode corresponder a uma interpretação plausível, não há falar-se em moderação judicial, expressão que se torna esvaziada de sentido.

A solução para a aparente falácia ou deficiência na argumentação no trecho transcrito pode advir do esclarecimento daquilo que Dworkin entende por moralidade política. Em local anterior, Dworkin reconheceu que os juízes devem, em certas ocasiões, emitir julgamentos de moralidade política no julgamento dos direitos jurídicos dos litigantes²⁷⁵. Sobre o argumento democrático de que os legisladores eleitos são mais qualificados para tomar decisões políticas, Dworkin afirma que se trata de um argumento fraco quando aplicado às decisões de princípio (padrão a ser observado por ser exigência de moralidade), e acrescenta que a história do juiz Hércules faz com que os juízos de teoria política possam ser emitidos tanto pelos juízes quanto pelo público em geral²⁷⁶.

A impossibilidade de existência de um juiz Hércules tem sido uma crítica comum à ideologia jurídica de Dworkin. Em uma dimensão ideal, ou melhor, utópica, o juiz Hércules é um juiz "superinteligente e extremamente trabalhador"²⁷⁷, um jurista com habilidades extraordinárias capaz de desafiar as práticas constitucionais estabelecidas. Como a existência do juiz Hércules é restrita a um imaginário utópico que apenas serve como esquema argumentativo, o resultado prático dessa versão idealizada de juiz traduz-se, conforme a

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215-216.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 141.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 192.

²⁷⁷ GUEST, Stephen, *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford Law, 2013, p. 83.

crítica formulada por Scott Shapiro, na excessiva confiança na capacidade intelectual dos juízes, a ponto de tornar ineficazes os mecanismos institucionais de controle e de relegar ao Judiciário o estabelecimento de decisões morais mediante discussões abstratas e distante da prática jurídica²⁷⁸.

Dworkin acusa de ambiguidade a crítica de que o juiz Hércules baseie-se em suas próprias convicções sobre a moralidade política, e propõe duas maneiras pelas quais uma autoridade pode decidir com base nas suas próprias opiniões. A primeira é uma forma de apelo à autoridade, quando esta acolhe como fundamento da decisão, por exemplo, a opinião dos seus eleitores os mesmo as suas próprias opiniões pessoais. A segunda considera a verdade ou solidez da crença defendida pela autoridade que decide, ainda que contrária às crenças das demais autoridades.

Hércules não se baseia em suas próprias convicções na forma descrita pela primeira dessas duas maneiras. Não leva em conta que o fato de ele próprio adotar uma concepção particular de liberdade religiosa, por exemplo, configura um argumento em favor de uma decisão que fortalece essa concepção. Portanto, se a objeção que estamos considerando for pertinente, ela deve dizer respeito à segunda maneira de basear-se em suas próprias convicções. Neste caso, porém, a objeção não pode ser uma objeção geral ao fato de ele confiar em qualquer uma de suas convicções, uma vez que ele deve, inevitavelmente, tornar algumas delas por base. Trata-se, na verdade, de uma objeção ao fato de ele confiar na solidez de algumas de suas convicções; esta objeção sustenta que ele deve acatar certos juízos emitidos por outros ainda que, em sua opinião, tais juízos estejam errados²⁷⁹.

Logo mais adiante, porém, Dworkin concede que a técnica do juiz Hércules pode implicar uma decisão contrária à moralidade popular – o autor exemplifica com a decisão favorável ao aborto – cuja justificação não seja encontrada em princípios liberais fortes utilizados em julgamentos anteriores. Nessa situação, Dworkin sustenta que o juiz Hércules deve chegar a essa decisão não importando quão intensa seja a reprovação popular ao aborto, e, para isso, não aplica as suas próprias convicções, mas julga que a moralidade popular é incoerente. A moralidade política é definida por um direito que os indivíduos possuem à aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições, e esse direito deve ser defendido pelo juiz Hércules mesmo contra toda opinião popular²⁸⁰.

Inicialmente, Dworkin sustenta que o o problema da legalização do aborto, que envolve a resposta sobre ser ou não o feto humano considerado uma pessoa desde o momento

²⁷⁸ SHAPIRO, Scott. *Legality*. Cambridge: Harvard University, 2011, p. 326, *apud* GUEST, *op. cit.*, p. 84.

²⁷⁹ DWORKIN, *op. cit.*, p. 194.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 197.

da concepção, é uma questão “pobre” para ser submetida ao exame do judiciário, dada a impossibilidade de ser resolvida por meio da pesquisa jurídica, da prova científica ou da análise conceitual. Esse fato explica por que muitos apelam para a ideia de que o problema do aborto deveria ser decidido pelo Poder Legislativo em suas discussões políticas e de que se mostra ofensiva a declaração de uma resposta por meio do Judiciário²⁸¹.

Dworkin questiona a proposta de que a diferentes grupos de americanos seja permitida a decisão sobre a melhor solução a ser tomada, mediante a discussão política desenvolvida em cada Estado: essa decisão não respeitaria a possibilidade de cada mulher decidir de acordo com as suas próprias convicções e necessidades, mas, em vez disso, sujeitaria o deslinde da sua situação concreta à força dos *lobbies* anti-aborto. A impressão inicial de que seria mais correto aquiescer com a proposta de uma solução pela via estreitamente política resulta, na visão de Dworkin, equivocada em termos práticos e jurídicos. Não se trata, para ele, de examinar o debate *Roe vs. Wade* sobre fundamentos metafísicos ou teológicos, mas sim de uma questão jurídica sobre a correta interpretação da Constituição a ser definida judicialmente em vez de politicamente. Para Dworkin, metafísica e teologia, de um lado, e o direito, do outro, são esferas separadas e portanto não haveria incongruência em entender que a melhor interpretação da Constituição não garantiria ao feto o *status* de pessoa²⁸².

Dworkin sustenta, na sequência, que a questão do aborto deve ser submetida à interpretação jurídica. Diante disso, observa que há coerência entre o princípio de que o feto não é uma pessoa constitucional e as outras partes do direito americano, assim como o senso dos cidadãos americanos de como esse tipo de questão deve ser decidida. Em especial o direito à liberdade e a vedação de sua limitação indevida por parte do Estado²⁸³.

Independentemente do mérito a ser resolvido na questão do aborto, a argumentação jurídica de Dworkin reflete o pensamento por ele desenvolvido desde os primeiros ensaios que culminaram no seu livro de estreia, *Taking rights seriously* (1977). Aqui, o autor assume o propósito de atacar em linhas gerais o positivismo anglo-americano na versão de H. L. A. Hart, e defender a tese de que os direitos individuais em face do Estado existem exteriormente à legislação e podem funcionar como princípios, políticas e outros padrões a serem evocados pelos juristas, particularmente nas disputas sobre *hard cases*²⁸⁴.

Dworkin denomina *princípio* “um padrão a ser observado, não porque promova ou

²⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Oxford: Oxford University, 1996, p. 45.

²⁸² *Ibid.*, p. 56.

²⁸³ *Ibid.*, p. 49.

²⁸⁴ DWORKIN, 2002, p. 35-36.

assegure uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é um requisito de justiça, equidade, ou outra dimensão de moralidade”²⁸⁵. Em que pese à função dos princípios como critérios normativos, o autor destaca que o ideal de que os juízes se restrinjam a aplicar o direito elaborado pelos outros poderes e não se encaminhem para criar o direito não é um ideal plenamente realizável na prática. Desse modo, aos juízes é autorizada a criação do direito, de modo secreto ou explícito, agindo como delegados do poder legislativo ao aprovar a lei que, no seu entender, os legisladores supostamente aprovariam²⁸⁶.

Porém, a criação de leis pelos juízes implicaria um nível de subordinação mais profundo, na medida em que seria necessário submeter a solução dos casos difíceis ao entendimento prévio do trabalho legislativo constante. Dworkin descarta, assim, que os juízes devam atuar como legisladores e que suas decisões que ultrapassem as decisões políticas anteriores devam ser equiparadas a decisões legislativas, pois essa postura ignora a importante distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política²⁸⁷.

Em *Law's empire* (1986), Dworkin prossegue na sua crítica ao positivismo conforme articulado por H.L.A. Hart em meados do século XX. Para os positivistas, explica Dworkin, não pode haver desacordo teórico quanto ao que seja o direito, uma vez que este consiste naquilo que as instituições jurídicas formularam no passado e que está registrado nas leis estabelecidas, e para resolver as questões que envolvam a aplicação das leis basta consultá-las. Por outro lado, há quem defenda que o direito deve ser aperfeiçoado pelos juízes, que devem sempre atuar politicamente em vez de se reduzirem a autômatos que aplicam a lei sem se importar com eventuais injustiças ou ineficiências que dela decorram²⁸⁸.

Dworkin defende a posição de que o direito e a prática jurídica possuem natureza de conceitos interpretativos. O desacordo entre normas jurídicas a serem aplicadas pode resultar nos casos difíceis (*hard cases*), em face dos quais o desenvolvimento de uma atitude interpretativa é capaz de conduzir para uma resposta correta. A atitude interpretativa envolve, em sua complexidade, dois componentes: a) a suposição de que uma prática não somente existe, mas também é dotada de valor, serve a algum interesse ou propósito ou aplica algum princípio (ou seja, possui um motivo) que pode ser enunciado independentemente da descrição das regras que compõem essa prática; b) a suposição adicional de que os requisitos dessa prática não são necessariamente ou exclusivamente o que sempre se considerou que fossem, mas devem ser sensíveis ao motivo da prática, sujeitando-se ao entendimento,

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 36.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 129.

²⁸⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Belknap, 1986, p. 7-8.

aplicação ou modificação de acordo com esse motivo. A partir da atitude interpretativa, a prática sob exame deixa de ser repetida mecanicamente e pode ser reestruturada conforme o significado que lhe seja atribuído²⁸⁹.

Por meio da interpretação construtiva, estabelece-se o significado de certa prática de modo a fazer dela o melhor exemplo possível da forma ou gênero a que pertence. O que não significa que o intérprete esteja autorizado a refazer a prática a seu bel-prazer. A história ou forma de uma prática restringe as suas interpretações possíveis²⁹⁰. A justiça consiste em uma instituição a ser interpretada e que possui uma história. Participamos dessa história toda vez que assumimos a atitude interpretativa diante das demandas, justificações e exceções que são feitas em nome da justiça. As interpretações progressivas da justiça tornaram-se mais complexas com o tempo, mas cada uma delas partindo da que lhe era anterior²⁹¹.

Dworkin introduz o princípio adjudicatório da integridade como alternativa ao convencionalismo e ao pragmatismo. O convencionalismo assemelha-se ao positivismo jurídico, segundo o qual os juízes prendem-se ao direito elaborado convencionalmente, e o pragmatismo implica que uma questão seja definida por suas consequências e de acordo com o interesse humano. De acordo com a teoria do direito como integridade, a integridade deve ser reconhecida como um terceiro ideal, independente em relação aos ideais de justiça e equidade.

Para alguns, a justiça está imbricada na equidade, a ponto de que qualquer resultado de um procedimento equânime deva ser considerado justo. Para outros, a equidade será testada pelo resultado, e o procedimento será justo desde que produza decisões políticas justas. Mas a maioria dos filósofos políticos concorda com uma visão intermediária de independência entre equidade e justiça. O governo da maioria pode parecer equânime na política mas, por outro lado, a maioria muitas vezes produz decisões injustas quanto aos direitos individuais. Os conflitos entre a equidade e a justiça geram questões difíceis, como a da restrição de poderes democráticos a fim de evitar que a maioria limite injustamente direitos individuais²⁹².

O direito como integridade aceita inteiramente a lei e os direitos legais, tal como o faz o convencionalismo, mas deste difere quanto à consistência para com as decisões políticas do passado. Os direitos e responsabilidades emanam das decisões passadas e são parte do direito, não apenas quando estão explícitos nessas decisões, mas também quando decorrem dos princípios de moralidade pessoal e política pressupostos pelas decisões explícitas por meio da

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 46-47.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 52.

²⁹¹ *Ibid.*, 74.

²⁹² *Ibid.*, p. 177-178.

justificação.

Os juízes devem aplicar os direitos e deveres legais na medida do possível com base na hipótese de terem sido criados por um único autor, a comunidade personificada, de um modo que expressam uma noção coerente de justiça e equidade. As proposições legais são verdadeiras caso estejam incluídas nos princípios de justiça, equidade e devido processo procedimental que oferecem a melhor interpretação construtiva das práticas legais da comunidade, ou ainda caso decorram desses princípios. O direito como integridade leva em consideração a história, pelo motivo de que os direitos e deveres emanantes das decisões passadas constituem o direito no qual se inserem os esquemas de princípios necessários para a justificação dessas decisões²⁹³.

Dworkin apresenta a teoria do direito como integridade nos seguintes termos:

Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto total de leis moralmente coerentes, e um princípio adjudicativo, que instrui que a lei seja vista como coerente dessa maneira, tanto quanto possível. Nossa principal preocupação é com o princípio adjudicativo, mas não ainda. Neste capítulo, argumento que o princípio legislativo faz parte de nossa prática política que nenhuma interpretação competente dessa prática pode ignorá-la. Medimos essa reivindicação nas duas dimensões agora familiares. Perguntamos se a suposição, que a integridade é um ideal distinto da política, se encaixa em nossa política e, em seguida, se ela honra nossa política.

(...)

A integridade não seria necessária como uma virtude política distinta em um estado utópico. A coerência seria garantida porque as autoridades sempre fariam o que fosse perfeitamente justo e justo. Na política comum, no entanto, devemos tratar a integridade como um ideal independente, se é que a aceitamos, porque ela pode conflitar com os outros ideais²⁹⁴.

Joseph Raz, defensor do positivismo jurídico e discípulo de Hart, desponta como um dos principais críticos da concepção dworkiniana do direito como integridade. Raz discorda que seja factível uma virtude de coerência por meio da lealdade com o passado que justifique o afastamento dos preceitos de justiça e equidade. Identifica em Dworkin a ideia de que explicar a natureza do direito equivale a propor uma interpretação do direito, sendo a interpretação definida como uma forte coerência monística, com a qual a interpretação dworkiniana está comprometida. O propósito da interpretação conforme sugerida por Dworkin consiste, então, em encontrar um propósito único que por sua vez unifique e domine todas as partes do objeto ou prática interpretada.

²⁹³ *Ibid.*, p. 225.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 178.

Raz concentra a sua crítica à teoria dworkiniana do direito como integridade na defesa que esta promove à atuação baseada em princípios que talvez nunca sejam considerados nem aprovados por nenhuma autoridade e que sejam princípios inferiores a outros alternativos em termos de justiça e equidade²⁹⁵. Dworkin responde, em síntese, que a crença na incorreção moral da legislação não basta como fundamento para que o juiz invalide essa legislação, devendo fazê-lo com base na Constituição para que sejam promovidos, assim, os direitos constitucionais²⁹⁶.

O juiz Hércules de Dworkin guarda estreita semelhança com a figura do *pambasileus* ou rei absoluto de Aristóteles (livro III da *Política*), o modelo ideal de governante inteiramente comprometido com os interesses da comunidade e com habilidade muito acima da média para desempenhar as responsabilidades do governo. Sob o reinado do *pambasileus*, os cidadãos veem-se despreocupados com os assuntos políticos para os quais a democracia lhes exigiria atenção, e são confortavelmente governados como se fossem crianças sob a autoridade do pai de família.

Na realidade, porém, não existe um indivíduo humano cuja virtude e inteligência seja tão superior a ponto de merecer a confiança dos demais para que exerça exclusivamente os poderes de decisão em matérias de ordem pública, o que leva Aristóteles, como se verá no próximo capítulo, a reconhecer a democracia como melhor forma de governo, uma vez que abrange o maior número de indivíduos na qualidade de cidadãos.

De modo similar, não é razoável pretender que, no mundo real, por mais notável que seja o saber jurídico de um juiz da Suprema Corte, que ele seja apto a julgar incoerente a moralidade popular no que diz respeito a temas tão relevantes para uma comunidade humana quanto o direito à vida. Assim como Marx, Gramsci e Marcuse, Dworkin é expositor de uma ideologia que não oferece ao julgador instrumentos para conhecer as relações de direito concretas e delas extrair uma decisão justa, mas sim que orienta os juízes à ação, no sentido da afirmação das suas crenças sobre a sociedade em prejuízo da aplicação do direito produzido nos espaços de deliberação propriamente democráticos, e que se presta, com isso, à engenharia social utópica, que parte de um objetivo político final a ser alcançado.

²⁹⁵ RAZ, Joseph. Speaking with one voice: on dworkinian integrity and coherence. In: BURLEY, Justine (ed.). *Dworkin and his critics*. Malden: Blackwell, 2004, p. 285-290.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 385.

5 SE AINDA É POSSÍVEL ACREDITAR NA DEMOCRACIA

5.1 Consagração da democracia como modelo ideal para Aristóteles

5.1.1 O posicionamento de Aristóteles com relação à democracia

Na democracia, o povo é supremo (*Política*, 1278b13). Mas a supremacia do povo não é tão exata quanto a conclusão de um silogismo simples poderia expor. Mesmo a palavra *democracia* adquiriu conotações muito diversas e imprecisas. Nos anos 1940, quando o mundo era aterrorizado pela Segunda Guerra Mundial, a qual se consubstanciava num conflito entre potências totalitárias e democráticas, a palavra *democracia* já servia para fomentar paixões políticas favoráveis e contrárias a ela, porém sem muita clareza quanto ao estado de coisas na esfera política a que os interlocutores se referiam quando a utilizavam²⁹⁷.

Para Aristóteles, o Estado é um composto de cidadãos (1274b40) e, portanto, a pergunta inicial no diagnóstico da forma do Estado é: *quem é o cidadão?* A resposta será demonstrativa da forma de constituição tratada, pois quem é cidadão numa democracia provavelmente não o seria numa oligarquia. No sentido mais estrito, o cidadão é aquele que tem uma participação na administração da justiça e nos cargos ou poderes públicos (1275a22-24). Ocorre, porém, que existem restrições à ocupação desses cargos ou poderes, sendo que muitos deles são descontínuos e não podem ser ocupados pela mesma pessoa após certo intervalo. Na definição de Aristóteles, cidadão de um Estado é quem tem o poder de participar da administração deliberativa e judicial de um Estado (1275b19-20).

De qualquer modo, aqueles que têm o poder supremo são os que governam. Tendo isso em vista, Aristóteles oferece uma definição abrangente do cidadão como aquele que participa de um *poder público indefinido* (ἀόριστος ἀρχή²⁹⁸) (1275a32). Ou seja, como resume Pellegrin, cidadão é aquele que participa do poder²⁹⁹. O cidadão difere, contudo, de acordo com os diferentes tipos de governo, de modo que a definição aristotélica é adaptada

²⁹⁷ FARRELL, Walter; ADLER, Mortimer. *The Theory of Democracy. The thomist: a speculative quarterly review*, v. 3, n. 3, Jul. 1941.

²⁹⁸ Benjamin Jowett traduz ἀρχή como *office* (cargo político). Prefiro traduzir como *poder público* com base no significado de reino, poder, relacionado com ἀρχεῖον (prédio público), conforme definido por Robert Beekes, e soberania ou método de governo, conforme definido por Liddell e Scott, para dar maior abrangência ao significado de ἀόριστος ἀρχή como o poder ou soberania geral na condução dos assuntos públicos da *pólis*.

²⁹⁹ PELLEGRIN, Pierre. *Aristotle and Democracy*. In: SFENDONI-MENTZOU, Demetra. *Aristotle: contemporary perspectives on his thought*. Berlin: De Gruyter, 2018, p. 204.

para o cidadão de uma democracia, mas não necessariamente para as demais formas (1275b5-7).

As formas de governo tidas como verdadeiras — monarquia, aristocracia e governo constitucional — permitem níveis diferentes de participação política aos seus cidadãos. Estranhamente, na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles havia afirmado que o reinado — uma das espécies de monarquia ao lado da tirania (1279a32-b7) — é a melhor forma de governo (1160a35-36), apesar de ser, entre as formas tidas como verdadeiras, a que confere nenhum espaço de participação aos cidadãos, por ser o governo de um só indivíduo.

C. C. W. Taylor ressalta a tensão gerada por dois aspectos da teoria aristotélica quanto a esse ponto: a) o descritivo-classificatório; b) o analítico-prescritivo³⁰⁰. O primeiro aspecto compreende a atividade de identificar e classificar os tipos de sistemas governamentais existentes na realidade das comunidades políticas reconhecidas como *póleis* (uma comunidade mais ou menos autônoma, em geral mas não necessariamente grega, habitante de um território de certa forma contínuo e pequeno, com um núcleo urbano e pequenos povoados circundantes). O segundo aspecto repousa sobre alguns princípios, tais como (i) o entendimento de que a natureza de um ente natural somente pode ser obtido quando esse ente esteja completamente desenvolvido; (ii) a *pólis* é uma forma específica de comunidade, e cada comunidade é uma entidade natural, desenvolvida a partir das respostas às necessidades específicas dos seus instituidores; (iii) o completo desenvolvimento da *pólis* é o estado organizacional no qual as necessidades específicas dos seus instituidores são atendidas do modo mais completo possível³⁰¹.

A tensão percebida por Taylor entre os aspectos descritivo-classificatório e analítico-prescritivo pode ser explicada pela resposta crítica oferecida por Aristóteles ao modelo da *segunda navegação* de Platão. Esse é outro tema bastante extenso e complexo da filosofia, sobre o qual cabem aqui alguns parágrafos que se pretendem úteis para compreender os dois aspectos tensionantes na filosofia política aristotélica. Estudiosos do pensamento clássico como Werner Jaeger e Giovanni Reale defendem que não se pode compreender Aristóteles senão começando pelo estudo das suas críticas a Platão.

Essas críticas são dirigidas à chamada segunda navegação, isto é, a passagem da investigação física dos pré-socráticos ao plano metafísico. As posturas divergentes entre Platão e Aristóteles são ilustradas no famoso afresco de Rafael, *Escola de Atenas*, no qual os

³⁰⁰ TAYLOR, W. W. C. Politics. In: BARNES, Jonathan (ed.). *The Cambridge companion to Aristotle*. Cambridge: Cambridge University, 1995, p. 243.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 244.

dois grandes filósofos aparecem ao centro dialogando, sendo que Platão aponta para cima e Aristóteles estende sua mão para baixo.

O nome *segunda navegação* é uma metáfora tirada da linguagem náutica, e indica a navegação que é realizada quando os ventos diminuem. Não sendo possível navegar com as velas (isto é, a primeira navegação), devido à falta de ação dos ventos para propulsionar a embarcação, é preciso usar os remos para, por meio do esforço humano, sair-se da imobilidade ocasionada pela calmaria. No diálogo *Fédon*, Platão aplica a metáfora. Enquanto a primeira navegação corresponde à percepção das coisas por meio dos sentidos corpóreos, a segunda navegação recorre ao pensamento para provar que existe a beleza-em-si, e que, se uma coisa é bela, o que a faz bela é a comunicação da beleza-em-si (99d-100a)³⁰². Somente depois da segunda navegação platônica é que se pôde falar, em filosofia, de corpóreo e incorpóreo, sensível e supra-sensível etc.

Giovanni Reale assim descreve as críticas de Aristóteles à teoria platônica das Ideias e o novo paradigma proposto:

Em todo caso, Platão não alimentou interesses específicos e particulares pelos fenômenos físicos como tais. Ele preocupou-se muito mais com indagar a estrutura do mundo ideal como tal, do que com as suas específicas relações com o sensível e, em particular, com a estrutura deste. E a maior parte dos discípulos da Academia centraram as suas discussões segundo a perspectiva e o aspecto transcendente dos Princípios e das Ideias, tentando deduzir os nexos neles fundados e buscando estabelecer de que modo as realidades se deduzem dos Princípios primeiros. Assim eles terminaram, em certo sentido, por deixar na sombra os fenômenos e o mundo físico, para explicar os Princípios e as Idéias que neles tinham sido introduzidos, e pelos quais Aristóteles nutria o máximo interesse. Por consequência, explica-se perfeitamente a enérgica reação de Aristóteles. Se os Princípios e as Idéias são supra-sensíveis e transcendentais, então eles não servem de modo algum ao objetivo em vista do qual foram introduzidos: justamente enquanto transcendentais, eles não podem ser nem causa da existência, nem causa do conhecimento das coisas sensíveis, porque a *causa essendi et cognoscendi* das coisas deve estar nas coisas e não fora delas. Todas as numerosas críticas aristotélicas (que o leitor poderá ver no nosso comentário à *Metafísica*) reduzem-se, teoricamente, a um núcleo fundamental, que pode ser resumido do seguinte modo: em lugar do Princípio transcendente do Uno-Bem, será preciso introduzir o Bem entendido como causa final de toda a realidade (como “aquilo a que todas as coisas tendem”); em lugar das Idéias transcendentais, será preciso introduzir as Formas ou essências imanentes, entendendo-as como a estrutura inteligível de todo o real, e do sensível de modo particular³⁰³.

³⁰² PLATÃO. *Fédon*. Edição bilíngue. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: UFPA, 2002, p. 165-167.

³⁰³ REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga*. v. 2. 9. ed. São Paulo: Loyola, 1992, p. 325-326.

Assim é que Aristóteles substitui a concepção de supra-sensível, da localização das ideias no hiperurânio, pela concepção da estrutura imanente do sensível e pela concepção do supra-sensível entendido como inteligência transcendente.

Esses fundamentos de Aristóteles vão informar a sua filosofia política e jurídica. A política e o direito pertencem ao mundo das coisas e compete ao filósofo descobri-los pela verificação de que os seres que habitam a realidade contingente tendem para a sua finalidade, que é a sua forma perfeita, mas, na prática, ficam longe dela. Nesse sentido, Schilling observa que tanto Platão quanto Aristóteles partem das possibilidades humanas na natureza e se desenvolvem socialmente até chegar à *pólis*. No entanto, enquanto Platão nega as variantes dos partidos da *pólis* e exige o domínio e a comunidade de cidadãos educados pela razão e para a razão, Aristóteles volta-se para a consistência histórica da *pólis* e baseia a sua concepção de justiça nos fatores sociais da família e da economia³⁰⁴.

Aristóteles, conforme aponta Taylor, dedica sua maior atenção à forma de governo denominada *pambasileia* ou reinado total, que seria equivalente ao governo de uma *pólis* como se fosse uma *oikonomia* ou governo do patriarca sobre seu lar, filhos, esposa e escravos. Sendo os filhos, ainda crianças, dotados de capacidade deliberativa incompleta; sendo a esposa dotada de capacidade deliberativa mas desprovida de autoridade; e sendo os escravos desprovidos de capacidade deliberativa, a *pambasileia* apresenta-se como um modelo de governo adequado para governar uma comunidade de homens adultos que não possuem a sabedoria necessária para administrar as suas próprias vidas. Necessitam eles, assim, de estar sujeitos ao governo de um rei. Ou seja, as características da *pambasileia* colocam-na em conflito com a definição aristotélica de cidadão³⁰⁵.

Três grandes dificuldades erguem-se da descrição da *pambasileia* como reinado total, de acordo com o comentário de Taylor: a) numa comunidade de homens semelhantes entre si, é contrário à natureza que um deles exerça o controle sobre os demais, pois isso sugeriria nestes a carência da sabedoria necessária para governar as suas próprias vidas; b) não é um ideal praticável que exista um ser humano dotado de excelência sobre-humana a ponto de ser uma espécie de deus entre os homens e de ser ele a própria lei; c) a explicação aristotélica da sociabilidade humana pressupõe o exercício compartilhado da *phrónēsis*, incompatível com a aquiescência pura e simples à vontade absoluta de um rei³⁰⁶.

³⁰⁴ SCHILLING, Kurt. *op. cit.*, p. 94.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 245.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 245-246.

Mais adiante, ao considerar as explanações de Aristóteles sobre a melhor forma de *pólis*, Taylor anota a distinção entre a melhor forma ideal (descrita nos livros VII-VIII da *Política*) e a melhor forma para a maior parte das pessoas nas suas circunstâncias reais (livros IV-VI). Seguindo a ideia de que o objetivo natural da comunidade é a realização do interesse comum, Taylor constata que, sendo, os elementos constitutivos da boa vida, virtudes do intelecto que, ao contrário das riquezas e das honrarias, não podem ser distribuídas, e que o melhor Estado é aquele no qual cada cidadão tem oportunidade para obter a completa excelência nesses elementos, resulta que a melhor forma de *pólis* frustra o seu objetivo em relação à maioria dos seus habitantes, os quais não são considerados cidadãos. Trata-se de uma “unidade problemática” entre cidadãos e não cidadãos, apresentada no livro VII, capítulo 9 da *Política*, onde consta que a classe governante deve ser proprietária, por ser constituída de cidadãos, ao passo que artesãos, comerciantes e camponeses não são cidadãos e estão, assim, excluídos da felicidade geral³⁰⁷.

No entanto, caso se perquirir o texto da *Política* sobre o que possuem em comum aquelas pessoas excluídas da cidadania, verificar-se-á que elas não fazem parte da mesma raça ou tribo (não eram *ὁμόφυλος*, *omófylos*) e não são dotadas de *thumós* (característica estudada nos parágrafos finais do capítulo 2 desta tese). Vale dizer, os mais propensos a serem excluídos da condição de cidadãos, ou de serem reconhecidos como escravos por natureza, eram aqueles indivíduos que não possuíam um senso de pertencimento a uma nação, pois não se identificavam nem se comprometiam com uma origem, cultura, tradição e valores em comum; tampouco alimentavam em si o espírito político que lhes motivasse a trabalhar coletivamente em prol do bem comum.

Obviamente, o desafio que se coloca nos dias atuais é o do aperfeiçoamento da democracia contemporânea, que estendeu a condição de cidadãos a um número muito mais amplo de pessoas do que era admitido na clássica *pólis* grega. Porém, as virtudes políticas de que necessitavam os cidadãos de há cerca de 2350 anos não eram muito diferentes das requeridas aos cidadãos dos dias atuais para bom funcionamento de um Estado democrático. Enfatizando a importância do engajamento cívico ativo e da busca do bem comum, a filosofia política aristotélica conclui que os indivíduos podem aproximar-se do seu potencial máximo e alcançar a *eudaimonia* por meio da participação ativa na vida política.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 249.

5.1.2 A inspiração aristotélica de Josiah Ober para a democracia epistêmica

Josiah Ober é um autor que merece destaque nas reflexões deste capítulo. Ele é professor de ciência política e estudos clássicos na Universidade de Stanford e autor de vários livros sobre a democracia na Grécia Antiga, sua origem, significado; as relações entre as massas e a elite na Atenas democrática; a relação entre democracia e conhecimento, e os possíveis ensinamentos para as democracias modernas. Em seus estudos, Ober analisa os modelos de tomadas de decisão dentro do conceito de democracia epistêmica, o qual se baseia na ideia de que a tomada de decisão democrática deve ser baseada no conhecimento coletivo e na capacidade técnica (*expertise*) dos cidadãos; e utiliza passagens da filosofia de Aristóteles para propor modelos satisfatórios de decisão coletiva democrática.

Embora Aristóteles não tenha abordado explicitamente a democracia epistêmica como um conceito, há aspectos de suas obras que se aproximam dessa ideia. Como será visto a seguir, ele enfatiza a importância da sabedoria coletiva dos cidadãos na tomada de decisões democráticas, o que requer cidadãos capazes de participar da deliberação política e fazer escolhas informadas. O conceito de *proairesis* apresentado na seção 2.4 desta tese mostra-se como um meio de descobrir a verdade e fazer escolhas informadas coletivamente por meio do diálogo fundamentado entre os cidadãos. Além disso, o cultivo das virtudes pelos cidadãos torna-os essenciais para o bom funcionamento da democracia, assim como o seu aperfeiçoamento nas suas respectivas áreas profissionais.

Para compreender-se a concepção aristotélica de democracia, Ober propõe o estudo da *Política* pela sua divisão em três grandes iniciativas: (i) uma explicação natural e teleológica da emergência e características da *pólis*; (ii) uma explicação empírica e histórica das variedades de arranjos institucionais entre as *póleis*; (iii) uma descrição detalhada das melhores *póleis* possíveis. Para que a interpretação da *Política* seja razoável, nenhuma dessas linhas deve ser excluída durante o estudo. A ideia mostra-se como um método viável de estudo do texto aristotélico em face da interpolação de reflexões que dificulta a pretensão de uma leitura retilínea. Seguindo essa proposta, Ober sugere que certos traços da democracia são tratados por Aristóteles como características emergentes da natureza humana³⁰⁸.

O ciclo natureza-história, segundo os passos trilhados por Ober para enfrentar o problema da reconciliação entre teleologia natural e história no pensamento político de Aristóteles, revela que o *telos* da *pólis* natural é, ao mesmo tempo, aristocrático e

³⁰⁸ OBER, Josiah. Aristotle's natural democracy. In: KRAUT, Richard; SKULTETY, Steven (ed.). *Aristotle's Politics: critical essays*. Lanham: Rowman and Littlefield, 2005, p. 223-243.

democrático. Por um lado, os cidadãos governantes da *pólis* que resulta do ciclo natureza-história manifestam a virtude política e participam de uma educação padronizada centrada no aperfeiçoamento dessa virtude. Por outro lado, porém, o caráter democrático dessa *pólis* se manifesta na impossibilidade *ab initio* de qualquer cidadão da participação ativa, embora essa qualidade de cidadão seja restrita a homens adultos nativos livres. Tal seria a *democracia natural* de Aristóteles.

Ober acrescenta, contudo, que a condição social natural humana próxima do que se entende por democracia é verificada através do estudo antropológico de sociedades que resistem às ameaças de tiranias e oligarquias. Há, assim, tanto uma certa presunção de capacidade política inerente quanto um compromisso com a igualdade política que emergem da natureza humana. Além disso, extrai-se do texto de Aristóteles que a mais básica e importante capacidade política humana, depois da fala, é a deliberação, e ela encontra a sua utilização ótima por meio do processo de *somatório* descrito nesta passagem:

O princípio de que a multidão deve ser suprema em vez de poucos é mantido e, embora não livre de dificuldades, parece conter um elemento de verdade. Pois os muitos, dos quais cada indivíduo é apenas uma pessoa comum, quando se reúnem podem muito provavelmente ser melhores do que os poucos bons, se considerados não individualmente, mas coletivamente, assim como um banquete para o qual muitos contribuem é melhor do que um jantar oferecido por um único pagante. Pois cada indivíduo entre muitos tem uma parcela de virtude e prudência, e quando eles se encontram, eles se tornam de certa forma um homem, que tem muitos pés, mãos e sentidos; isso é uma figura de sua mente e disposição. Portanto, muitos são melhores juízes do que um único homem de música e poesia; pois alguns entendem uma parte, outros entendem outra, e entre eles entendem o todo (*Política*, livro III, capítulo 11, 1281a40-b10).

O argumento do *somatório* constitui, de acordo com Ober, um teste para a *democracia natural*, uma vez que demonstra o favorecimento, pelo modelo democrático de tomada de decisão, das capacidades mais identificadas com a natureza política dos seres humanos. Conclui, o historiador e classicista norte-americano, que o argumento aristotélico do *somatório*, aliado à assunção de que virtualmente todos os seres humanos vêm ao mundo com o potencial de se tornar plenamente animais políticos, é capaz de prover uma teoria política democrática superadora do liberalismo analítico e do comunitarismo³⁰⁹.

Em outro artigo, Ober trabalha a questão de ser a democracia capaz de apropriar-se do conhecimento de especialistas sem, contudo, perder os seus valores democráticos:

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 240.

Uma condição capacitadora para a democracia epistêmica é a participação na tomada de decisões por cidadãos que atendem às fontes relevantes de conhecimento, à verdadeira *expertise* e aos especialistas genuínos. No entanto, como evitar que a atenção aos especialistas se transforme em um governo dos especialistas, levando assim ao eclipse da igualdade política e, pelo menos potencialmente, também ao eclipse da liberdade e da dignidade?³¹⁰

Ele menciona como exemplo a sugestão do professor Philip Pettit, de que numa ordem constitucional o poder *autoral* de criar as leis seja entregue a corpos deliberativos despolitizados, enquanto os cidadãos comuns exerçam apenas um poder *editorial*. Ober salienta que qualquer modelo de democracia epistêmica precisa lidar com os desafios de encontrar o adequado equilíbrio entre a racionalidade coletiva e o controle pelas elites especializadas. A cidade-estado utópica de Callópolis, imaginada por Platão, governada por reis-filósofos que adquiriram sabedoria e conhecimento por meio de rigoroso treinamento filosófico, além de ser uma proposta antidemocrática, é irrealista, uma vez que não existem especialistas políticos com tamanha capacidade para dirigir as ações de todos aqueles que trabalham para a realização da democracia.

Ober então analisa as características deliberativas da *Relevant Expertise Aggregation (REA)*, um conceito em democracia epistêmica que visa a incorporar e agregar conhecimentos relevantes nos processos de tomada de decisão, como um sistema de meio termo ao estilo aristotélico na tomada de decisões fundamentadas em conhecimentos relevantes. Porém, quanto ao aspecto democrático do conceito *REA*, Ober conclui que o mencionado conceito se mostra adequado aos propósitos das organizações que buscam promover interesses coletivos democráticos, mas que não deixa de ser propício também para veicular os interesses de facções políticas ou para os propósitos das organizações antidemocráticas.

Cabe aqui a reflexão de que, embora a ideia lastreadora da criação de órgãos despolitizados ou exclusivamente técnicos seja reduzir ou eliminar a política partidária e as influências políticas do processo legislativo, visando a uma tomada de decisão mais objetiva, na prática é previsível que esses órgãos não sejam assim tão impermeáveis à politização partidária — como aliás demonstra o ativismo judicial. Esse modelo sujeita-se ainda à crítica de que a remoção dos representantes políticos eleitos do processo legislativo venha a

³¹⁰ OBER, Josiah. Democracy's wisdom: an aristotelian middle way for collective judgment. *American political science review*, v. 107, n. 1, fev. 2013, p. 103-122. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-political-science-review>>. Acesso em: 14 jul. 2023.

prejudicar a responsabilidade democrática e a representação dos interesses diversos que compõem o quadro de uma democracia, além de potencialmente concentrar o poder nas mãos de indivíduos ou grupos não eleitos ou não sujeitos à responsabilização (*accountability*) perante o eleitorado.

5.2 Legitimidade democrática na interpretação e no controle da Constituição

5.2.1 Os modelos aristotélico e iluminista de atuação do Poder Judiciário

Na típica solução da divisão dos poderes formulado de modo mais definitivo e influente por Montesquieu, as funções fundamentais do poder de governo são repartidas entre autoridades com o propósito de limitação recíproca do exercício da parcela de poder atribuída a cada uma dessas autoridades. Evita-se, com isso, seja que o poder governamental concentre-se em uma única pessoa, seja que ele se pulverize de modo confuso entre sujeitos diversos. A tarefa de emanção das leis nesse modelo é atribuída, em regra, às câmaras legislativas, tendo, porém, o chefe de Estado um número maior ou menor de competências que participam da elaboração das leis ou nela influem.

No que tange à separação dos poderes, um primeiro delineamento dessa doutrina pode ser encontrado no livro IV, capítulo XIV da *Política*. Aristóteles explica que três elementos devem estar presentes em toda Constituição. O primeiro deles é o que delibera sobre assuntos públicos. Ao segundo cabe questionar o que deve ser feito e sobre o que deve ser exercida a autoridade. O terceiro é o poder judicial, que é matéria do capítulo XVI, no qual Aristóteles enumera três pontos com base nos quais as cortes judiciais podem ser especificadas: (i) se os juízes são selecionados entre todos ou entre alguns; (ii) os tipos de corte existentes e (iii) se os juízes são escolhidos por votação ou sorteio. Mas, como observam Calabresi *et alii*, “Aristóteles nunca realmente desenvolve esse *insight*, nem fala sobre a importância de manter essas três funções separadas e equilibradas entre si”³¹¹.

O filósofo grego assim classifica os modos de seleção dos juízes (1301a10-15):

Em quantas formas que as cortes de justiça podem ser estabelecidas foi considerado agora. A primeira forma, a saber, a que os juízes são tirados de todos os cidadãos, e em que todas as causas são julgadas, é democrática; a segunda, na qual a corte é composta por poucos que julgam todas as causas,

³¹¹ CALABRESI, Steven G.; BERGHAUSEN, Mark E.; ALBERTSON, Skylar. The rise and fall of the separation of powers. p. 534, nota 39. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=nulr>> Acesso em: 22 nov. 2022.

é oligárquica; a terceira, na qual alguns tribunais são compostos por todas as classes e alguns por certas classes, aristocratas e constitucionais.

Essas modalidades de composição das cortes refletem a distribuição do poder dentro da sociedade. Mas a melhor Constituição, segundo Aristóteles, é aquela que combina todas as formas de governo — monarquia, oligarquia, e democracia. A monarquia é exercida pelo rei, a oligarquia pelo conselho de anciãos e a democracia por uma assembleia selecionada pelo povo (*Política*, 1265b35-40).

A democracia reclama a escolha dos juízes de entre todos os cidadãos e não a partir de uma classe privilegiada; mas que os critérios para a escolha dos magistrados e para o exercício da função jurisdicional devem estar ligados à definição de justiça centrada na deliberação sobre a distribuição proporcional de bens e males. Trata-se, em tese, de critérios técnicos e apartidários. A estabilidade e abrangência das leis democráticas exigem que o papel de legislar seja estranho ao Poder Judiciário, assim como deve sê-lo a formulação de modelos de sociedades mais justas.

Na esfera das câmaras legislativas, são pertinentes os debates apaixonados, nos quais a pessoa do representante eleito personifica os componentes emocionais de parte da população e os expressa nos desafios da atividade política que decidirá os rumos da comunidade e dos seus diversos setores. Mas, no que se refere ao Judiciário, para Aristóteles, “o ataque verbal, a compaixão, a ira e outras paixões da alma semelhantes a estas não afetam o assunto, mas sim o juiz”, ou seja, não têm a ver com os fatos *sub judice* mas são aspectos da subjetividade da pessoa do julgador.

Além disso, o juiz deve ser autorizado a decidir sobre um número o mais limitado possível de questões, como as relativas ao que aconteceu ao não, ao que é ou não é e ao que será ou não será; ou seja, as questões pertencentes à realidade: as leis são promulgadas pelo legislador “depois de uma longa experiência de deliberação” e incidem sobre o futuro e os casos gerais, o que não cabe às decisões judiciais, que versam sobre os casos atuais e concretos (*Retórica*, I.1, 1354a-1354b)³¹².

Percebe-se, assim, que na configuração dos poderes segundo a filosofia aristotélica a função jurisdicional compete a preservação e a efetivação do ordenamento constitucional por meio de procedimentos distintos daqueles que são próprios à função legislativa; enquanto esta constitui o ordenamento jurídico, aquela o tutela e o efetiva. A proibição de criação do direito pelo órgão judiciário decorre ainda do modelo clássico de divisão orgânica dos poderes. Na

³¹² ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, p. 89-92.

França essa proibição aparece prevista expressamente no art. 5º do Código Civil promulgado por Napoleão Bonaparte em 1804 e ainda em vigor. O objetivo jurisdicional de manter e concretizar os princípios e normas constitucionais é veiculado especialmente através da interpretação e do controle da constitucionalidade, de modo obrigatório às pessoas às quais o ato jurisdicional se dirige e aos casos especiais submetidos ao exame da Suprema Corte.

Na definição de ativismo judicial sugerida na seção 3.1 desta tese, estão presentes elementos objetivos como a ampliação do poder da Suprema Corte e a alteração do direito vigente, mas também subjetivos, como a veiculação de razões subjetivas e ideológicas e a conformação da sociedade a preferências políticas pessoais por meio de decisões com eficácia frente a toda a população. Nos seus aspectos subjetivos, o ativismo judicial afronta o princípio jurisdicional da vinculação, segundo o qual os fins do exercício jurisdicional são subordinados aos fins propostos pelo legislador, não podendo o juiz exceder o objeto e os limites da lei.

No sistema vigente no Brasil, a formação das leis constitucionais realiza-se por modalidades diversas de procedimentos de fato. Situa-se acima, em escala de importância, dos processos de emanção das leis ordinárias, pois entre as leis ordinárias e as leis constitucionais há uma diferenciação básica para a democracia: a) as leis ordinárias, ainda que gozem de extensão geral abrangente do próprio Estado, traduzem comandos, princípios diretivos ou permissões que regulam a vida em sociedade, de modo, porém, condicionado a princípios e normas superiores estabelecidos nas leis constitucionais; b) as leis constitucionais são aquelas que expressam e estabelecem formalmente a ordem do corpo social estruturado sob um Estado, a fim de conferir-lhe estabilidade e permanência.

Em se tratando de uma democracia, a iniciativa da formação ou renovação das leis constitucionais é popular, e a Constituição formalizada em documento escrito é elaborada por uma assembleia constituinte. A subsequente aplicação e revisão das normas constitucionais é realizada pelas autoridades com competência e nos limites previstos pelo próprio texto constitucional, de modo a confirmar a participação da vontade popular nos processos de atualização dos princípios e valores inscritos na lei suprema.

A reflexão sobre os princípios a serem observados na interpretação e no controle da sujeição das leis ordinárias deve observar a natureza democrática sobre a qual a Constituição se legitima. Em razão disso, o órgão titular da função jurisdicional de interpretar e controlar o respeito para com a supremacia das normas constitucionais não assume, com exclusividade, o poder de discutir e afirmar o significado dos princípios e valores que organizam democraticamente a sociedade.

5.2.2 As propostas de Marinoni para fomentar o diálogo institucional

No Brasil, o jurista Luiz Guilherme Marinoni publicou uma série de livros recentes nos quais analisa o poder decisório do Supremo Tribunal Federal na tutela da Constituição em face da democracia, levando em consideração a racionalidade das técnicas de controle de constitucionalidade, a forma e o alcance das decisões, a modulação dos efeitos, o diálogo institucional. Segundo o autor, a ideia de que *não há constituição sem povo* não deve ser tida como meramente retórica, mas implica que não cabe a exclusividade ao Supremo Tribunal Federal na interpretação da Constituição, autoproclamada no argumento de que essa corte detém *a última palavra*: “Chega a ser intuitivo que, se a Constituição é uma consequência do povo e, portanto, a ele pertence, a interpretação constitucional é, acima de tudo, da titularidade das pessoas e não da incumbência exclusiva do Judiciário”³¹³.

Admitir que a interpretação constitucional pertence à Corte, como se as pessoas fossem incapazes de escolher os seus destinos e os demais poderes - eleitos democraticamente - não devessem ter participação decisiva em torno do diálogo sobre o significado da Constituição, é algo que contradiz os valores democráticos e o fato de que o significado da Constituição estabelece o modo de ser da vida em sociedade. Deixar a interpretação da Constituição nas mãos de alguns poucos que, embora preparados para argumentar em termos jurídicos, não têm qualquer legitimidade democrática, é algo que chega bem perto do absurdo³¹⁴.

A distinção entre interpretação e mutação constitucional decorre da chamada *textura aberta* das normas constitucionais. A noção de textura aberta foi apresentada por Herbert Hart na obra *O conceito de direito* (1961), e representa uma certa *orla de imprecisão* necessária às normas amplas e gerais de uma Constituição. Dado que a Constituição fornece os *critérios últimos de validade* de um sistema jurídico, os princípios e normas escritos no seu texto equivalem a parâmetros segundo os quais a validade ou invalidade das leis ordinárias há de ser julgada. Assim, mostra-se inevitável uma dualidade de certeza e de dúvida quando se trata da interpretação da Constituição, pois nem em todos os casos é perceptível com nitidez como as suas normas gerais devem ser aplicadas aos casos particulares.

Nas palavras de Hart:

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tipos de decisão constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 9.

³¹⁴ *Ibid.*, loc. cit.

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta. Até aqui, apresentámos tal, no caso da legislação, como um aspecto geral da linguagem humana; a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de facto³¹⁵.

A mutação constitucional ocorre quando o conteúdo da norma é alterado sem que se promova alteração formal do texto. Ou seja, é uma reforma da Constituição por via informal, “operada pela jurisprudência ou por novas práticas políticas ou sociais”³¹⁶. Conforme explica Marinoni, os dispositivos de textura aberta promovem uma aproximação entre interpretação e mutação constitucional, pois há o risco de que a interpretação se transforme em criação de normas constitucionais que não estão presentes no texto interpretado. Também há risco na interpretação pura e simples, uma vez que os critérios utilizados sejam utilizados equivocadamente ou que o sentido extraído do texto, embora supostamente coincida com os fatos e valores sociais, sirva na prática de veículo para o mero gosto do intérprete.

Essa última situação vem sendo ocasionada, segundo Marinoni, pela teoria da interpretação ostentada por Peter Häberle. Para esse autor, embora a interpretação constitucional deva ser garantida pela teoria democrática, a Suprema Corte deve fornecer a última palavra, sendo compatível com a democracia a participação de representantes do povo na condição de *amici curiae* ou de técnicos, ainda que a interpretação resultante venha a mostrar-se inconsistente com os preceitos constitucionais sob exame³¹⁷.

Em vista disso, Marinoni defende a distinção e o estabelecimento de limites entre a interpretação e a mutação, mas também de modo a que se não negue que o texto constitucional deva ser atualizado pela Corte mediante os fatos que se apresentam no presente. As normas abertas, dotadas de conceitos indeterminados, são inevitáveis em face da impossibilidade de enumerar todas as situações reais em que os princípios constitucionais devem ser observados. As circunstâncias específicas das situações concretas são contempladas pelas leis ordinárias, que determinam os conceitos abertos do texto constitucional. Porém, as cláusulas gerais podem favorecer pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência, e “possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações

³¹⁵ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 140-141.

³¹⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 3153.

³¹⁷ MARINONI, *op. cit.* p. 14.

peçoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica”³¹⁸.

A importância do reconhecimento dos limites da interpretação constitucional é assim justificada por Marinoni:

Reaparece aqui a necessidade de perceber que, por trás da ideia que não dá relevância à diferença entre interpretação e mutação constitucional ou que sustenta que a mutação nada mais é do que um problema de interpretação, esconde-se uma grave falta de compromisso não apenas com os valores da teoria democrática, mas também com a própria força normativa da Constituição. Imaginar que a mutação é uma simples questão de interpretação abre aos tribunais o poder de desfazer a Constituição, deferindo-se à Corte - que possui a última palavra, dentro do Judiciário, sobre a interpretação da Constituição - condições de assumir o espaço que pertence unicamente ao povo e ao Parlamento³¹⁹.

Em especial, no livro *Controle de constitucionalidade e diálogo institucional* (2022), Marinoni questiona o monopólio judicial da interpretação da constituição e sugere conceitos e técnicas decisórias que favoreçam o diálogo institucional e promovam a democracia. A título de exemplo, a possibilidade de a Suprema Corte, em caso de desacordos morais, abster-se de proferir decisão, ou decidir sem atribuir eficácia vinculante à sua decisão³²⁰.

Outras técnicas favorecedoras do diálogo institucional são consideradas, tais como o minimalismo (decidir apenas o necessário e evitar o aprofundamento que pode inibir a discussão popular e parlamentar), o *second look* (reenvio da questão à discussão pelo Parlamento, para esclarecimento dos fatos e posições controvertidas), e a suspensão do processo por prazo determinado para que o Parlamento se pronuncie. Todas essas técnicas concorrem para a articulação de um diálogo institucional mais democrático e dependem de uma melhor comunicação dos procedimentos decisórios da Suprema Corte com a população e com o Parlamento³²¹.

Em conclusão a este capítulo final, cumpre continuar acreditando na democracia e reconhecer que as propostas de solução para o aperfeiçoamento da democracia em face do ativismo judicial e para um relacionamento mais democrático entre a Suprema Corte e o Congresso encontram-se distantes de serem exauridas. A vastidão e complexidade da literatura acadêmica não foi impedimento, contudo, para que os autores e temas significativos

³¹⁸ *Ibid.*, p. 18.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 32.

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de constitucionalidade e diálogo institucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

³²¹ *Ibid.*, *passim*.

à compreensão do fenômeno do ativismo judicial viessem a ser abordados dentro das limitações de uma tese de doutorado. Evitando-se o prosseguimento indefinido dos estudos, mas sem prejuízo de futuras pesquisas com vistas ao aprofundamento dos tópicos aqui discutidos, anuncia-se o momento de oferecer uma conclusão para este trabalho de pesquisa, o que será feito a seguir.

6 CONCLUSÃO

O derradeiro momento de refletir sobre os pontos abordados no itinerário desta pesquisa traz à memória o conceito de pilares da civilização ocidental. Ele corresponde a uma estrutura histórica e cultural desenvolvida e popularizada por vários estudiosos ao longo do tempo, como uma forma de identificar e compreender as contribuições significativas que moldaram as sociedades ocidentais. Mais do que isso, os pilares da civilização ocidental constituem os elementos fundacionais sem os quais a nossa civilização perde a sua identidade e o rumo do seu desenvolvimento. Entre as diversas listas elaboradas, há consenso sobre a inclusão destes três pilares: a filosofia grega, o direito romano e o Cristianismo.

A ênfase, neste trabalho, foi concedida à filosofia social e política de Aristóteles, cuja teoria sobre a justiça exerceu profunda influência no desenvolvimento do Ocidente e que, como visto, continua sendo muito estudada por filósofos e pesquisadores que nela encontram uma fonte de possíveis soluções para os problemas atuais. Também o reconhecimento dos inconvenientes que o ativismo judicial gera para a democracia e das indicações de um reordenamento possível da vida juspolítica são proporcionadas pela utilização da filosofia aristotélica como base para o estudo. Essa filosofia oferece um ponto de vista estável, perene e de acordo com a nossa tradição civilizacional que segue viva, ainda que em estado latente; ela se revela um guia mais firme e mais regular do que as opiniões circunstanciais e parciais.

Em Aristóteles, indivíduo e sociedade são estruturalmente integrados. Ao contrário das concepções renascentistas sobre a natureza humana, que ora viam o homem naturalmente bom que se degenerava pela vida em sociedade ora viam no homem uma natural selvageria que precisava ser contida pelo poder estatal, e a partir das quais se desenvolveram as modernas ideologias, Aristóteles observou que o homem é naturalmente predisposto a viver em sociedade e a cultivar individualmente dentro de si mesmo as virtudes capazes de fazer florescer um ambiente mais humano.

A ideia de justiça não se resume a um estado de coisas externo ao indivíduo que eventualmente venha a lhe beneficiar ou prejudicar. A justiça abrange uma espécie de harmonia interior ao próprio indivíduo, que tem na capacidade de deliberar o seu elemento crucial. A escolha, deliberação ou *proairesis* é o ato pelo qual uma pessoa virtuosa realiza a sua tendência de decidir bem sobre o que é prazeroso, útil e nobre, e a virtude faz com que essa pessoa administre bem seus prazeres e dores em função de um objetivo superior. Aristóteles considerava os homens como seres racionais capazes de fazer escolhas com base na razão e na deliberação sobre as ações voluntárias impulsionadas pelas intenções e desejos

do indivíduo e que são sujeitas ao seu controle. Por essa razão, a escolha é também o fundamento da responsabilidade moral.

A justiça exige o exercício de uma faculdade calculativa ou deliberativa, no sentido de que um resultado justo vai depender das circunstâncias concretas nas quais cada um recebe o que é seu. Ela se distingue da crença, cujo objeto já vem determinado. A pessoa virtuosa que tende a deliberar corretamente com vistas a um resultado justo é o *spoudaios*, a pessoa séria que se preocupa efetivamente com a sua própria vida e com o bem-estar da sua comunidade. Ela é diferente daquela pessoa frívola cuja atenção se fixa somente na satisfação dos seus prazeres mais básicos e momentâneos. O *spoudaios* tem consciência da importância das suas escolhas e segue a razão na formação dos seus desejos e ações; ele contém os seus próprios impulsos tendo em vista o seu comprometimento com os interesses sociais superiores.

A prudência do *spoudaios*, como visto na seção 2.3, é a virtude que capacita o indivíduo a raciocinar corretamente de modo prático em cada situação concreta, o que é diferente de seguir regras de conduta ou tendências de grupo. O exercício habitual dos atos relacionados com a deliberação prudente favorece o desenvolvimento da consciência individual, por meio da qual o indivíduo adquire e realiza a sua autonomia no conhecimento da realidade e nas suas ações sobre ela. A negligência para com essa habilidade propriamente humana é o que caracteriza, segundo Aristóteles, o escravo por natureza: aquele indivíduo que não dispõe da maturidade suficiente para apresentar-se como responsável pelas suas próprias decisões e opta, conscientemente ou não, por sujeitar-se às decisões de outrem, torne-se *ipso facto* escravo desse outrem. De forma que, modernamente, alguém pode ser escravo da mídia, da moda, de líderes e partidos políticos com suas ideologias e utopias.

Ao nível do cidadão, portanto, importa cultivar a justiça como harmonia interior. A partir dela resultará o florescimento efetivo da democracia, isto é, do sistema de governo que inclui os trabalhadores, conforme o define Aristóteles na *Política* (1277b2-4). Enquanto a maioria dos cidadãos, nos seus momentos de ócio, dedicarem sua atenção a atividades cujo foco seja a satisfação dos prazeres sensoriais como único bem concebível, essa maioria gozará de uma ilusão de liberdade que, em termos morais e políticos, não será muito diferente da condição dos escravos por natureza. Isso porque a identificação do bem individual com o bem comum depende do comprometimento com valores que transcendem o aspecto corpóreo e psíquico do ser humano.

Além do abandono da capacidade pessoal de deliberar, duas outras características do escravo por natureza foram apontadas por Aristóteles (*Pol.* 1330a25-29): que não sejam da mesma raça (*ομόφυλος*, *omófylos*) e que não tenham espíritosidade (*θυμός*, *thumós*), vistos

na seção 5.1. Em se tratando de uma filosofia moral, ser da mesma raça evidentemente não se refere ao parentesco biológico, mas sim à identidade cultural que motivaria os escravos a unir-se em luta pela liberdade. Essa identidade está na tradição fundante de uma nação. Por mais que a degeneração espiritual oblitere nos indivíduos a consciência dessa identidade, sem o apoio na tradição comum os indivíduos por si sós não encontram meios para ser livres. A espirituosidade, por sua vez, no sentido político, é a disposição pela qual o indivíduo se compromete a lutar pelo seu interesse pessoal, não ao estilo individualista, mas em harmonia com o interesse social comum. Assim, para não se ver reduzido a um modelo de escravo por natureza, o cidadão de uma democracia necessita da consciência de participar de uma tradição comum e da espiritualidade que faz defender os valores sociais.

Ao nível da sociedade, não se trata de propor quaisquer tipos de reforma ou revolução que nada mais seriam do que exemplos de ideologias e utopias assim como descritas na seção 4.2. Nem de aguardar que algum poder superior intervenha no estado de coisas atual e milagrosamente solucione as causas de inquietação popular. A sociedade democrática é aquela que possibilita aos seus cidadãos a formação e o exercício das suas consciências individuais na medida em que eles sejam capazes de comprometer-se com os valores democráticos. E isso demanda leis e instituições que sejam estáveis. Leis que promovam a dignidade da vida humana e que possibilitem a excelência dos cidadãos. Instituições que funcionem de acordo com as suas atribuições definidas constitucionalmente, de modo que a democracia representativa desperte nos cidadãos a confiança e a participação responsável.

O cotejo das teorias aristotélicas aqui expostas com a situação atual de ameaça que o ativismo judicial representa para a democracia permite concluir que se impõe ao cidadão o desafio de identificar-se com a sua consciência individual, de exercer a responsabilidade pelo seu próprio amadurecimento e aperfeiçoamento, de reconhecer-se como parte de uma tradição que lhe confere identidade social e de transcender o seu horizonte de interesses para que supere a ilusória separação entre indivíduo e sociedade. Somente acreditando-se na consciência individual é que será possível acreditar na democracia.

Enquanto, porém, o ativismo judicial avançar sobre a competência dos órgãos representativos, a democracia ressentir-se-á com a desvalorização das deliberações populares e os cidadãos não terão interesse nas discussões públicas, uma vez que as decisões dos seus representantes eleitos são passíveis de ser invalidadas por um membro da Suprema Corte com base em suas convicções subjetivas.

Mesmo a noção de constitucionalidade torna-se imprecisa devido à utilização de técnicas que albergam o subjetivismo nas interpretações judiciais. A passividade resultante da

desvalorização da deliberação popular continuará sendo o campo propício para a engenharia social, instrumento do moderno totalitarismo às avessas que exclui o cidadão. A engenharia social, afinal, manipula e explora a psicologia e o comportamento humanos para influenciar os resultados políticos desejados e gera uma distorção artificial do discurso público que impede a livre compreensão e o livre diálogo sobre os temas sociais.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Jon; SCHIMIDT, Joachim K. H. W. Social engineering: genealogy of a concept. In: PODGÓRECKI, Adam; ALEXANDER, Jon; SHIELDS, Rob (ed.). *Social engineering*. Ottawa: Carleton University, 1996.
- ANNAS, Julia. *Intelligent Virtue*. Oxford: Oxford University, 2011.
- _____. Virtue ethics. In: COPP, David (org.). *The Oxford handbook of ethical theory*. Oxford: Oxford University, 2006.
- ARISTÓTELES. *De anima*. Tradução de Maria Cecília Gomes dos Reis. São Paulo: 34, 2007.
- _____. *Retórica*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005.
- _____. *The nicomachean ethics*. Tradução de David Ross. Oxford: Oxford University, 1980
- _____. *The nicomachean ethics*. Tradução de H. Rackham. Cambridge: Harvard University, 1926.
- _____. *The nicomachean ethics*. Tradução de Joe Sachs. Newburyport: Focus, 2012
- _____. *The nicomachean ethics*. Tradução de Roger Crisp. Cambridge: Cambridge University, 2000
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas-corpus* n. 124306. Brasília, 17/03/2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2021.
- BÜHLER, Karl. *Teoría del lenguaje*. Madrid: Alianza Universidad, 1985.
- CALABRESI, Steven G.; BERGHAUSEN, Mark E.; ALBERTSON, Skylar. The rise and fall of the separation of powers. p. 534, nota 39. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=nulr>> Acesso em: 22 nov. 2022..
- CALLARD, Agnes. Aristotle on deliberation. In: CHANG, Ruth; SYLVAN, Kurt (ed.). *The Routledge handbook of practical reason*. Abingdon: Routledge, 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book Kindle*.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva: introdução à teoria dos quatro discursos*. Campinas: Vide, 2013.

CHAMBERLAIN, Charles. *The meaning of prohairesis in Aristotle's Ethics*. Transactions of the American Philological Association (1974-2014), v. 114, 1984, p. 147-157. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/284144>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

COLLINS, Hugh. *Marxism and law*. Oxford: Oxford University, 1982.

CORCILIUS, Klaus. Aristotle's definition of non-rational pleasure and pain and desire. In: MILLER, Jon. *Aristotle's Nicomachean Ethics: a critical guide*. Cambridge: Cambridge University, 2011.

COREN, Daniel. On the practicality of virtue ethics. *The Journal of Value Inquiry*, v. 57, p. 295–318, abr. 2021. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10790-021-09828-8>>. Acesso em: 22 jun. 2023.

CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. The scientific study of judicial activism. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 91, n. 6, 2007, p. 1752-1784.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEURSEN, Stijn van. *Courts as social engineers: A social genesis of judicial decisions?* Disponível em: <<https://www.leidenlawblog.nl/articles/courts-as-social-engineers-a-social-genesis-of-judicial-decisions>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Oxford: Oxford University, 1996

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Belknap, 1986

EASTERBROOK, Frank H. Do liberals and conservatives differ in judicial activism? *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 73, p. 1401-1416, 2002. Disponível em: <https://chicounbound.uchicago.edu/journal_articles/1136/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

ELTEREN, Mel Van. Discontinuities in Kurt Lewin's psychology of work : conceptual and cultural shifts between his german and american research. *Sociétés contemporaines*, n. 13, mar. 1993, p. 71-93. Disponível em: <https://www.persee.fr/doc/socco_1150-1944_1993_num_13_1_1100>. Acesso em: 04/04/2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Caso *Schenck v. United States*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/249/47>>. Acesso em: 05

maio 2020.

_____. Suprema Corte. Caso *United States v. Carolene Products Co.* Disponível em: <<https://usa.usembassy.de/etexts/democrac/34.htm>>. Acesso em: 06 maio 2020.

FARRELL, Walter; ADLER, Mortimer. The Theory of Democracy. *The thomist: a speculative quarterly review*, v. 3, n. 3, Jul. 1941.

FRANK, Jill. Citizens, slaves, and foreigners: Aristotle on human nature. *The American Political Science Review*, v. 98, n. 1, p. 91-104, fev. 2004.

FRASER, Ian; WILDE, Lawrence. *The Marx dictionary*. London: Continuum, 2011.

FREUD, Sigmund. *Civilization and its discontents*. New York: W.W. Norton, 1961

_____. New introductory lectures on psycho-analysis. In: *The standard edition of the complete psychological works of Sigmund Freud*. v. 22. London: Hogarth, 1981.

GERHARDT, Michael J. The rhetoric of judicial critique: from judicial restraint to the virtual bill of rights. *Carolina Law Scholarship Repository*, v. 10, n. 3, 2002, p. 585-645.

GÖRKE, Alexander; SCHOLL, Armin. Niklas Luhmann's theory of social systems and journalism research. *Journalism Studies*, v.7, n.4, 2006, p. 644-655. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14616700600758066>>. Acesso em: 24 abr. 2023.

GRAEBNER, William. The small group and democratic social engineering, 1900- 1950. *Journal of social issues*, v. 42, n. 1, 1986, p. 137-154.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, 2009, p. 1195-1264.

GUEST, Stephen, *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford Law, 2013.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Common wealth: das ende des eigentums*. Frankfurt: Campus, 2011.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HARVEY, Martin. Deliberation and natural slavery. *Social Theory and Practice*, Tallahassee, v. 27, n. 1, p. 41-64, ja. 2001.

HEIDEGGER, Martin. *Basic concepts of aristotelian philosophy*. Bloomington: Indiana University, 2009.

HILLSTROM, Kevin. *The Progressive Era*. Detroit: Lucent, 2009.

HIMMA, Kenneth Einar. Natural Law. *Internet Encyclopaedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://iep.utm.edu/natlaw>> Acesso em: 10 out. 2021.

HINTIKKA, K. Jaakko J. Aristotle and the ambiguity of ambiguity. *Inquiry*, [S.l.], v. 2, n. 1-4, p. 137-151, 1959. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00201745908601292>>. Acesso em: 03 dez. 2020.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2004.

HÖFFE, Otfried. *Aristotle*. Albany: State University of New York, 2003.

HUTCHINSON, Allan C. *Critical legal studies*. Totowa: Rowman & Littlefield, 1989.

HUXLEY, George. On Aristotle's best state. *History of political thought*, v. 6, n. 1/2, 1985, p. 139-149. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/26212467>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

JHERING, Rudolf von. *Evolução do direito*. Salvador: Progresso, 1950.

JUDICIAL ACTIVISM. In: Black's law dictionary. Eagan: Thomson Reuters West, 2015.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of “judicial activism”. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, 2004, p. 1443. Disponível em: <<https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359/>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

KORT, Michael G. *The soviet colossus: history and aftermath*. New York: Routledge, 2019.

KRAUT, Richard. Two conceptions of happiness. *The Philosophical Review*, v. 88, n. 2, 1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2184505>>. Acesso em: 26.06.2023.

JELLINEK, Georg. *Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. Wien: Alfred Hölder, 1878.

JENNINGS, W. Ivor. *The law and the constitution*. London: University of London, 1948.

LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 7. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1956.

LEFEBVRE, Henri. *Marxismo*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University, 2004

_____. *Political theory in the welfare state*. Berlin: De Gruyter, 1990.

MACINTYRE, Alasdair. *As ideias de Marcuse*. São Paulo: Cultrix, 1973.

MANN, Arthur (ed.). *The progressive era: liberal renaissance or liberal failure?* New York: Holt, Rinehart and Winston, 1963.

- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- MARCUSE, Herbert. *Um ensaio para a libertação*. Amadora: Bertrand, 1977.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de constitucionalidade e diálogo institucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- _____. *Tipos de decisão constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional conventions: the rules and forms of political accountability*. Oxford: Oxford University, 1987.
- MARSHALL, Gordon. *Oxford dictionary of sociology*. Oxford: Oxford University, 2003.
- MARX, Karl. *Contribuição à crítica da economia política*. São Paulo: Expressão Popular, 2008.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo, 2010
- MAYHEW, Robert. *The female in Aristotle's biology: reason or rationalization*. Chicago: University of Chicago, 2004.
- MCWHINNEY, Edward. The Supreme Court and the dilemma of judicial policy-making. *Minnesota Law Review*, 1955. Disponível em: <<https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1215>>. Acesso em: 05 mai 2020.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MEYER, Eduard. *Zur theorie und methodik der geschichte: geschichtsphilosophische untersuchungen*. Halle: Max Niemeyer, 1902.
- MILL, John Stuart. *Considerations on Representative Government*. Chicago: Henry Regnery, 1962.
- MOLNAR, Thomas. *Utopia: the perennial heresy*. New York: Sheed and Ward, 1967.
- MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofia*. 4 v. Madrid: Alianza, 1986.
- MORGAN, Dorothy Lam. *Thumos in Aristotle's Politics*. Disponível em: <<https://repositories.lib.utexas.edu/handle/2152/ETD-UT-2009-12-652>>. Acesso em: 20 jul. 2023.
- MUIR JR., William K. *Prayer in the public schools: law and attitude change*. Chicago: University of Chicago, 1967.
- OBER, Josiah. Aristotle's natural democracy. In: KRAUT, Richard; SKULTETY, Steven (ed.). *Aristotle's Politics: critical essays*. Lanham: Rowman and Littlefield, 2005.
- _____. Democracy's wisdom: an aristotelian middle way for collective judgment. *American political science review*, v. 107, n. 1, fev. 2013, p. 103-122. Disponível em:

<<https://www.cambridge.org/core/journals/american-political-science-review>>. Acesso em: 14 jul. 2023.

O'NEIL, Deirdre; WAYNE, Mike. *Considering class, theory, culture and the media in the 21st century*. Leiden: Brill, 2018.

OVERY, Richard. *The dictators: Hitler's Germany and Stalin's Russia*. London: Allen Lane, 2004.

PAPACHRISTOU, Christina S. Three kinds or grades of phantasia in Aristotle's De anima. *Journal of Ancient Philosophy*. São Paulo, v. 7, n. 1. p. 19-48, 2013. Disponível em: <www.revistas.usp.br/filosofiaantiga>. Acesso em: 17 dez. 2022.

PELLEGRIN, Pierre. Aristotle and Democracy. In: SFENDONI-MENTZOU, Demetra. *Aristotle: contemporary perspectives on his thought*. Berlin: De Gruyter, 2018.

_____. Natural slavery. In: DESLAURIERS, Marguerite; DESTREE, Pierre. *The Cambridge companion to Aristotle's Politics*. Cambridge: Cambridge University, 2013.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim; BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a custódia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 1: 317-333, jan./jun. 2019.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). *Supremos erros: decisões inconstitucionais do STF*. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020.

PLATÃO. *A república*. Belém: Universidade Federal do Pará, 2016.

_____. *Fédon*. Edição bilingue. Tradução de Carlos Alberto Nunes. Belém: UFPA, 2002

POPPER, Karl. *The open society and its enemies*. Princeton: Princeton University, 2013.

POSNER, Richard. *The federal courts: crisis and reform*. Cambridge-MA: Harvard University, 1985.

POULANTZAS, Nicos. Marxist examination of the contemporary state and law and the question of the 'alternative'. In: MARTIN, James. *The Poulantza's reader: marxism, law and the state*. London: Verso, 2008, p. 25-31.

POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven: Yale University, 1954.

PRADOS, Alfredo Cruz. *Ethos y polis: bases para una reconstrucción de la filosofía política*. Barañain: Eunsa, 2006.

RAMOS, JR., Valeriano. *The concepts of ideology, hegemony, and organic intellectuals in Gramsci's marxism*. Disponível em: <<https://www.marxists.org/history/erol/periodicals/theoretical-review/1982301.htm>>. Acesso em: 08 set. 2022.

RAZ, Joseph. Speaking with one voice: on dworkinian integrity and coherence. In: BURLEY, Justine (ed.). *Dworkin and his critics*. Malden: Blackwell, 2004.

REALE, Giovanni. *História da filosofia antiga*. v. 2. 9. ed. São Paulo: Loyola, 1992.

ROTHMAN, Stanley. *The end of the experiment: the rise of cultural elites and the decline of America's civic culture*. Abingdon: Routledge, 2017.

SACHS, Joe. Preface to this translation. In: ARISTÓTELES. *Nicomachean ethics*. Indianapolis: Focus, 2002.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SIMPSON, Peter. Aristotle's defensible defense of slavery. *Polis: The Journal for Ancient Greek and Roman Political Thought*, v. 23, n. 1, p. 95–115, jan. 2006.

SOLUM, Lawrence B. *The virtues and vices of a judge: an aristotelian guide to judicial selection*. 1988. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1956>> Acesso em: 06 nov. 2022.

_____. Virtue jurisprudence: towards an aretaic theory of law. In: HUPPES-CLUYSENAER, Liesbeth; COELHO, Nuno M. M. S. (ed.). *Aristotle and the philosophy of law: theory, practice and justice*. Dordrecht: Springer, 2013

STEVENS, John Paul. *Five chiefs: a Supreme Court memoir*. New York: Little, Brown and Company, 2011.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.) *The global expansion of judicial power*. New York: New York University, 1995.

TAYLOR, W. W. C. Politics. In: BARNES, Jonathan (ed.). *The Cambridge companion to Aristotle*. Cambridge: Cambridge University, 1995.

TEUBNER, Gunther. Exogene selbstbindung: wie gesellschaftliche teilsysteme ihre grün-dungsparadoxien externalisieren. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. v. 35, n. 1, 2015, p. 69-89.

THOMPSON, Grahame F. The constitutionalisation of everyday life? In: HARTMANN, Eva; KJAER, Poul F. *The evolution of intermediary institutions in Europe: from corporatism to governance*. New York: Palgrave Macmillan, 2015, p. 177-178.

THORNHILL, Christopher. A sociology of constituent power: the political code of transnational societal constitutions. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 20, n. 2, 2013, p. 551-604.

TSESIS, Alexander. *Constitutional ethos: liberal equality for the common good*. Oxford: Oxford University, 2017.

TULLY, James. The imperialism of modern constitutional democracy. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Ed.). *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*. Oxford: Oxford University, 2007.

UPTON, Candace L. Virtue ethics and moral psychology: the situationism debate. *The Journal of Ethics*, n. 13, p. 03–115, 2009. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10892-009-9054-2>>. Acesso em: 26 jun. 2023.

VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics. a world-wide phenomenon: introduction. *International political science review*, v. 15, n. 2, p. 91-99, abr. 1994. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1601557>> Acesso em: 20 fev. 2021.

VESTING, Thomas. *Legal theory and the media of law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

VOEGELIN, Eric. *Autobiographical reflections*. Columbia: University of Missouri, 2011.

_____. The authoritarian state: an essay on the problem of the Austrian state. In: *The collected works of Eric Voegelin*. v. 4. Columbia: University of Missouri, 1999.

WALKER, Matthew D. *Aristotle on the uses of contemplation*. Cambridge: Cambridge University, 2018.

WICENTY, Daniel. The experience of oppression and the price of nonconformity: a brief biography of Adam Podgórecki. *Studies in East European Thought*, v. 70, p. 61–81, 2018. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11212-018-9300-x>>. Acesso em: 25 jan.2022.

WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* Lanham: Rowman & Littlefield, 1997.

WOLFF, Robert Paul; MOORE JR., Barrington; MARCUSE, Herbert. *A critique of pure tolerance*. Boston: Beacon, 1970.

YACOBUCCI, Peter; HILBERT, Gregory. Is anyone listening? The politicization of the Judiciary and the loss of authority: an initial assessment. *Journal of political sciences & public affairs*, Buffalo, v. 4, n. 3, p. 217, 2016.

YUNG, Corey Rayburn. Flexing judicial muscle: an empirical study of judicial activism in the federal courts. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 105, n. 1, 2015. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol105/iss1/1/>> Acesso em: 27 dez. 2020.