

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A FUNÇÃO ILUMINISTA DOS TRIBUNAIS: A QUESTÃO DOS DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS NA ARENA POLÍTICA.

SUPREME COURT AND THE ENLIGHTENMENT FUNCTION OF THE COURTS: THE ISSUE OF REASONABLE MORAL DISAGREEMENTS IN THE POLITICAL ARENA.

Leonardo Peteno Magnusson¹
Lucas Augusto Gaioski Pagani²
Jônatas Luiz Moreira de Paula³

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre qual é a natureza da função iluminista dos tribunais, desenvolvida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, e como ela se relaciona com o Ativismo Judicial, fenômeno hermenêutico esse que, na decisão judicial, o magistrado, a revelia da legalidade vigente, decide conforme sua ideologia ou senso de justiça. O método utilizado no presente artigo é o dedutivo, além de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, demonstrando, tanto na teoria, quanto na prática, os efeitos práticos do ativismo judicial. Descreve-se o que vem a ser um *backlash* institucional, o que é uma arena política e o que são desacordos morais razoáveis e porque eles devem ser resolvidos na seara política e não na seara processual. A conclusão do artigo demonstra que essa função iluminista causa insegurança jurídica, desestabilizando a separação de poderes, minando o princípio da autodeterminação dos povos, característicos de uma democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Desacordos Morais; Ativismo Judicial; Decisão Judicial; *Backlash* institucional; Função Iluminista.

ABSTRACT

This article aims to discuss the nature of the Enlightenment function of the courts, developed by Minister Luís Roberto Barroso, and how it relates to Judicial Activism, a hermeneutic phenomenon that, in the judicial decision, the magistrate, in the

¹ Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Graduado em Direito pela UNIPAR (2019). E-mail: <leonardopetenomagnusson@gmail.com>.

² Doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR (2022). Graduado em Direito pela UNIPAR (2020). Professor de pós-graduação *lato sensu* em Direito, Ciência Política e Liberalismo do Mises Academy (União Italo). Assessor de Juiz de Direito (TJPR). E-mail: <lucas.pagani@gmail.com>.

³ Possui graduação em Direito pela UEL-Universidade Estadual de Londrina (1990), Mestrado em Direito das Relações Sociais pela UEL-Universidade Estadual de Londrina (1995), Doutorado em Direito pela UFPR-Universidade Federal do Paraná (1998) e Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra (2001). Professor Titular da UNIPAR-Universidade Paranaense nos cursos de graduação e pós-graduação. Fundador do Curso de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR (2001). Atualmente é Coordenador do Curso de Direito da FACCAR-Faculdade Paranaense. E-mail: jimp@onda.com.br

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

absence of the current legality, decides according to its ideology or sense of justice. The method used in this article is deductive, in addition to a doctrinal and jurisprudential research on the subject, demonstrating, both in theory and in practice, the practical effects of judicial activism. It describes what constitutes an institutional backlash, what is a political arena and what are reasonable moral disagreements and why they should be resolved in the political field and not in the procedural field. The article's conclusion demonstrates that this Enlightenment function causes legal uncertainty, destabilizing the separation of powers, undermining the principle of people's self-determination, characteristic of a democracy.

KEY WORDS: Moral disagreement, Judicial Activism, Judicial Decision, Backlash, Iluminist Function.

INTRODUÇÃO

*Pode o Tribunal decidir se a Terra é plana?*⁴ Essa pergunta cunhada por Georges Abboud e Ricardo Yamin Fernandes, ao analisar o acórdão proferido pelo IRDR 11, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pode, inclusive, levantar outra pergunta, como, por exemplo, *qual é o papel dos tribunais?*

Para essa pergunta, o Ministro Luís Roberto Barroso, o **Supremo Tribunal Federal (STF)** tem, pelo menos, três funções *pela atuação ativista* dos Tribunais: a-) Contramajoritário; b-) *representativo* e; c-) *função iluminista*⁵.

O papel contramajoritário é *o papel de sentinela quanto ao risco da tirania das maiorias*, isto é, o papel de evitar *“que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias”*⁶.

⁴ ABBOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. Pode o Tribunal decidir se a terra é plana? Comentários ao acórdão do IRDR 11, do TJSP. **Revista de Processo**. Vol. 323/2022. p. 403-421. Jan-2022.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2171-2228.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2171-2228. p. 2198.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

O papel *representativo*, por sua vez, é o de ser “*O árbitro final das tensões entre vontade da maioria e direitos fundamentais, e, portanto, protagonista institucional dessa dimensão da democracia, é a Suprema Corte*”⁷.

E, por fim, a *função iluminista*, assevera Luís Roberto Barroso, é descrita dessa forma justamente pela noção do exaltar da *razão* pela filosofia iluminista, uma vez que “(...) a *razão* passa para o centro do sistema de pensamento, dissociando-se da fé e dos dogmas da teologia cristã. Nesse ambiente, cresce o ideal de conhecimento e de liberdade (...)”⁸.

O presente artigo visa dissertar, especificamente, sobre a *função iluminista* dos tribunais desenvolvida pelo Ministro Luís Roberto Barroso pela ótica de *preocupação* compartilhada com o próprio ministro, uma vez que “*trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas*”⁹.

Dentro da ótica da preocupação com a divisão dos poderes e da *legitimidade democrática*, especialmente, pelo viés do *ativismo judicial* e em frente aos *desacordos morais razoáveis* dentro de um sistema plural de democracia representativa, além do que vem a ser *backlash* institucional.

Por sua vez, utilizaremos a definição de *ativismo judicial* como sendo uma *usurpação do poder legítimo de decidir sem razão jurídica o suficiente*, uma vez que “*a atuação do Poder Judiciário não fica mais restrita à Lei, mas, sim, restrita ao senso de justiça e ideologia do intérprete*”¹⁰.

⁷BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2171-2228. p. 2200

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2171-2228. p. 2207.

⁹BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2171-2228. p. 2207

¹⁰ PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes**. Orientador: Bruno Smolarek Dias,

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Dentro desse viés, será descrito o desacordo moral razoável como sendo *um desacordo justo sobre direitos* entre as partes envolvidas no processo democrático, uma vez que *esse desacordo é, segundo Jeremy Waldron, uma definição de escolhas que toda sociedade moderna precisa enfrentar, "escolhas que são razoavelmente bem compreendidas no contexto dos debates morais e políticos existentes, escolhas que são pontos focais de desacordo moral e político em muitas sociedades"*¹¹.

O *backlash* institucional, segundo Cass Sunstein, é a *resistência* da população em *cumprir* com a decisão judicial proferida pela corte, inclusive, até *prejudicar* a pauta política que o *tribunal* deseja *avançar*.¹²

No contexto apresentado, o artigo versará sobre a *função iluminista* dos Tribunais não se confunde com uma espécie de *ativismo judicial*, uma vez que representa *uma ideologia* dominante do Supremo Tribunal Federal que podem estar gerando um *backlash* institucional tanto nas pautas políticas que deseja avançar, como, também, *viciando o próprio jogo político*.

2. ATIVISMO JUDICIAL OU FUNÇÃO ILUMINISTA DOS TRIBUNAIS?

No escopo definido na introdução do presente artigo, procura-se *discorrer* sobre o que vem, de fato, a ser a *função iluminista dos tribunais* sob uma ótica do *ativismo judicial*. Podemos conceituar o *Ativismo Judicial* como uma *questão hermenêutica*, uma vez que, a sua manifestação não é sobre uma *atitude* que determinado tribunal pode tomar, mas, sim, *qual é a fundamentação* da decisão judicial.

Conforme explicita Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes, o *ativismo judicial* pode ser exemplificado como *"toda decisão judicial que se fundamente em*

2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022.

¹¹ No original: "choices that are reasonably well understood in the context of existing moral and political debates, choices that are focal points of moral and political disagreement in many societies" WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. 115:1346, 2006. p. 1367.

¹² No Original: "If the Court rules in a certain way in such cases, public outrage could significantly affect national politics and undermine the very cause that the ruling is attempting to promote". In: SUNSTEIN, Cass. Backlash's Travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**. Working Paper Nº. 157, 2007, p. 01.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico”¹³.

Não obstante *ser um fenômeno hermenêutico*, deve-se *levar em conta* que há um outro critério para o ativismo judicial — importante para o presente artigo — que é, justamente, a *usurpação de um poder legítimo sem razão jurídica suficiente*. É quando o Tribunal, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, legisla *positivamente* ou *decide* conforme sua *vontade e forma de justiça* em contraposição ao *regime jurídico vigente*, sobretudo a *legitimidade* para tomar tal decisão.

Mesmo que a decisão judicial seja, em si, *um ato discricionário*, isto é, *um ato de vontade* do magistrado, ela deve obedecer às limitações da lei, bem como das *guidelines* desenhadas pelo arcabouço processual e material disposto pelo sistema jurídico, uma vez que são vinculados às leis. Isso significa dizer que a legitimidade, proposta pelo Estado Democrático de Direito, deriva diretamente da fundamentação da decisão judicial, sobretudo pela cultura da justificativa característica das sociedades modernas.¹⁴

Uma das possíveis razões para dissertar sobre essa ótica da *usurpação ilegítima* da separação de poderes é justamente o que pode ser levantado pela seguinte pergunta: Se a composição do Supremo Tribunal Federal mudar totalmente para um viés “*conservador*”, em contraposição à “*razão e a ciência*”? O que impediria a *Corte Constitucional com status Ordinário* de modificar, uma vez mais, pautas como *casamento homoafetivo, drogas, aborto* e outras pautas políticas *discutidas na política brasileira*?

Para entendermos o paradigma brasileiro, é preciso compreender a extensão e o controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal dentro do próprio ordenamento brasileiro. Em sua atuação formativa, José Gomes Canotilho e Carlos Blanco de Moraes afirmam que o Supremo Tribunal Federal é o Tribunal Constitucional que

¹³ ABOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ativismo Judicial**: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos Tribunais. Vol. 1008/2019. Out/2019. p.4

¹⁴ PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; PAGANI, Vitor Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. Os limites entre a aplicação e a criação do Direito: Interpretação ou Ativismo Judicial. **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**: Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat. Florianópolis-SC: 2021, fls. 270-290.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

mais concentra poderes que qualquer outro Tribunal no *mundo*, ultrapassando as competências até da Corte Constitucional da Índia¹⁵.

Nesse sentido, é possível perguntar se *há algum limite institucional*, de fato, para o exercício de poder elencado pelo Supremo Tribunal Federal. *Pode o Supremo Tribunal Federal alterar cláusulas pétreas, até mesmo suprimindo-as? Pode o Supremo Tribunal Federal pautar-se como poder constituinte originário?*

Se as respostas dessas perguntas passam por respostas da *própria instituição*, isto é, jurisprudência, súmulas, IRDRs, só há, então, *um senso de autocontenção* do Supremo Tribunal Federal. Significa dizer, então, no momento atual, que o Supremo Tribunal Federal não é *apenas o poder moderador* da política brasileira¹⁶, mas é, sobretudo, *a própria Constituição Federal com 11 constituições diferentes*.

Agora, resta outra pergunta: o *Supremo Tribunal Federal* deve ter a *função de iluminar a sociedade*, como um *farol* que ilumina o mar para que os barcos possam trilhar seus caminhos? Ou é *apenas a manifestação de uma ideologia e senso de justiça* personificados na figura do Ministro Luís Roberto Barroso? *A dogmática cristã* é algo a ser combatido? É o que será discutido a seguir.

2.1 A Função Iluminista do STF.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso¹⁷, o *sentido empregado* no termo *função iluminista dos tribunais* é:

(...) o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao despotismo esclarecido ou aos reis filósofos de

¹⁵ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro Eletrônico. p. RB-3.2.

¹⁶ Toffoli diz que Brasil vive semipresidencialismo com STF como poder moderador. Gazeta do povo. 16 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/toffoli-diz-que-brasil-vive-semipresidencialismo-com-stf-como-poder-moderador/> acesso em: 11 de março de 2022.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2171-2228. p. 2208.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Platão. (...) a razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas condições, tendo por limite o respeito às convicções dos demais

Em que pese a *defesa do pluralismo* e bem como da *verdade e da democracia* feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso, ressalta Samuel Sales Fonteles que esse “*discurso* tem certa coerência interna, mas falece de coerência externa ao raciocínio proposto pelo Ministro.”

Isso porque, conforme Samuel Sales Fonteles¹⁸:

Nota-se que a expressão iluminista, a rigor, deveria justificar que o povo governasse a si mesmo. Essa é a lição de John Locke, quando sustenta que a lei é oponível ao povo quando a sua elaboração contou com a participação popular. Noutras palavras, inspirando-se nos ideais iluministas, tais como originalmente concebidos, convém permitir que a própria sociedade sufrague nas urnas os valores substantivos que pretende compartilhar. Mormente, quando o debate envolve as raízes do contrato social. Não há razão para subestimar o juízo popular, mesmo que efetuado por pessoas mais simples. Como foi dito por Péricles (431.a.C) “Nossos cidadãos comuns, embora ocupados com as atividades da indústria, ainda são bons juizes das questões públicas.

Dentro desse paradigma, o Samuel Sales Fonteles descreve, em verdade, *um verdadeiro moralismo* conquanto ao *empurrar da história* proposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso, uma vez que a *perspectiva microscópica* do Ministro impede o próprio *pluralismo* que o ministro defende, em uma perspectiva *macroscópica*, uma vez que, em *desacordo morais razoáveis*:

(...) o Ministro entende de reconhecer autonomia para que os indivíduos decidam por si mesmos (abortar, fazer uso de drogas, casar etc.). Contudo, em uma perspectiva macroscópica, se uma Corte Constitucional substitui uma sociedade na escolha dos valores morais admissíveis no seio social, ela infantilizou os concidadãos.

¹⁸ FONTELES, Samuel Sales. **A função Iluminista dos tribunais constitucionais e o 'heroísmo moral clarividente'**: um contraponto ao empreendimento teórico de Luís Roberto Barroso. MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Processo Constitucional** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Não tão apenas essa *linha argumentativa da função iluminista de empurrar a história* é embutida numa ideologia (seja *progressista, cientificista ou, inclusive, liberal*), não sendo um *caminho adotado pela autodeterminação dos povos*, nem tampouco do próprio *pluralismo* político defendido pelo próprio ministro, mas, em verdade, *a determinação de uma única resposta moral para todos os desacordos morais razoáveis que existem na seara política*.

A pergunta levantada pelo autor são os paradigmas enfrentados pela corte constitucional *se deve intervir e quando deve-se intervir*. A ganância e vontade de intervir *em uma escolha moral razoável* contrária pelo julgador, demonstra o fenômeno descrito por Jeremy Waldron com a questão da dignidade da legislação e do próprio legislador.¹⁹

A outra dimensão aqui a ser analisada: Uma vez estando em debate no poder judiciário, o debate político se engessa, tornando-se mais restrito, tanto quanto *quem* são as partes do processo e as *nuances* que estão sendo debatidas. Não se pode decidir além do que está sendo pedido, e nem debater aquilo que não está em pauta, uma vez que o procedimento para a decisão judicial é elencado por vários princípios tabelados tanto na Constituição Federal quanto no Código de Processo Civil, como, por exemplo, o princípio da *congruência* elencado no Art. 492 do Código de Processo Civil²⁰.

De acordo com José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo²¹:

Deve o juiz, ao proferir a sentença, decidir o mérito nos “limites propostos pelas partes” (art. 141 do CPC/2015), não podendo “proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (art. 492, caput do CPC/2015). Os limites e a natureza são identificados à luz do libelo, isso é, do pedido e da causa de pedir.

¹⁹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 2.

²⁰ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

²¹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. RL-1.98.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Não apenas restringe *o que se está debatendo, mas restringe-se* à uma parcela pequena organizada que decidirá os rumos dos *desacordos morais razoáveis*, esvaziando o debate político e criando uma *aristocracia togada e restrita*, isto é, em uma *juristocracia*²².

Onde há apenas espaço para uma *única solução moral*, não há espaço para uma *democracia*, tampouco *da autodeterminação dos povos*, mas tão somente para a *ditadura do moralismo político*.

2.2 O princípio republicano da separação de poderes.

O princípio inicial de qualquer democracia deriva do *common ground*, isso é, de uma base comum, conforme explicita Georges Abboud²³: "(...) cuja existência é imprescindível para que, em uma democracia, seja possível o tratamento de temas sensíveis, mais precisamente, para a compreensão e o debate de argumentos genuinamente políticos".

Isso significa dizer, em outras palavras, que a base da democracia é, justamente, a seara política, onde a *petição de princípio* vem do embate das ideias políticas, expondo cada lado a sua ideia, confrontando, contrariando e encontrando pontos de convergência e discordância das convicções políticas, dentro de um contexto onde todos os grupos políticos *reconheçam* a existência de direitos básicos mínimos entre eles, especialmente, a *possibilidade de participação da arena política*.

Para que essa petição de princípio possa ser uma instituição fundamental dentro de um processo civilizatório, é preciso entender a *necessidade* de um *accountability* das instituições, sobretudo, do *check and balances* de cada entidade pública (e privada) de tal maneira que qualquer abuso de poder seja posto em cheque, isto é, que a *separação de poderes* de fato, aconteça.

²² HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia**: as origens e consequências do novo constitucionalismo. Londrina: Editora E.D.A, 2020.

²³ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro Eletrônico. p. RB-9.2

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Na prática, a separação de poderes, bem como o *accountability*, é a definição, bem como a delimitação *constitucional* dos limites do direito, em específico, onde um Direito (ou Poder).

Andrés Ollero²⁴ traz a concepção de que, uma vez que não existem direitos ilimitados, bem como é o papel da Constituição delimitar direitos especificando qual é seu alcance *efetivo* e *real* justamente para que a segurança jurídica possa ser preservada, bem como a própria unidade política.

Lucas Augusto Gaioski Pagani²⁵, por sua vez, explicita que:

Sem delimitação, pautada pela Constituição, dos Direitos Fundamentais e da delegação de Poderes, o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, toda a comunidade política, está à mercê de um poder que concede o que bem entende, não sendo a vontade do povo o que guia a democracia, mas uma restrita aristocracia, togada.

Nesse sentido, também, oportuno recordar das lições de Rui Barbosa²⁶:

Destruído o sistema representativo, cuja substância consiste na escolha do Governo pelo povo, nenhuma das liberdades humanas, das liberdades cristãs, das liberdades democráticas, poderá mais existir senão por tolerância do Usurpador. Deixa-as ele, ou as tira, e as suporta, ou as cerceia, consoante lhe apraz, ou lhe convém. A justiça, a propriedade, a honra, o lar doméstico, a vida mesma passam a ser, desde então, dádivas da tirania, que as regula a seu bel-prazer, que, conforme a sua avareza, as regateia.

No mesmo diapasão, Alexander Hamilton, nos papéis federalistas, encara a temática quanto às fronteiras do judiciário para com os demais poderes. Alexander Hamilton²⁷ reconhece que:

²⁴ OLLERO, Andrés. La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal. **Pensamiento y cultura**, vol. 3., núm. 1, 2000. pp 157-166. Universidad de La Sabana: Colombia. p. 158.

²⁵ PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal**: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes. Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022. p. 93

²⁶ BARBOSA, Rui. **Teoria Política**: Seleção, coordenação e prefácio de Homero Pires. W. M. Jackson inc: Rio de Janeiro, 1952. p. 57

²⁷ HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**. A commentary on the Constitution of the United States. JB Lippincott & CO: Philadelphia, 1864. Disponível em <https://www.loc.gov/> acesso em: 21 de setembro de 2021. p. 576.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Prova igualmente que, embora a opressão individual possa agora proceder dos tribunais de justiça, a liberdade geral do povo nunca pode ser ameaçada a partir dessa área: quero dizer, desde que o judiciário permaneça verdadeiramente distinto tanto do legislativo quanto do executivo. Pois concordo que 'não há liberdade, se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e executivo. Prova, em último lugar, que como a liberdade não pode ter nada a temer apenas do judiciário, mas teria tudo a temer de sua união com qualquer um dos outros departamentos

Nesse sentido, a preocupação com o poder judiciário é semelhante nos escritos de Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Flávio Humberto Pascarelli Lopes²⁸ que descrevem a postura ativista como sendo:

(...) pura e simples, traz em seu bojo a insegurança jurídica e a violação das regras democráticas. Nos casos citados, além dos problemas mencionados, há outro não menos sério: a imposição a todos os indivíduos da sociedade da visão de mundo, moral, ética e religiosa de poucas pessoas, que não foram eleitas nem legalmente escolhidas para essa tarefa. O risco que se corre é a implantação de verdadeira teocracia constitucional

Esse controle é fundamental para que o Estado Democrático de Direito possa coexistir e manter a sua pluralidade política, sobretudo quando nenhuma instituição pode se opor a outra, e nem mesmo se colocar acima da lei. É do império da Lei que se deriva a democracia e não da vontade dos *homens*, isto é, a própria legalidade Estrita, conhecida aqui como a *legitimidade* do sistema jurídico, basilar para qualquer possível noção de previsibilidade e segurança jurídica²⁹.

Sem contar que, dentro de uma democracia moderna, juízes não são *eleitos* para as suas posições através de um sufrágio universal, tampouco podem representar a vontade do povo sem que o povo tenha dado um mandato político em suas mãos, através do *clamor popular*. O mecanismo de voto é um dos mais importantes *accountabilities* que existem, sobretudo, na esfera política.

²⁸ LOPES, Flávio Humberto Pascarelli; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Ativismo Judicial e Teocracia Constitucional. **Revista de Processo**. vol. 316/2021, p. 319-337, Jun-2021, DTR/2021/8738. p. 9

²⁹ PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o principio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Georges Abboud³⁰ alerta que o *accountability* "(...) não se reduz ao pleito eleitoral, pois deve se aplicar a todos os agentes que exercem função pública, inclusive aqueles que não são eleitos. Com relação aos eleitos, o voto é um dos mecanismos de *accountability* (...)"

Não menos importante, a forma de controle de agentes políticos, especialmente da máquina pública, segundo Georges Abboud³¹, passa pela "(...) transparência e no livre acesso dos governados às informações sobre o governo (inédito ou reeleito) está fazendo, pois só assim será possível verificar se os seus assuntos estão conduzidos da maneira devida".

Deve-se compreender, dentro da separação de poderes, que a legitimidade ativa para a solução e proposta de direitos morais e dos *desacordos morais razoáveis* nos fóruns políticos de qualquer sociedade é do parlamento, uma vez que o *direito ao voto* não é meramente um direito de escolher quem vai te representar, mas é *escolher como o problema será resolvido*³².

Não obstante, deve-se compreender que o direito ao voto "não é apenas um direito de não ser considerado, assim como também não é um mero direito de participar. É, isso sim, um direito de participar diretamente da solução de um conflito (...)"³³.

Dito isso, devemos compreender, agora, *qual é o escopo do espaço político*, bem como aquilo que vem a ser um *desacordo moral razoável*, compreendendo que o debate político é inteiramente diferente de um debate judicial, onde o juiz é quem tem a última palavra e não o parlamento ou à vontade popular.

3. O ESPAÇO POLÍTICO E OS DESACORDOS MORAIS RAZOÁVEIS.

³⁰ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro Eletrônico. p. RB-9.12

³¹ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro Eletrônico. p. RB-9.12

³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. [Livro Eletrônico]. p. RB-3.1

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. [Livro Eletrônico]. p. RB-3.1

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Uma das perguntas que podem ser levantadas é: *qual é, exatamente, a diferença entre a arena política e a seara processual?*

Em primeiro lugar, as amarras processuais engessam o debate, impedindo dele ser amplo e, mais que isso, impedindo que a participação popular seja, *realmente*, efetiva, isso é, que é *ela quem detém o poder de decidir* — não o magistrado. Mesmo com uma participação de *audiências públicas*, bem como *inúmeros amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, tutelas coletivas ou até tutelas individuais, não há, de *fato*, participação em *como decidir*, sendo esse poder reservado ao magistrado.³⁴

Em segundo lugar, a legislação, a criação do processo legislativo, não é *tão apenas uma questão de deliberação, administração ou até política*, mas é:

(...) é sobretudo, no mundo moderno, produto de uma assembléia — os muitos, a multidão, a ralé (ou seus representantes). Os juízes estão acima de nós em seu esplendor solitário, com seus livros, seu aprendizado e seu isolamento das condições da vida comum. Se não estão sozinhos no banco, estão cercados por um número muito pequeno de íntimos de semelhante distinção, com os quais podem cultivar relações de colegialidade, erudição e virtude excludente. Um parlamento, por outro lado, é um corpo indisciplinado de muitas vezes esse número — talvez cem vezes mais.³⁵

Além de uma assembleia que *não apenas decide* como será governada, ela, também, escolhe *quais são as soluções adotadas para cada problema considerado pela própria sociedade*. O exercício da autodeterminação dos povos — que é diferente *da democracia* em si — é *poder decidir* como querem ser governados, qual constituição desejam e qual forma de governo desejam. Não é sobre *qual é a*

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. RB-3.1

³⁵ No original: "(...) it is above all, in the modern world, the product of an assembly — the many, the multitude, the rabble (or their representatives). The judges stand above us in their solitary splendor, with their books, their learning, and their insulation from the conditions of ordinary life. If they are not alone on the bench, they are surrounded by a very small number of intimates of similar distinction, with whom they can cultivate relations of collegiality, scholarship, and exclusionary virtue. A parliament by contrast is an unruly body of many times that number — perhaps a hundred times as many." WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999. p. 31.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

*melhor forma de governo ou a melhor forma de se governar, mas, sim, de qual forma de governo e de se governar que aquele povo deseja ter.*³⁶

Não há uma resposta correta, demonstrando uma possibilidade variada de como uma *sociedade pode se organizar*.

Nesse sentido, Jeremy Waldron levanta um questionamento pertinente no sentido de *mas e se a lei atingir direito de minorias, justifica o controle de constitucionalidade?*:

Diz-se às vezes que o que justifica a revisão judicial é que não seria apropriado que os representantes do povo (agindo por decisão da maioria) fossem 'julgar em seu próprio caso', para determinar se um ato legislativo viola ou não os direitos de uma minoria. Mas se uma disposição constitucional (protegendo os direitos das minorias) é realmente um pré-compromisso do povo ou de seus representantes, então, em princípio, não há nada de inapropriado em perguntar a eles: era esse o pré-compromisso que você pretendia? Se surgir uma disputa entre a tripulação se Ulisses deve continuar amarrado ao mastro muito tempo depois que o canto das sereias se tornou inaudível porque alguns tripulantes acreditam que ele também queria resistir às atrações da próxima ilha pela qual passaram, então há nada a fazer senão pedir a Ulisses.(...) O pré-compromisso não pode preservar a aura de autonomia (ou democracia no caso constitucional) a menos que a pessoa vinculada seja realmente o juiz do ponto e da extensão de sua vinculação. (...) se seguirmos a lógica do pré-compromisso no caso político, as pessoas são presumivelmente autoridades – não juízes em sua própria causa, mas autoridades – naquilo com que se comprometeram.³⁷

³⁶ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004. p. 255.

³⁷ No original: It is sometimes said that what justifies judicial review is that it would be inappropriate for the representatives of the people (acting by majority-decision) to be 'judge in their own case', in determining whether or not a piece of legislation violates the rights of a minority. But if a constitutional provision (protecting minority rights) is really a precommitment of the people or their representatives, then there is in a principle nothing whatever inappropriate about asking them: was this the precommitment you intended? If a dispute arises among the crew whether Ulysses should continue to be bound to the mast long after the sirens' song has become inaudible because some of the crew believe he wanted also to resist the attractions of the next island they sailed past, then there is nothing to do but ask Ulysses.(...) Precommitment cannot preserve the aura of autonomy (or democracy in the constitutional case) unless the person bound really is the judge of the point and extent of his being bound. (...) if we follow the logic of precommitment in the political case, the people are presumably authorities — not judges in their own cause, but authorities — on what they have precommitted themselves to. In: WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004. p. 265.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Quem é a autoridade para decidir sobre a vida pública é, justamente, o *próprio* povo. A opção de criar novos direitos e, portanto, novas obrigações, é justamente a *participação* do povo na criação de direitos. Conforme explicita Luiz Guilherme Marinoni³⁸:

Portanto, antes de se pensar em direito à tutela jurisdicional dos direitos morais não reconhecidos pelo Parlamento, há que se ter em conta o direito de participar da criação dos direitos. Afinal, é o direito de participar da criação dos direitos que impede que se tenha como legítima a criação-negação judicial dos direitos nos específicos casos de desacordos morais que, pela sua natureza, apenas podem ser decididos pelas pessoas.

Nesse sentido, em uma criação nova de obrigações e direitos, a *população* divide seus *sentimentos morais* (ou *direitos morais*) em várias correntes político-filosóficas como *marxismo, liberalismo, conservadorismo, trabalhismo, ordoliberalismo, reacionarismo, ateus, catolicismo, protestantismo, islamismo, judaísmo, paganismo* etc.

Direito ao uso deliberado de substâncias tóxicas sem receita médica? Direito ao Aborto? Direito à posse e porte de armas? O direito irrestrito de liberdade de expressão? Direito de pegar em armas e lutar contra um governo tirânico?

A pergunta que cabe aqui é: *Quem tem razão? Existe tão somente uma resposta para esses problemas? São, realmente, direitos? Qual é o espaço para existir esse debate?*

Ora, até mesmo dentro de um *progressismo*, hoje, há uma *divergência quanto à liberdade de expressão*. Por exemplo, a esquerda americana, durante a década de 70 a 90, adotou uma doutrina chama de *fighting words*³⁹ que consistia em, basicamente, *a utilização de discursos de luta, inclusive, incentivando o vocabulário* de chamar policiais de porcos e ter a liberdade irrestrita de poder se posicionar, inclusive, em postura de luta social.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. RB-3.1

³⁹ GREENAWALT, Kent. **Fighting Words: individuals, communities, and liberties of Speech**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1995.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Atualmente, pelo menos, a esquerda brasileira, está adotando uma postura de que a liberdade de expressão *não seja absoluta* e que encontra o seu *limite* no discurso de ódio, isso significa dizer que, em outras palavras, que não se pode utilizar o discurso de maneira ofensiva ou agressiva ou, até, *no coibir das fake news*⁴⁰.

Apenas para exemplificação, o caso da Rússia quanto à uma nova lei que *regulamenta* e define o que seja ou não seja *fake news*, com uma pena de até 15 anos para aqueles que utilizarem o termo 'guerra' para se referir à guerra entre Ucrânia e Rússia, devendo se referir ao conflito como "operação especial"⁴¹.

Isso significa dizer, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni⁴²:

Note-se que, por melhor que seja a argumentação dos Juízes a respeito de um desacordo marcado tão somente por diferentes e razoáveis concepções ou convicções morais, ela nunca merecerá prevalecer. Afinal, a raiz do problema não está na qualidade da argumentação ou na capacidade intelectual dos partícipes da deliberação, mas no fato de que a própria discussão sempre estará acobertada pelas convicções pessoais legítimas de cada um dos sujeitos do diálogo.

Não é do magistrado que deve sair de *como cada um deve viver suas vidas*, mas, sim, *do próprio indivíduo* e da própria *comunidade política*. Não é papel do intérprete, sobretudo do poder judiciário, resolver conflitos como *se o povo deve, ou não, ter o direito de portar armas* — isso é um papel claro do legislativo. Qualquer interferência sem qualquer razão jurídica que se sustente, não passa de uma força de *criar uma resposta única para a solução de um problema moral onde apenas a ideologia do intérprete tem razão, a revelia de todas as outras vertentes de pensamento*.

⁴⁰ Ver mais em: PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal**: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes. Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022. p. 108.

⁴¹ Câmara da Rússia aprova lei para prender quem divulga fake News do Exército. **UOL Notícias**. 04 de março de 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2022/03/04/camara-da-russia-aprova-lei-para-prender-quem-divulga-fake-news-do-exercito.htm> acesso em: 11 de março de 2022.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. RB-3.3.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Nesse sentido, Jeremy Waldron disserta sobre que a *discordância* entre as pessoas sobre direitos não significa, necessariamente, que qualquer uma das partes envolvidas na discussão não estejam levando direitos a sério, e que não quer dizer que não existam grupos que não levem direitos a sério ou não que não entendam a força e a importância da discussão moral. Na verdade, os assuntos sensíveis discutidos pela arena política *já não esperam nenhum tipo de consentimento* e nem, muitas vezes, que convirjam para algum tipo de consenso.⁴³

Para Mark Tushnet a *tradição política* se converte em uma espécie de *constitucionalismo popular*, descrevendo que pessoas ordinárias agem de acordo com a política, e não através das cortes judiciais⁴⁴. Pessoas vão às ruas, protestarem, levantaram cartazes que dizem “Fora Dilma”; “Bolsonaro Genocida”; “O único jeito de parar um homem mal com uma arma é um homem bom com uma arma”; “Saúde para todos”; “Lula Ladrão” etc.

As pessoas vão travar suas batalhas nas ruas, na política, pela renovação de representação. Esse foi o cenário e está sendo o cenário da política brasileira desde a revolta dos 20 centavos, no ano de 2013. Mesmo com uma judicialização da política intensa e da expansão do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal desde então, o povo estava nas ruas, pedindo mudanças *através da política*.

Questões morais como a pena de morte, regulamentação do lobby no congresso brasileiro, do direito de se armar e formar milícias ou até se devem regulamentar a venda de bebidas alcóolicas dentro de um estádio de futebol são marcas que são resolvidas entre *uma assembleia*, isto é, *através do parlamento* — e não do poder judiciário.

A justificativa moral para cada pauta pode variar de acordo com a orientação ideológica ou senso de justiça de cada cidadão e ele espera que essa expectativa

⁴³ WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal, vol. 115:1346. p. 2006.

⁴⁴ TUSHNET, Mark. **Taking Back the Constitution**: Activist Judges and the Next age of American Law. Londres: Yale University Press, 2020. p. 244.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

seja atendida. Isso significa dizer que a discussão política envolve muito mais níveis de consciência e vontade que a seara processual.

Isso sem contar que julgamentos morais são, geralmente, *predictivos*, isto é, *expectativas sobre o futuro*, conforme explicita Daniel Kahneman, Olivier Sibony e Cass Sunstein⁴⁵:

(...) ao produzir um julgamento, nos comportamos como se um valor real existisse, mesmo quando não é o caso. Pensamos e Agimos como se houvesse um alvo em cujo centro mirar, uma mosca invisível que não devemos errar por muito. A expressão julgamento pessoal implica tanto uma possibilidade de discordância como a expectativa de que ela será limitada. Questões de julgamento se caracterizam por uma expectativa de discordância restrita. Elas ocupam um espaço entre as questões de cálculo, em que a discordância não é admitida, e as questões de gosto, em que há pouca expectativa de concordância, a não ser em casos extremos.

E é para isso que serve o processo legislativo. Ele não é *demorado* para que o sistema jurídico fique *engessado*, mas, sim, *para que o debate possa ser maturado, suavizado e, por fim, uma situação de convergência* para uma nova regra moral que cria direitos e obriga a todos em eficácia *erga omnes*.

Nesse diapasão, Justice John Roberts em *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567, U.S 519 descreve que:

Nossa leitura permissiva desses poderes é explicada em parte por uma reticência geral em invalidar os atos dos líderes eleitos da Nação. "O devido respeito por um ramo coordenado do governo" exige que derrubemos uma lei do Congresso apenas se "a falta de autoridade constitucional para aprovar [a] lei em questão for claramente demonstrada". Estados Unidos v. Harris, 106 U.S. 629, 635 (1883). Os membros deste Tribunal são investidos de autoridade para interpretar a lei; não possuímos nem a experiência nem a prerrogativa de fazer julgamentos de políticas. Essas decisões são confiadas aos líderes eleitos de nossa nação, que podem ser destituídos se o povo discordar deles. Não é nosso trabalho proteger as pessoas das consequências de suas escolhas políticas.⁴⁶

⁴⁵ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído**: uma falha no julgamento humano. São Paulo: Editora Objetiva, 2021. p. 458.

⁴⁶ No original: Our permissive reading of these powers is explained in part by a general reticence to invalidate the acts of the Nation's elected leaders. "Proper respect for a co-ordinate branch of the government" requires that we strike down an Act of Congress only if "the lack of constitutional

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

No mesmo sentido, também, a Suprema Corte Americana, em um julgado recente em *U.S National federation of independent business v Department of labor, occupational safety and health administration* não divergiu do entendimento consolidado na jurisprudência americana:

Por sua vez, o Governo Federal diz que o mandato salvará mais de 6.500 vidas e evitará centenas de milhares de internações. Resposta OSHA 83; ver também 86 Fed. Reg. 61408. Não é nosso papel pesar tais compensações. Em nosso sistema de governo, isso é responsabilidade daqueles escolhidos pelo povo por meio de processos democráticos. Embora o Congresso tenha indiscutivelmente dado à OSHA o poder de regular os perigos ocupacionais, não deu a essa agência o poder de regular a saúde pública de forma mais ampla. Exigir a vacinação de 84 milhões de americanos, selecionados simplesmente porque trabalham para empregadores com mais de 100 funcionários, certamente se enquadra na última categoria.⁴⁷

A divergência quanto à compulsoriedade ou obrigatoriedade da vacina também não gera consenso, *basta analisar* quantos países adotaram medidas *obrigatórias de vacinação* e quais adotaram medidas de *incentivo à vacinação*. Até mesmo a questão do *lockdown* e do toque de recolher foram realizadas de maneiras totalmente diferentes em países como República Tcheca, Alemanha, Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos da América e Brasil.⁴⁸

Houve, também, o *desacordo moral razoável* quanto à eficácia do combate a pandemia pelo uso de *lockdown* e o discurso de “seguir a ciência” e quanto ao

authority to pass [the] act in question is clearly demonstrated.” United States v. Harris, 106 U. S. 629, 635 (1883). Members of this Court are vested with the authority to interpret the law; we possess neither the expertise nor the prerogative to make policy judgments. Those decisions are entrusted to our Nation’s elected leaders, who can be thrown out of office if the people disagree with them. It is not our job to protect the people from the consequences of their political choices.”

⁴⁷ No original: “For its part, the Federal Government says that the mandate will save over 6,500 lives and prevent hundreds of thousands of hospitalizations. OSHA Response 83; see also 86 Fed. Reg. 61408. **It is not our role to weigh such tradeoffs. In our system of government, that is the responsibility of those chosen by the people through democratic processes.** Although Congress has indisputably given OSHA the power to regulate occupational dangers, it has not given that agency the power to regulate public health more broadly. Requiring the vaccination of 84 million Americans, selected simply because they work for employers with more than 100 employees, certainly falls in the latter category.”

⁴⁸ PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

outro lado, comumente tratado como *negacionistas* por se oporem ao fechamento arbitrário do comércio e da circulação como um todo. Em janeiro de 2022, um estudo realizado por Jonas Herby, Lars Jonung e Steve Hanke pelo *The Johns Hopkins Institute for Applied Economics, Global Health, and the Study of Business Enterprise* titulado de *A literature Review and Meta-Analysis of the Effects of Lockdowns on Covid-19 Mortality* descreveu que a eficácia do *lockdown* quanto ao combate à mortalidade do Covid-19 eram de pífos 0,2% (zero vírgula dois por cento).

Independente de quem *esteja correto* ou *não*, é a expectativa pessoal vinculada ao senso de justiça e ideologia do cidadão que vincula o modo de como ele deseja levar sua vida, tanto de maneira privada, como de maneira pública, professando suas ideias no espaço político — coisa que não poderia fazê-lo nos tribunais.

Não há uma *única resposta moral adequada* para todos problemas da vida pública e privada e é exatamente esse o *princípio do pluralismo político característico de uma sociedade democrática representativa*: a capacidade da resolução de problemas sociais das mais diversas formas.

A seguir, analisaremos não apenas alguns casos sobre *desacordos morais razoáveis* já resolvidos pela legislação brasileira tanto quanto aqueles que ainda não foram resolvidos capitaneados pelo Supremo Tribunal Federal e será comentado o problema da interferência do poder judiciário na arena política, *minando sua própria autoridade e até criando resistência social e institucional* sobre aquilo que se quer proteger.

3.1 Casos de desacordos morais razoáveis resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Os casos aqui discutidos fazem parte de *um ativismo judicial moral* dos intérpretes vinculados ao Supremo Tribunal Federal, usurpando a *competência* do poder legislativo *sem razão jurídica o suficiente*, dentro de um sistema de direitos morais que são postos na arena política como *desacordos morais razoáveis*, conforme o tópico anterior.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Pode-se analisar um ativismo judicial na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983 (Caso *Vaquejada*) que, *inclusive*, gerou um *backlash* institucional quase *imediato* pelo poder legislativo⁴⁹. A discussão *política* sobre *maus-tratos* aos animais, teve um desacordo *moral razoável* quanto à temática. Em voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso⁵⁰ descreve, em seu voto, que:

De fato, há inúmeros relatos na rede mundial de computadores de animais submetidos a abusos nas práticas de vaquejada, entre eles o de que os bois são confinados em um pequeno cercado, onde são atormentados, encurralados e açoitados. Também há relatos de uso de luvas com pequenos pregos para não deixar escapar a cauda do animal quando apanhada, a introdução de pimenta e mostarda via anal, choques elétricos e outras práticas abomináveis caracterizadoras de maus-tratos. **Ainda quando não seja possível afirmar que animais usados em vaquejadas por todo país sejam submetidos a esses tipos de tratamento, é de se estranhar que animais pacatos, como são os bois, saiam sempre em disparada após serem soltos.**

A decisão foi *tão política* que logo após essa decisão, a Presidência da República sancionou a Lei 13.364/16 que sancionou a vaquejada como uma *expressão cultural brasileira*.

Não obstante, temos a *ocorrência* de um *backlash* institucional dentro do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, que discutiam *o início da execução da pena após o trânsito em julgado da condenação criminal*. Não obstante, a mudança de paradigma jurisprudencial em poucos anos,

⁴⁹ Nesse sentido, Priscia Siqueira Soares descreve que: "A ADI fora julgada procedente pelo STF no dia 6 de outubro de 2016, gerando repercussões em todo país. Inclusive, após esse fato, foi sancionada pela Presidência da República a Lei 13.364/16, segundo a qual o rodeio e expressões artístico-culturais similares ganharão o status de manifestações da cultura nacional e serão elevadas à condição de patrimônio cultural imaterial do Brasil. Trata-se de uma reação legislativa ao que já foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, uma reação de setores ligados à bancada ruralista que deflagraram o projeto de lei. In: SOARES, Priscia Siqueira. **Ativismo Judicial e análise da decisão do supremo tribunal federal acerca da prática da vaquejada no nordeste brasileiro**. Orientador: Cássio Casagrande. 2017. 31 f. TCC (Graduação) — Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), 2017. p. 19. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/16683/Artigo%20Cient%3%ADfco%20Pr%3%ADsci%20Siqueira%20Soares%20Coordena%3%A7%3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁵⁰ ADI 4.983, Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016. Voto Ministro Luís Roberto Barroso, p. 23.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

especialmente no *Caso Lula* e da *Lava Jato*, gerou um movimento legislativo em torno de *possibilitar* a prisão após a primeira instância⁵¹.

Cabe salientar que o pacote Anti-Crime, proposto, na época, pelo Ex-Juiz Federal, Sérgio Fernando Moro, foi um dos maiores *backlashs* institucionais quanto ao poder judiciário, justamente com uma *pauta política* anticorrupção.

Cabe aqui citar o Recurso Extraordinário de nº 635.659/SP que *versou sobre* a descriminalização do porte da *maconha*, em específico, julgando inconstitucional o Art. 28 da Lei 11.343/2006. Em seus votos, os ministros demonstraram *clara preocupação com o sentimento social* dos cidadãos, conforme expresso por Gianfranco Faggin Mastro Andréa⁵²:

Portanto, a resposta do Supremo Tribunal Federal no caso que lhe foi submetido, sem se arvorar em eventual desagrado ou não da sociedade, por coerência e razão jurídica, deveria se orientar pela descriminalização do uso de todas as drogas, e não apenas da maconha. O que se verifica é que, por questões de sentimento social, atrelada a uma conhecida moralidade mais conservadora da sociedade, no que se refere ao tema das drogas no Brasil, justamente para se evitar um efeito *backlash*, entendeu por bem o Ministro Luís Roberto Barroso não avançar no tema com receio de possíveis reações desproporcionais e deletérias que não agregariam em nada o progresso da análise da questão.

Cabe aqui, também, ressaltar o caso da ADPF 54/DF (*aborto de anencéfalo*) que *criou* uma nova excludente de ilicitude para o tipo penal de aborto. Segundo Assis JC Nascimento⁵³:

(...) já que a interpretação da decisão na ADPF 54/DF declara que a situação de anencefalia é hipótese legítima de aborto, ainda que não prevista em lei. Aliás, é exatamente essa ideia que suporta a afirmação do atual Ministro Roberto Barroso, reportada em

⁵¹ PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal:** controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes. Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022. p. 81.

⁵² ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. Supremo Tribunal Federal, comportamento estratégico e efeito *backlash*: o caso da descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal. **Revista da AJURIS**, v. 46, n. 147, dezembro, 2019. p. 188.

⁵³ NASCIMENTO, Assis JC. O ativismo anencéfalo: É necessário discutir as predisposições existentes no debate sobre o ativismo judicial. **Revista Jurídica Direito & Paz**, Ano IX, n. 36, p. 328-349, 1º Semestre, 2017. p. 331.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

introdução, para quem o julgamento da ADPF 54/DF representa um case legítimo de ativismo judicial.

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal criar um novo tipo de excludente de ilicitude para *abarc*ar uma ideia política de que *aborto seria um direito garantido pela dignidade da pessoa humana*. Essa ideia, embora pareça *ser o progresso* para alguns, não é algo que seja *politicamente viável* no congresso brasileiro, uma vez que, 79% da população brasileira é contra a legalização do aborto.⁵⁴ Há um debate, e um dissenso enorme, quanto *onde começa a vida e se é um sujeito de direitos ou não*⁵⁵.

Não pode o Supremo Tribunal Federal, *usurpar* a competência do *autogoverno* dos homens *por causa de divergências ideológicas quanto aos desacordos morais razoáveis*. Só pode agir caso exista uma razão jurídica para tanto, dentro de um arranjo institucional onde a separação de poderes seja respeitada, sob pena de *abusar* do controle de constitucionalidade, inclusive⁵⁶.

É *possível* que o Supremo Tribunal Federal possa, nos próximos anos, decidir se o consumo de carne animal *seja lícito ou não*? O que impede que essa decisão judicial seja cumprida? Não pode o Supremo Tribunal Federal *decidir* que *jovens menores de 18 anos* possam fazer terapia hormonal para transição de gênero? Não pode o Supremo Tribunal Federal decidir que *um tratamento médico seja obrigatório* sob qualquer circunstância?

A resposta para tais perguntas podem ser variadas, inclusive, com uma função de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que não há nenhum impedimento formal ou material, hoje, para as decisões proferidas pelo STF sem ser pelo próprio STF (autocontenção dos tribunais).

⁵⁴ 8 a cada 10 brasileiros são contra a legalização do aborto, mostra pesquisa. **Poder 360**. 25 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/8-a-cada-10-brasileiros-sao-contra-a-legalizacao-do-aborto-mostra-pesquisa/> Acesso em: 11 de março de 2022.

⁵⁵ RAZZO, Francisco. **Contra o Aborto**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2017.

⁵⁶ DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy**. New York: Oxford University Press, 2021.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Uma barreira que, de certa forma, *controla* a ação do STF é, justamente, a mobilização social, dentro da arena política, em resistência à pauta que se deseja decidir e proteger que comumente é chamado de *backlash* democrático.

É um dilema do regime democrático e do Estado de Direito, conforme explicita Samuel Sales Fonteles⁵⁷:

Quando juízes ignoram o sentimento social para atuar unicamente pelo Direito, tem-se um Estado de Direito que ameaça o regime democrático. Noutra ponta, quando magistrados julgam guiados pela opinião pública, ganha-se no coeficiente democrático, mas perde-se em segurança jurídica e resta enfraquecido o Estado de Direito. (...) Ora, o *backlash* nasce exatamente dessa conflituosidade, na medida em que se manifesta quando o povo disputa a interpretação constitucional a ser adotada pelos juízes e Tribunais. Portanto, originase da confluência da democracia com o constitucionalismo. Geneticamente, o *backlash* é fruto do cruzamento efetuado entre regime democrático e Estado de Direito, razão pela qual é tão frequente no chamado Estado Democrático de Direito.

Há limites, mesmo quando uma corte assume o papel de *poder moderador* ou, ainda, *assume uma função iluminista dos tribunais*, especialmente quanto à resistência popular de se adequar ou respeitar uma decisão judicial que impacta, profundamente, sentimentos morais tão profundos, dentro de determinada cultura, que *pode* criar ainda mais problemas e mais rejeição ainda sobre aquilo que se pretende incluir ou proteger.

CONCLUSÕES FINAIS

No descrever o que é *uma arena política*, o que é *um desacordo moral razoável* e a *dignidade do legislador* e a *importância do autogoverno*, é possível notar que a função iluminista dos Tribunais, na verdade, se *comportam* como uma vontade ideológica dentro da corte, preferindo um lado político em detrimento das outras

⁵⁷ FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco, 2018. 172 f. Dissertação (mestrado) - Mestrado em Direito constitucional, Brasília, Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018. p. 42

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ideologias, minando, assim, o pluralismo político tão característico de qualquer sociedade democrática moderna.

As perguntas levantadas ao longo do texto *demonstram* um certo caminho de desequilíbrio entre os poderes, bem como de uma criação de uma *forma de governo* alheia ao que foi estabelecido e criado pelo *poder constituinte originário de 1985*. Não adotamos a forma de um semi-presidencialismo onde o Supremo Tribunal Federal tenha a autorização das escolhas e compromissos democráticos estabelecidos em 1985 para agir como um poder moderador. A escolha política brasileira foi em torno de um presidencialismo de coalizão, não existindo um poder que possa sobrepor-se aos demais poderes e, até, inclusive, que *possa estar acima da lei*.

O perigo representado pelo Supremo Tribunal Federal é o do desequilíbrio entre instituições, sobretudo com o próprio Poder Judiciário, passando por cima, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça. Não há, hoje, nenhum controle externo ao Supremo Tribunal Federal e das suas decisões no controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, reforçando, inclusive, não é descolado do próprio Poder Judiciário, sendo uma corte constitucional ordinária que *utiliza-se* de um *ativismo judicial* claro e cristalizado nos votos e nas falas à mídia por diversos ministros que ocupam ou ocuparam a cadeira do Supremo Tribunal Federal para que *suas visões de mundo, suas ideologias e seus sentidos de justiça* façam valer em detrimento da *vontade do povo*.

A consequência da função iluminista dos tribunais é justamente a *insegurança jurídica* quanto à validade ou expectativa de que a lei seja cumprida no dia-a-dia da sociedade brasileira. Em uma sede desesperada de *garantir* direitos fundamentais como o casamento entre pessoas do mesmo sexo, amanhã, essa mesma garantia pode ser rompida por uma nova decisão do Supremo Tribunal Federal, com uma maioria conservadora.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

É sobre a estabilidade da lei e não, necessariamente, *sobre garantir ou não direitos fundamentais, sobre um progressismo perante a escuridão da "dogmática cristã"*, mas sim sobre como o povo decidiu se *autogovernar*, e, acima de tudo, que essa vontade seja concretizada pelo *império da lei* e não por *aristocracia togada*.

REFERÊNCIAS DAS FOTES CITADAS

8 a cada 10 brasileiros são contra a legalização do aborto, mostra pesquisa. **Poder 360**. 25 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/8-a-cada-10-brasileiros-sao-contra-a-legalizacao-do-aborto-mostra-pesquisa/> Acesso em: 11 de março de 2022.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Livro Eletrônico.

ABBOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. Pode o Tribunal decidir se a terra é plana? Comentários ao acórdão do IRDR 11, do TJSP. **Revista de Processo**. Vol. 323/2022. p. 403-421. Jan-2022.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1008/2019. Out/2019.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. Supremo Tribunal Federal, comportamento estratégico e efeito backlash: o caso da descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal. **Revista da AJURIS**, v. 46, n. 147, dezembro, 2019.

BARBOSA, Rui. **Teoria Política**: Seleccção, coordenação e prefácio de Homero Pires. W. M. Jackson inc: Rio de Janeiro, 1952.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9., N. 4, 2018, p. 2171-2228.

Câmara da Rússia aprova lei para prender quem divulga fake News do Exército. UOL Notícias. 04 de março de 2022. Disponível em:

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2022/03/04/camara-da-russia-aprova-lei-para-prender-quem-divulga-fake-news-do-exercito.htm>
acesso em: 11 de março de 2022.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy**. New York: Oxford University Press, 2021.

FONTELES, Samuel Sales. A função Iluminista dos tribunais constitucionais e o 'heroísmo moral clarividente': um contraponto ao empreendimento teórico de Luís Roberto Barroso. MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Processo Constitucional** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FONTELES, Samuel Sales. **Direito e Backlash**. Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco, 2018. 172 f. Dissertação (mestrado) - Mestrado em Direito constitucional, Brasília, Escola de Direito de Brasília, Brasília, 2018.

GREENAWALT, Kent. **Fighting Words: individuals, communities, and liberties of Speech**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1995.

HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**. A commentary on the Constitution of the United States. JB Lippincott & CO: Philadelphia, 1864. Disponível em <https://www.loc.gov/> acesso em: 21 de setembro de 2021.

HERBY, Jonas; JONUNG, Lars; HANKE, Steve. A Literature Review and Meta-analysis of the Effects of Lockdowns on COVID-19 Mortality. **Studies in Applied Economics 200**, The John Hopkins Institute for Applied Economics, Global Health, and the Study of Business Enterprise, 2022.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: Editora E.D.A, 2020.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. **Ruído: uma falha no julgamento humano**. São Paulo: Editora Objetiva, 2021.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

LOPES, Flávio Humberto Pascarelli; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Ativismo Judicial e Teocracia Constitucional. **Revista de Processo**. vol. 316/2021, p. 319-337, Jun-2021, DTR/2021/8738.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

NASCIMENTO, Assis JC. O ativismo anencéfalo: É necessário discutir as predisposições existentes no debate sobre o ativismo judicial. **Revista Jurídica Direito & Paz**, Ano IX, n. 36, p. 328-349, 1º Semestre, 2017.

OLLERO. Andrés. La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal. **Pensamiento y cultura**, vol. 3., núm. 1, 2000. pp 157-166. Universidad de La Sabana: Colombia.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal**: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes. Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. A pandemia do covid-19 e o princípio da vedação ao retrocesso: direitos fundamentais no brasil em risco?. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.2, 2º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; PAGANI, Vitor Augusto Gaioski; DIAS, Bruno Smolarek. Os limites entre a aplicação e a criação do Direito: Interpretação ou Ativismo Judicial. **IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**: Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat. Florianópolis-SC: 2021, fls. 270-290.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

RAZZO, Francisco. **Contra o Aborto**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2017.

SOARES, Priscia Siqueira. **Ativismo Judicial e análise da decisão do supremo tribunal federal acerca da prática da vaquejada no nordeste brasileiro**. Orientador: Cássio Casagrande. 2017. 31 f. TCC (Graduação) — Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), 2017. p. 19. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/16683/Artigo%20Cient%3%ADficio%20Pr%3%ADscia%20Siqueira%20Soares%20Coordena%3%A7%3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

SUNSTEIN, Cass. Backlash's Travels. **University of Chicago Public Law & Legal Theory**. Working Paper Nº. 157, 2007.

Toffoli diz que Brasil vive semipresidencialismo com STF como poder moderador. *Gazeta do povo*. 16 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/toffoli-diz-que-brasil-vive-semipresidencialismo-com-stf-como-poder-moderador/> acesso em: 11 de março de 2022.

TUSHNET, Mark. **Taking Back the Constitution**: Activist Judges and the Next age of American Law. Londres: Yale University Press, 2020.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**. 115:1346, 2006.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

RECEBIDO EM 01/2022

APROVADO EM 03/2022