

ALVARO AUGUSTO LAUFF MACHADO

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, ES (FDV). Membro do Instituto dos Advogados do Brasil. Membro do Grupo de Pesquisa Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos da PUC/ SP Professor convidado no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário na Faculdade de Direito de Vitória-FDV, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público da LFG (Universidade Anhanguera/SP), no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público da Estácio de Sá, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público do CPJUR. Conselheiro do Conselho Municipal de Recursos Fiscais do Município de Vitória/ES. Membro do IAB - Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do GTFAZ/ES - Grupo de Trabalho da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Espírito Santo. Autor de artigos em revistas de âmbito nacional e internacional. Advogado.

**ATIVISMO JUDICIAL
DIREITO E DEMOCRACIA**

2022

editora e livraria
NOESSES

123 9555

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

M129a

Machado, Alvaro Augusto Lauff

**Ativismo judicial : direito e democracia / Alvaro Augusto Lauff Machado. - 1. ed.
- São Paulo : Noeses, 2022**

330 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-89888-17-8

1. Direito e política. 2. Poder Judiciário e questões políticas - Brasil. 3. Estado de direito - Brasil. 4. Jurisdição - Brasil. 5. Juízes - Decisões - Brasil. I. Título.

21-71980

CDU: 347.95(81)

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária - CRB-7/6439

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	IX
PREFÁCIO	XI
APRESENTAÇÃO.....	XVII
SOBRE A OBRA.....	XXI
1. INTRODUÇÃO	1
2. DEMOCRACIA E DIREITO	11
2.1 Constituição e política	20
2.2 A democracia e seu lugar nas estruturas políticas	29
2.3 A democracia e seus critérios.....	31
2.4 Soberania, democracia e Estado de Direito	35
2.4.1 Democracia e sociedade aberta.....	39
2.5 Uma análise kelseniana da democracia.....	43
2.6 A ambivalência da democracia: expondo a sua face oculta	47

ATIVISMO JUDICIAL
DIREITO E DEMOCRACIA

3. SISTEMA E ORDENAMENTO JURÍDICO.....	51
3.1 Relação entre validade e efetividade da norma.	57
3.1.1 Validade e verdade	61
3.2 Norma, ordenamento e seu caráter dinâmico ...	61
3.3 Sistema jurídico: aplicação e subsunção.....	64
3.4 Senso de justiça e o sentido da decisão jurídica	69
3.4.1 <i>Ars judicandi</i> : motivação e convicção.....	72
3.4.2 Legislador racional.....	75
3.4.2.1 <i>Possibilidades tipológicas do legislador racional</i>	76
3.4.3 Implicatura.....	77
3.5 Técnicas interpretativas e o problema da interpretação	80
3.5.1 Interpretação gramatical.....	81
3.5.2 Interpretação lógica	82
3.5.3 Interpretação teleológica.....	82
3.5.4 Interpretação histórica	83
3.5.5 O problema da interpretação.....	83
3.6 Fontes do direito e unidade do ordenamento jurídico em estudos de Norberto Bobbio.....	85
4. A APLICAÇÃO DO DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE: O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL	93
4.1 Interpretação e aplicação do direito a partir do pós-guerra.....	93

ALVARO AUGUSTO LAUFF MACHADO

4.1.1	Eficácia normativa da norma constitucional: uma análise a partir do programa e do âmbito normativo	101
4.2	O que é ativismo judicial?	107
4.2.1	Raízes históricas.....	107
4.2.2	Conceituando o ativismo judicial no Brasil	111
4.3	<i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> : o juiz pode criar o direito?	117
4.3.1	Os princípios de conduta judicial de Bangalore.....	123
4.4	Tipologias do ativismo judicial.....	129
4.5	O problema da imprecisão do texto legal	132
4.6	Considerações sobre o protagonismo judicial na América Latina.....	135
4.7	Impasses para a contenção do ativismo judicial	140
5.	CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA	151
5.1	Uma separação (e confusão) entre direito e moral: a crítica ao principialismo e a luta pelos direitos	158
5.2	Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista	167
5.3	Garantias constitucionais primárias e secundárias	172
5.4	Dimensões do poder judicial	177
5.5	Legalidade e proporcionalidade	182
5.5.1	Liberdade e igualdade	190
5.6	Garantismo e decisão judicial: o problema da discricionariedade e a compreensão da verdade processual.....	195

ATIVISMO JUDICIAL
DIREITO E DEMOCRACIA

5.7	Legitimação formal e legitimação substancial...	200
5.7.1	Soberania	205
6. A EFICÁCIA NORMATIVA DOS ARTS. 20, 21 E 22 DA LINDB ENQUANTO MECANISMO DE CONTENÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL		
		209
6.1	Valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão	212
6.2	Princípio da realidade	227
6.2.1	O caso do princípio da moralidade e o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa	233
6.3	Capacidades institucionais e o <i>judicial deference</i>	239
6.3.1	O caso Chevron.....	246
6.3.2	ADI 5.501-DF e o MI 6.781-DF	249
6.4	Uma proposta de contenção e equilíbrio no exercício da atividade jurisdicional.....	252
7. CONCLUSÃO		263
REFERÊNCIAS		271