

LEVANDO OS DIREITOS DA PERSONALIDADE A SÉRIO: UMA ANÁLISE ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL, NO CONTEXTO DE JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA, E O CARATER OBRIGATÓRIO DOS PRECEDENTES DAS “CORTES DE VÉRTICE

TAKING THE RIGHTS OF PERSONALITY SERIOUSLY:
AN ANALYSIS BETWEEN JUDICIAL ACTIVISM, IN THE CONTEXT
OF THE JUDICIALIZATION OF LIFE, AND THE MANDATORY
CHARACTER OF THE PRECEDENTS OF THE “VERTICE CUT”

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA¹

HENRIQUETA FERNANDA CHAVES ALENCAR FERREIRA LIMA²

RESUMO

No contexto do pós Segunda Guerra Mundial, marcado por significativa violação à direitos humanos, e o anseio social pela ampliação da proteção à pessoa, o modelo de Estado Liberal e de Direito como sinônimo de lei se revelaram insuficientes dando vazão ao movimento filosófico do pós-positivismo e do modelo estatal neoliberal, em que os princípios passam a integrar o conceito de norma e o protagonismo judicial – ante a judicialização da vida – assume papel de relevo, inclusive, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988. Decerto que a indefinição conceitual de alguns institutos convida a uma incerteza jurídica, deixando nas mãos da subjetividade do julgador a delimitação, ampliando o espaço a que vieses cognitivos predominem na tomada decisória. Nesse cenário, o presente estudo se dedica a analisar como os direitos da personalidade podem ter sua efetividade impactada a depender da postura do julgador, se movido pelo ativismo judicial, ou pela aplicação automática dos precedentes judiciais, sem pretensão de exaurimento do tema, enfatizando

- 1 Coordenador e Professor Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA) e do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE), Professor Convidado do Programa de Mestrado University Missouri State – EUA, Editor da Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (Qualis B1), Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3134794995883683>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9073-7759>.
- 2 Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestra em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR. Doutoranda em Direito pela Uniceub; Doutoranda em Cultura Contemporânea pela UFMT. Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Docente em Graduação em Direito e da colaboradora da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso (ESMAGIS). LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8180754714236361>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7432-2895>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LIMA, Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira. Levando os direitos da personalidade a sério: uma análise entre o ativismo judicial, no contexto de judicialização da vida, e o caráter obrigatório dos precedentes das “cortes de vértice. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 18, n. 4, p. 326-348, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i4.9053>.

como os vieses cognitivos se inserem. Para tanto, proceder-se-á à revisão bibliográfica e à análise de alguns julgados em que há direito da personalidade como pano de fundo e a postura judicial mais ativista e/ou presa ao precedente, destacando, como, aprioristicamente, nem uma nem outra podem ser descartadas quando se revelam caminhos constitucionais ao respeito da pessoa em sua condição de titular de dignidade. Daí o relevo de se conhecer ambos institutos e de se buscar parâmetros de atuação com prudência, quer do juiz singular, quer dos órgãos colegiados.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade; Judicialização da Vida; Ativismo Judicial; Precedentes Judiciais; Efetividade.

ABSTRACT

In the context of the post-World War II period, marked by a significant violation of human rights, and the social yearning for the expansion of protection to the person, the model of the Liberal State and of Law as synonymous with law proved to be insufficient, giving vent to the post-WWII philosophical movement. positivism and the neo-liberal state model, in which the principles become part of the concept of norm and judicial protagonism - in the face of the judicialization of life - assumes a role of revelation, including, in Brazil, with the Federal Constitution of 1988. The conceptual framework of some institutes invites legal uncertainty, leaving the delimitation in the hands of the judge's subjectivity, expanding the space to which cognitive biases predominate in decision-making. In this scenario, the present study is dedicated to analyzing how personality rights can have their effectiveness impacted depending on the position of the judge, whether moved by judicial activism, or by the automatic application of judicial precedents, without claiming to exhaust the theme, emphasizing how cognitive biases enter. In order to do so, we will proceed to a bibliographic review and the analysis of some judgments in which there is personality right as a background and a more activist and/or precedent-bound judicial stance, highlighting, as a priori, neither one nor the other. can be discarded when constitutional paths to the respect of the person in its condition of holder of dignity are revealed. Hence the importance of knowing both institutes and of seeking parameters of action with prudence, whether from the single judge or from the collegiate bodies.

Keywords: Personality Rights; Judicialization of Life; Judicial Activism; Court precedents; Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

Depreende-se que o movimento de ampliação e normatização de direitos humanos, após a II Guerra Mundial, impactou no ordenamento jurídico brasileiro como se observa da Constituição Federal de 1988, marco no processo de democratização do país, em que vasta gama de direitos e garantias fundamentais foram previstos, passando-se do Estado Liberal ao Neoliberal – cujo embasamento filosófico é o pós-positivismo para quem as normas jurídicas deteriam regras e princípios como espécie – do “juiz autômato”³, executor de leis, ao protagonismo judicial.

Dentro desse cenário, não só o direito material, como o processual sofreram influxos, de modo que o processo civil passa a deter função instrumental à concretização de direitos, por meio da jurisdição, exigindo do Estado-Juiz papel mais ativo, para alguns, criativo, racionalizando outras fontes do direito, sobretudo a jurisprudência por força da influência do common law no sistema jurídico pátrio.

Assim, ciente do contexto de “crise numérica” de processos, aumento significativo de demandas repetitivas e da litigiosidade de massa, o Código de Processo Civil em vigor sedi-

3 Esse termo foi usado por J.J. CANOTILHO (2007) ao defender a necessidade de observância de “limites jurídico-constitucionais” pelos juízes, mas não um retorno ao “juiz autômato”.

mentou o uso de institutos de “padronização decisória” em busca da otimização da duração do processo, da mitigação da morosidade processual, como os precedentes judiciais⁴. Doutra banda, para alguns doutrinadores (STRECK, 2019), a justificativa seria falaciosa ao se retirar do juiz de piso sua independência de julgar, limitando sua moldura interpretativa ao que as “Cortes de Vértice”⁵ definam o que é o direito para aqueles casos subsumidos à tese firmada, além de retirar da decisão judicial o seu caráter criativo.

Daí as técnicas processuais que buscam uniformar o entendimento dos Tribunais encontraram nos precedentes judiciais campo fértil, sob a justificativa de resguardo da segurança jurídica, da celeridade e economia processuais, o que, ante a mutabilidade veloz das sociedades contemporâneas de relações liquidadas⁶ podem ter a efetividade de direitos impactada, comprometendo toda uma lógica do Estado Democrático de Direito.

Eis a relevância de se aprofundar o debate quanto ao tema, analisando criticamente os prós e os contra, além de buscar “caminhos” constitucionais num dilema muitas vezes entre a celeridade e segurança jurídica – valores tão caros à visão econômica do Direito – e a justiça da decisão fruto de construção do direito pelo julgador.

Diante do cenário acima desenhado, buscar-se-á responder às seguintes indagações: é possível, ante o caráter dinâmico, ampla variabilidade e constante evolução/aprimoramento decorrente de sua essência – referir-se a direitos essenciais da pessoa humana em sua condição de titular de dignidade e de autonomia – levar-se os direitos da personalidade a sério, no sentido de os efetivar por meio da tutela jurisdicional, num cenário de judicialização da vida, potencializadora do ativismo judicial, e de precedentes judiciais obrigatórios das Cortes de Vértice, ambos objeto de críticas à luz do texto constitucional? Considerando que a ampliação do espectro normativo com a presença de conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, permitindo que a subjetividade do julgador seja potencializada, o ativismo judicial detém legitimidade democrática se a justificativa for a tutela de direitos da personalidade? Nesse mesmo cenário, a padronização decisória, a partir do uso dos precedentes judiciais, considerando a multiplicidade e mutabilidade dos direitos da pessoa, revela-se como critério legislativo utilitarista incompatível com a natureza essencial desses direitos, que exigem interpretações humanistas? Eis o dilema a que todo o Sistema de Justiça se impõe.

Para tanto, a despeito da enormidade de material teórico em torno dos temas “ativismo judicial”, “judicialização” e “precedentes”, o que de certa forma impõe cautela quanto à seleção do referencial a ser usado, ante o relevo a tão buscada determinação da teoria decisória e os contornos práticos, num Estado Democrático de Direito, considerando o recorte metodológico escolhido, dar-se-á ênfase à visão de Ronald Dworkin, Luís Roberto Barroso, Lênio Luís Streck e Richard Posner, sem desconsiderar outras perspectivas, aqui consideradas como circunstanciais, utilizando-se do método dedutivo analítico, bem como da técnica de pesquisa da revisão doutrinária abalizada ao tema e de casos práticos julgados pelo STF e STJ, a título ilustrativo.

4 Sem descurar de toda celeuma em torno de seu caráter vinculante, no presente projeto se adota o entendimento majoritário de que nas hipóteses dos incisos I até III, do art.927, CPC, por caber reclamação constitucional, se desrespeitados, detêm tal efeito.

5 Lênio Streck (2019) cunha o termo “Cortes de Vértice” para se referir ao STF e ao STJ e foi termo usado pelo Ministro Fachin no RE 655.265 – como se os requisitos da estabilidade, da integridade e da coerência dependesse de quem cria a tese e não como ela é criada.

6 Zygmunt Bauman, sociólogo e filósofo polonês, adota o termo “liquida” para se referir a volatilidade das relações humanas atuais, de desejos e necessidades em constantes mudanças.

2. DO ATIVISMO JUDICIAL AOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NO CONTEXTO DA “JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA”

2.1 DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AO NEOCONSTITUCIONALISMO: DO POSITIVISMO JURÍDICO AO PÓS-POSITIVISMO, DO JUIZ AUTÔMATO AO JUIZ PROTAGONISTA

Há muito se vinha e se vem produzindo a ideia, no mínimo, equivocada de que a lei é fonte do Direito e que fazer justiça seria, assim, aplicar a lei ao caso concreto por meio do silogismo, da subsunção.

Em Hobbes, Locke e Rousseau, partindo da perspectiva de que se fazia necessária a presença do Estado para proteger o homem do próprio homem, do contrato social em que as pessoas cederiam ao Estado o poder de representar a vontade soberana e resguardar seus direitos, a concentração de poder nas mãos do monarca fez imperar os males do absolutismo em que a vontade dele se sobrepunha a da sociedade e o julgador decidia de acordo com seus ditames, até culminar, por exemplo, na Revolução Francesa em 1789, onde a teoria da separação dos poderes é sedimentada (FACHIN, 2019) e se passa a ter a perspectiva da neutralidade do julgador, da “mera boca da lei”, defendida por Montesquieu no sentido de retirar do juiz qualquer atividade criativa do Direito.

Contudo, com o movimento de ampliação e normatização de direitos humanos, do acesso à justiça, tendo no pós Segunda Guerra Mundial seu marco histórico, o princípio da legalidade sofreu mudanças significativas ante a insuficiência da lei responder aos anseios sociais da época, demonstrando que a ideia de sistema jurídico de Hans Kelsen (1976), segundo a qual não se poderia falar em lacunas e antinomias reais, não era perfeito e precisava ser repensado. A resignificação do sentido de norma jurídica é trazida à tona e autores como DWORKIN (1986), ALEXY (2008) e CANOTILHO (2007), num viés pós-positivista, que passam a defender que os princípios detêm força normativa, inserindo carga axiológica a ser considerada quando da tomada de decisão pelo julgador.

Ora, vê-se que a interpretação pura da lei, por meio da subsunção, defendida por Kelsen, em sua “Teoria Pura do Direito” (1939), passa a ser insuficiente à solução dos conflitos que surgem, pondo às claras que a ampliação do espectro hermenêutico do julgador deveria transcender e buscar nos valores sociais relevantes à manutenção da ordem, da pacificação social. Explico.

A partir da visão kelseniana do ato de interpretar seria, num sistema fechado e escalonado de normas, em que a eficácia é consectário lógico da validade, “a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto a interpretar [...]”, ou seja, “a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem” (KELSEN, 1976, p. 467); seria ato prudencial do juiz, criando norma individual.

Bittar, comentando tal visão, sustenta que se a norma jurídica detém vários sentidos possíveis, procurando a Ciência do Direito tão somente descrevê-los e facultar a escolha ao julgador, à melhor solução ao caso concreto, concedendo-lhe liberdade dentro da moldura normativa, sendo todas legítimas por serem legais. (BITTAR, 2000)

A despeito do purismo metodológico de Kelsen, segundo o qual à condição científica do Direito mister não se admitir inferências de ordem não jurídica, depreende-se que se o próprio sistema jurídico trouxer em seu bojo carga valorativa, a margem interpretativa se amplia e os riscos a que o filósofo buscava afastar foi introduzido pela própria norma. Nesse talante, “Qualquer avanço no sentido da equidade, dos princípios jurídicos, da analogia só são admitidos desde que autorizados por normas jurídicas.” (BITTAR, 2000, p.561). Como exemplo de previsão normativa expressa de uso de critério de “justo” pelo juiz a decidir, de verdadeiro “dever ser axiológico”, tem-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷ e o Código de Processo Civil⁸ brasileiro em vigor.

Dentro do contexto de que o ato de interpretar não é mero ato mecânico da subsunção, com a ampliação do alcance da norma jurídica com os princípios, a margem à discricionariedade do julgador também se estendeu dando azo a posturas ativistas, menos presas ao modelo legalista estritamente, abrindo-se a menos resistência ou negação aos modelos mais realistas, como o ideológico e o estratégico.

Sergio Nojiri (2017), defensor do realismo jurídico, assinala que o modelo legalista parte do equivocado pressuposto de que a “moldura normativa” se revela suficiente a que a ideologia do julgador permeie o processo decisório, sem, contudo, o contaminar; serve para limitar ou impedir crenças, desejos do julgador; para “[...]viabilizar um resultado racional e justificado.”, como se houvesse uma só resposta àquele caso; aproximação com a verdade, o que está longe de ser real, já que há o “[...] risco de erro na identificação do direito a ser aplicado ao caso concreto. Isso sem mencionar a possibilidade de duas ou mais opções decisórias igualmente plausíveis para o caso.” (NOJIRI, 2017, p.1).

Assim, assinala-se a complexidade do ato de julgar e os inúmeros fatores que podem influenciar a tomada de decisão, enviesando-a, quer segundo padrões pré-fixados pelo ordenamento jurídico, quer por fatores endógenos, o que ratifica a ideia de Patrícia Perrone Campos Melo (2018), ao chamar a atenção à insuficiência do modelo legalista - que decorre do “material jurídico ortodoxo” – sem, contudo, deixar de reconhecer seu relevo.

Ora, conquanto por força da tradição jurídica brasileira o modelo legalista tenha bastante força e no imaginário coletivo ainda prevaleça a ideia de que a vontade da lei é a vontade do povo, dentro de um Estado Democrático de Direito em que a lei é fonte por excelência, o desafio das sociedades contemporâneas é que o legítimo e o legal, de fato, representem a mesma coisa.

Um dos defensores do pós-positivismo, bastante estudado no Brasil, é Ronald Dworkin para quem o juiz deve se preocupar com a integridade do direito e se utilizar dos princípios à solução dos casos difíceis, sem incorrer na arbitrariedade, mas podendo agir de modo discricionário, fazendo imperar o Direito. Compreendendo, assim, o Direito para além da lei, exercendo o juiz a função criativa⁹.

Inclusive, nesse talante de (in) determinação quanto aos limites entre a arbitrariedade e a discricionariedade judicial, há clássico debate teórico entre Hebert HART, em “O conceito de

7 O art. 10 dispõe que toda pessoa tem direito que “a sua causa seja equitativamente julgada”.

8 O art. 8º prevê que “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”.

9 Nesse mesmo sentido, para quem o ato de decidir não deve se limitar a aplicar a regra de Direito, tem-se Jacques Derrida (2003), Robert Alexy (2014), por exemplo.

Direito” (1961), e DWORKIN em “Levando os direitos a sério” (1977), em que, nessa obra, movido por seu moralismo jurídico, defende uma teoria da argumentação jurídica, onde parte da ideia de que todas as pessoas de dada comunidade são iguais por sua condição de ser humanos, independente de condição econômica e social, de crença, tendo direito a direitos e políticas públicas; ao tratamento igualitário, nos mais variados aspectos de relevo ao desenvolvimento humano, buscando resposta nos princípios e não em conteúdos morais abstratos.

Daí, como consectário da necessidade de se ajustar o sentido do texto normativo com as mudanças sociais e históricas e com as circunstâncias fáticas, o legislador criou cláusulas gerais com conceitos indeterminados cujo papel da interpretação judicial à delimitação se torna essencial. Decerto que tal “técnica casuística” gera riscos ao que se chama de “decisionismo”, atribuindo ao magistrado responsabilidade social que não lhe compete.

Depreende-se que o juiz é convidado pelo próprio legislador que, ao deixar o “sistema aberto”, por meio da técnica de cláusulas abertas, por exemplo, a participar mais ativamente do processo, construindo o direito. É mudança paradigmática de legislador que tudo regulamentava – dominou até a metade do século XX – para legislador que cria cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados, permitindo que o Direito acompanhe as mudanças sociais, sem precisar passar pelo moroso processo legislativo e sem ser anacrônico. Nesse sentido,

Em essência, ‘o direito é um modo de resolver casos concretos’. O distanciamento da realidade faz mal ao jurista. Seu objeto de atenção está em permanente mutação. Com impressionante celeridade, os problemas sociais se transformam e as leis, como respostas que são a esses problemas, se alteram. Com uma única norma, o legislador pode fazer desmoronar todo um edifício de conceitos jurídicos, tomando obsoletas páginas e mais páginas de classificações. (SCHREIBER, 2013, p.220)

Essa “virada hermenêutica” impactou no ordenamento jurídico brasileiro como se observa da Constituição Federal de 1988, marco no processo de democratização do país, em que o protagonismo judicial muitas vezes é o único caminho à concretização das promessas democráticas ante a atuação insuficiente dos demais poderes ou o silêncio intencional deles.

Leciona BARROSO (2018, p.11) que “A centralidade da Constituição trouxe a constitucionalização do direito – isto é, a leitura de todo o ordenamento infraconstitucional através da lente da Constituição – e uma judicialização abrangente.”, de modo que, na perspectiva do constitucionalismo democrático, houve a superação do formalismo jurídico, a centralidade da Constituição, ascensão do Direito Público e os direitos fundamentais passaram a assumir papel relevante e a terem visão holística, permeando seus efeitos “[...] por todos os domínios do Direito infraconstitucional.” (BARROSO, 2018, p.11). É o que o autor prefere chamar de “judicialização da vida”, num viés abrangente de regulação judicial, em termos quantitativos e qualitativos, da política, da religião, da economia, da vida cotidiana, que, para ele, distingue-se de ativismo judicial, como se detalhará a seguir.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA: PONDERAÇÕES CRÍTICAS DO ATIVISMO NESSE CONTEXTO

Ante a opção legislativa de prevê conceitos jurídicos indeterminados somada à “doutrina da efetivação dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2018) permitiu que o protagonismo

judicial se expandisse no país, mais comumente chamado de “ativismo judicial” que, a priori, detém viés negativo e precisa ser contido, sendo antidemocrático por permitir que pessoas não escolhidas pelo povo decidam os rumos da história (STRECK, 2010). É o que GICO Jr. chama de “anarquismo judicial” (2015), embora não seja tão extremista, ponderando com o que chama de “hermenêutica das escolhas”.

Há vasta divergência doutrinária quanto à origem dessa postura judicial, dando ênfase à experiência norte-americana, como Lucia do Valle Figueiredo (1991) que aponta que a Corte Suprema teria, em 1947, perfis distintos de juízes, onde se identificou como ativistas como meio à efetivação dos direitos humanos, em contraposição aos juízes autocontidos, deferentes ao legislativo. No mesmo sentido, assinala Carlos Campos (2014), em que se enfatiza o relevo do caso *Madison vs. Marbury*, ao admitir a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, até então não previsto.

No Brasil, o termo passou a ser utilizado em pesquisas de campo por Ariosto Teixeira (1997) e Marcus Faro de Castro (1997), ao analisarem a atuação dos ministros do STF quando da declaração de inconstitucionalidade, concluindo, à época, por comportamento pouco ativista, e, logo, a inadequação do termo, como assinala MACIEL e KOERNER (2002, p.114). Em 1999, o pesquisador Luís Werneck Vianna relacionou o fenômeno da “judicialização da política” com o cenário de transformações constitucionais após 1988 em que minorias passaram a se utilizar de instrumentos judiciais ao resguardo dos seus direitos. Assim, verifica-se o uso do termo ativismo judicial ainda de modo cinzento, ora numa perspectiva negativista – como o Elival da Silva Ramos (2013) e Lênio Luiz Streck (2016) -, ora elogiosa, - como o faz Luís Roberto Barroso (2008) e Celso de Mello (2008), por exemplo.

Na mesma toada, sem desconhecer outros estudiosos de relevo ao tema no Brasil, partindo-se da perspectiva de Luís Roberto Barroso de que, volvidos por esse sentimento constitucional e de reconhecimento da dignidade da pessoa humana, concretizada por meio dos direitos fundamentais, que passa a permear todo o ordenamento jurídico, observa-se verdadeira mudança paradigmática na interpretação constitucional, em que métodos interpretativos tradicionais não mais são suficientes, sobretudo na solução de casos difíceis. Assim, a superação do silogismo, a constitucionalização do direito, o uso dos princípios e de postura mais ativista do julgador a “empurrar a história” passam a ser imprescindíveis (BARROSO, 2008, p.36).

Vê-se que a ampliação de direitos fundamentais ou direitos da personalidade exige atuação mais ativa do Poder Judiciário seja na perspectiva do direito substancial, quer procedimental. Nesse diapasão, a necessidade de declarar a efetividade de normas constitucionais que carregam em conteúdo de direito fundamental, criando comandos de observância obrigatória a todos poderes, quando da violação, o próprio texto constitucional autorizaria, legitimamente, o Poder Judiciário a atuar, no caso concreto, ponderando os “interesses em jogo” (NALINI, 2015). Decerto que, sob o manto de tal argumento não se pode autorizar, ilimitadamente, a intervenção do Estado-juiz, substituindo os demais poderes, desconsiderando as peculiaridades da política pública, promovendo riscos imensuráveis à democracia.

Entrementes não se queira, tampouco se consiga nos tempos atuais de ampliação de direitos fundamentais e de garantias a sua efetivação, o retorno ao legalismo formalista para o qual o juiz era mera “boca da lei”, limites devem existir e serem observados ao protagonismo judicial para que subjetivismo não possa substituir a vontade do legislador, poder constituído e eleito democraticamente, de modo que surgem teorias substancialistas e procedimentalistas

em busca de explicações ao fenômeno, a partir do grau de intervenção. Numa perspectiva substancialista, defendida, por exemplo, por Dworkin (1999), o juiz assume papel ativo nas questões sociais; na procedimentalista, por Werneck Viana (1999) o Estado deve oferecer meios propulsores da participação popular na construção de sociedade democrática, tais como a ADIN, ADPF.

Em razão do recorte metodológico aqui adotado, assinala-se que para DWORKIN, em sua obra “O império do Direito” (1999), o direito é integridade e os princípios seriam o “instrumento” para integração. Nesse contexto, para ele, diferentemente dos legisladores que foram eleitos para materializar políticas públicas determinadas pela comunidade, os juízes são guiados por princípios e não pela política. A análise, no caso concreto, de determinada reivindicação de direitos é melhor feita pelo Judiciário do que pelo Legislativo, haja vista esse muitas vezes está sujeito às pressões políticas, o que não ocorre com o Judiciário. Entrementes essa visão, há que se ponderar que não se está a defender a arbitrariedade do julgador, tampouco um ativismo judicial. Para DWORKIN, “Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política.” (2001, p.451). E continua o autor: “O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.” (DWORKIN, 2001, p.451).

Assim, a despeito da variabilidade conceitual, comumente se apresentando como uma postura judicial que transcende os limites democráticos à atuação judicial ao se criar norma quando se tem resposta já pronta pelos poderes constitucionais competentes, aqui se está a compreender o ativismo judicial enquanto postura excepcional, porém legítima do julgador quando se está a resguardar direitos fundamentais e as “regras do jogo” democrático (BARROSO, 2008).

De fato, o problema da (in) determinabilidade da norma jurídica, que impacta diretamente nos limites constitucionais, democráticos à sua aplicação, passou a ser uma realidade com a força normativa dos princípios, tendo na corrente filosófica do pós-positivismo seu pano de fundo, bem como com a Constituição assumindo papel de irradiadora de direitos e deveres, em todas as relações da vida cotidiana, de modo que a “judicialização da vida” seja qualitativa, seja quantitativa se revela constante, com o aumento da litigiosidade e abrindo espaço a verdadeira gestão jurisdicional e ao ativismo judicial ante a complexidade e peculiaridades da vida cotidiana moderna, o que pode ser positivo ou negativo, como se abordará.

Ante esse cenário de excesso de litigiosidade, de variabilidade decisória mesmo em casos similares, a insegurança jurídica acaba por comprometer a racionalidade do sistema jurídico e impulsionar a sedimentação legal, com a CPC, da “teoria dos precedentalistas”, que veem nos precedentes judiciais instrumento eficaz à contenção ao ativismo judicial, com que não concorda Lênio Streck (2019), que tece várias críticas, sob o fundamento de que se estaria apenas transferindo o problema dos “juízes de piso” às “Cortes de Vértice”, como se analisará mais adiante.

2.3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURIDICO BRASILEIRO À LUZ DA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL E DA RACIONALIDADE ÉTICA

Nessa senda de incertezas, a imprevisibilidade causada pela diversidade de decisão judicial, mesmo em casos semelhantes, passa a comprometer a efetivação de princípios fundamentais do processo civil, constitucionalizado, tais como a segurança jurídica e a isonomia, levando a todo um movimento de inserção de técnicas de padronização das decisões judiciais, típicas do common law, que desemboca na sedimentação do instituto dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015.

Por ser técnica relativamente nova em nosso sistema, cujo aprimoramento se revela necessário à cultura, ainda marcadamente legalista, há ampla e variada doutrina dedicada à compreensão dos precedentes judiciais, de modo que, sem intenção de exaurir o tema, pontuar-se-á alguns aspectos polêmicos que se entende necessários à compreensão dos impactos do instituto à efetivação de direitos essenciais ao tratamento da pessoa enquanto titular de dignidade, dos direitos da personalidade.

Pois bem. Ante a insegurança gerada por decisões lotéricas, falta de previsibilidade e confiança no sistema, sob um viés econômico do Direito, Luiz Marinoni (2018) fala numa “ética dos precedentes” enquanto meio de permitir a racionalização do sistema de justiça para que haja investimentos financeiros no país, crescimento econômico e, pelo menos em tese, desenvolvimento social por meio de políticas públicas.

Ademais, o dever de respeito à isonomia quando da tomada de decisão é imposição do Estado Democrático de Direito, de modo que não é crível que para casos idênticos e com mesmo fundamento jurídico, a solução jurídica encontrada seja distinta (ÁVILA, 2014, p. 635), sob pena de comprometer a meta processual de resultado justo.

Daí que a operacionalização dos precedentes exige que se compare o caso concreto com os fundamentos da decisão, a ratio decidendi da decisão paradigma e, se houver similitude, aplicá-la; se não, fundamenta-se a distinção ou distinguishing, que nada mais é do que o método de confrontar a tese firmada com o caso sub judice e se se vai aplicar ou não (TUCCI, 2004, p. 174), o que não vem sendo tarefa fácil ainda no Brasil. Lógico que não se defende a “mecanização” do ato julgar, como bem apontando por Rosner Pound (1976 apud CARNIO, 2016), mas que, em situações onde houve a sedimentação de entendimento, fruto de debate e de decisão majoritária, o precedente construído seja respeitado.

Além disso, como pondera Patrícia Perrone Campos Mello:

Os conceitos desenvolvidos pelo common law possibilitam também uma análise crítica da forma pela qual se vêm extraindo regras gerais a partir da jurisprudência consolidada sobre determinado assunto, a fim de elaborar as súmulas. Neste ponto, a análise de algumas súmulas indica a necessidade de aprimoramento da prática brasileira, tendo demonstrado: a) uma excessiva autonomia entre os julgados e os verbetes deles decorrentes; e b) a falta de distinção entre holding e obter dictum [...]. O Brasil não tem tradição no assunto e é carente de abordagens metodológicas que possam orientar a jurisprudência nesta função (MELLO, 2008, p.322 e 329).

Depreende-se verdadeiros riscos ao Estado Democrático de Direito. Conquanto não se negue a intenção do legislador ao sedimentar os precedentes judiciais, no sentido de imprimir celeridade ao julgamento dos processos e de promover a coerência e integridade, há quem defenda que as peculiaridades do modelo brasileiro mais se aproxima da “jurisprudência mecânica” norte-americana do que do common law inglês, tão bem retratada por POUND (1976), citado por CARNIO (2016).

Nesse talante, surgem críticas ferrenhas ao instituto dos precedentes judiciais, sob o fundamento de que as “Cortes de Vértice” não possuem legitimidade democrática para criar norma, o que violaria a lógica da separação dos poderes, bem como que as dificuldades à superação da tese firmada são quase sinônimo de impossibilidade (GOTTARDI, 2018) e os equívocos que se observa na prática à construção da tese.

Decerto que ante a jovialidade do instituto no Brasil e por força da nossa tradição no direito legislado, críticas surgem e aos estudiosos se impõe análise aprofundada.

O grande desafio é compatibilizar a concretização dos princípios da segurança jurídica, duração razoável do processo e isonomia com justiça das decisões quando se tem como pano de fundo direitos fundamentais, da personalidade que são a essência do Estado Democrático de Direito.

Ora, dentro da lógica de DWORKIN, em “Uma questão de princípio” (2000), do romance em cadeia, os precedentes precisam traduzir coerência, isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e integridade ao sistema jurídico, nos termos do disposto no art.926, CPC, o que na prática se precisar aprimorar, como assinalam alguns autores da Escola mineira de processo civil, como LEAL (2013), FREITAS (2016) e GRESTA (2012).

Esses autores defendem a necessidade de aprimoramentos e mudança de cultura jurídica, em que todas as partes do processo sejam envolvidas na construção de decisões mais justas ao caso e que o princípio da igualdade não se limite ao aspecto formal, mas inclua a isonomia e a isocrítica, ou seja, que as partes possam argumentar, ser ouvidas e seus argumentos serem considerados quando da tomada de decisão. Apenas a título de exemplo, FREITAS (2016) destacando a visão de GRESTA (2012, *passim*), obtempera que há priorização pelo Código de Processo Civil atual quanto ao “(...) pronunciamento da cúpula do sistema em lugar do amplo debate processual”, levando à inversão da “ordem de fatores da formação da cultura jurídica e, por conseguinte, subverte o processo como instituição democrática”, comprometendo a tão almejada segurança jurídica, pano de fundo das técnicas de padronização decisória.

De fato, os instrumentos processuais, as técnicas de otimização a que decisão judicial possa ser célere, promova a estabilidade, a coerência do sistema jurídico, não devem ser fim em si mesmos, mas meios a que, respeitando o devido processo constitucional, a racionalidade em termos amplos, que inclui valores sociais, como a justiça, possa ser efetivada.

Como observado, entretanto os precedentes judiciais sejam instrumentos à redução do número de demandas de massa, criando cenário ao “controle do caos” (ALVIM, 2012), a minimização da “crise numérica de processos” (NALINI, 2013), não se pode olvidar que a demora no julgamento dos temas afetados e, logo, a suspensão dos processos afetados por prazo indeterminado – a despeito do prazo legal do art. art. 1.035, §9º, CPC - somado aos problemas da “dispersão dos fundamentos”, da “jurisprudência banana boat”, “pseudocolegialidade”

(STRECK, 2010) podem trazer efeitos danosos a um sistema que busca coerência, estabilidade e segurança com os olhos voltados à dignidade do processo. Explico.

Segundo Humberto Theodoro Júnior et al (2015, p. 128-129), deve-se proferir provimentos legítimos e não meramente funcionais; o colegiado deve amadurecer, discutir e decidir dado tema, e não simplesmente deixar ao relator decidir monocraticamente ou os demais se limitarem a darem o “de acordo”, mecanizando o ato decisório e causando danos a todo sistema, em afronta direta aos arts.10 e 489, CPC. E continuam os autores:

Como bem destacado por Conrad Hubner e Dierle Nunes os vieses de confirmação ou cognitive biases estão presentes na decisão colegiada, tal qual se observa as mais variadas heurísticas nas decisões singulares de órgão monocrático, o que ratifica o relevo de se reconhecer a existências desses vieses, seus impactos na tomada de decisões e na prestação jurisdicional, como o projeto piloto organizado pelo National Center for State Courts (NCSC), por exemplo, , envolvendo Califórnia, Minnesota e Dakota do Norte, como o fito de “ensinar juízes e funcionários do tribunal as propensões do magistrado ao julgar em matéria que envolva preconceito.” (THEODORO JR et al, 2015, p. p. 64-65; 87-89, passim)

Além disso, verifica-se o problema dos “constrangimentos” a que os juízes estão sujeitos frente a seus pares e que são ignorados pelas teorias da interpretação, incorrendo-se em “miopia cognitiva”, chamados por Friedman de “círculos concêntricos de influência”, tais como: o juiz está inserto em contexto de “interação estratégica” onde não há além de agregação e deliberação, há lobbies, acomodações; pressões internas do próprio Judiciário e externas, além da opinião pública. (MENDES, 2008, p.135-136 apud NUNES, 2015, p.65).

Destacando como os vieses de julgamento se encontram presentes também nos órgãos colegiados e como as decisões por eles proferidas não garantem qualidade decisória, Dierle Nunes (2015, p.67), citando Richard P. Larrick (2004, p.326-327), afirma que:

Ao lado dessa percepção, como atesta Larryck, há de se perceber que a colegialidade de per si em testes empíricos não garante melhoria decisória, pois membros de um mesmo grupo tendem a manter uma visão semelhante do mundo – e pontos cegos semelhantes. Isso faz com que devamos usar a colegialidade para ampliação do espectro de debates, de modo que cada julgador analise os mesmos pontos de discussão que devem se fazer presentes no relatório do caso (art. 489, I) mas com a exigência fundamental de que os indivíduos devam formular suas próprias hipóteses, independentemente uns dos outros, antes de trabalhar em grupo para deliberar e decidir; uma vez que, em processos julgados por um grupo, ideias compartilhadas podem desencadear novas possibilidades.

Assim, embora haja a possibilidade de decisões colegiadas serem mais racionais, menos viesadas, de modo que a padronização decisória pode reduzir os riscos – para alguns – dos efeitos danosos dos subjetivismos, dos decisionismos, tipicamente presentes em decisões singulares em que a abertura conceitual ou indefinição normativa assim o permitem mais claramente, na prática, essa assertiva não se confirma totalmente.

A despeito dos vários desafios que a nossa tradição jurídica impõe ao aperfeiçoamento dos “filtros decisórios”, tal qual o precedente judicial, não se pode olvidar que se deve buscar uma colegialidade pautada na ampliação do debate entre os julgadores, ou seja, pautada num processo democrático, dialógico.

A decisão judicial deve ser atentar, à sua estabilização e ser hábil a ser servir de padrão decisório, a fundamentação coerente, com os elementos de prova apresentados, inserida na lógica dos valores que permeiam todo o ordenamento jurídico, jamais fruto do que o julgador acha que é correto, em seu decisionismo, quer em decisão singular, quer colegiada.

Não se admite que o resultado do processo seja fruto do "solipsismo do juiz", ou seja, do julgador decidir de acordo com sua convicção íntima (STRECK, 2010), daí a importância da fundamentação das decisões que à formação dos precedentes com qualidade e cautela é imprescindível.

Não se pode olvidar que, a despeito dos deveres básicos do julgador, tais como imparcialidade e independência, quer previstos na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, quer como princípios de Bangalore, partindo do pressuposto de que o julgador é ser humano e como tal sofre interferências internas e externas quando da formação da sua convicção, já que a identidade social é formada não só a partir de elemento endógenos, internos, mas também externos, do meio ambiente, a redução da margem de discricionariedade ao julgar, sem comprometer a justiça da decisão, impõe-se.

Decerto que o respeito ao precedente judicial, num cenário ideal, demonstra como o modelo legalista imprime calma a sociedade. Daí, quando se desconstrói o modelo legalista, há toda uma resistência ante a idealização do sentimento de justiça, mas, doutra banda, quando esse modelo deixa de atender aos anseios sociais, insurge-se contra ele, o que, no Brasil, à mudança de dado precedente o caminho é árduo: ou a partir de alto ônus argumentativo pelo juiz de piso se faz a "distinção" do caso concreto com o parâmetro; ou se aguarda a revisão pelas Cortes de Vértice; ou pelo caminho longo e custoso do processo legislativo.

Assim, se a criatividade é desestabilizadora (POSNER, 2010) e a racionalidade é limitada, logo o Direito (suas bases) também o é, e, por conseguinte, a provisoriedade da verdade é uma realidade, de modo que, em casos cujo pano de fundo se tem direitos da pessoa em sua mera condição de pessoa, padronizar condutas cuja superação do padrão exige demais, pode se revelar como óbice à racionalidade na prestação jurisdicional que ultrapassa a mera celeridade processual, abarcando a justiça da decisão.

Daí, a indagação: como compatibilizar institutos aparentemente colidentes, o ativismo judicial e os precedentes obrigatórios da Corte de Vértice, num Estado Democrático de Direito em que a dignidade humana detém espectro amplo, multifacetado (SARLET, 2013) e relação imbricada com os direitos da personalidade (TEPEDINO, 2008), essencialmente amplos e em evolução, buscando um sistema jurídico justo é o desafio, sobretudo dentro da perspectiva de Direito enquanto integridade, por meio dos princípios (DWORKIN, 1999) e da imprescindibilidade de maximização de riquezas onde os direitos custam e exigem à efetivação de recursos financeiros para tanto (SUSTEIN; HOLMES, 2019)? A "dogmatização de valores" pelas Cortes de Vértice, numa sociedade em constante e rápida velocidade, ao promoverem decisões sem legitimidade democrática, sedimentada por precedentes judiciais, atenderá à racionalidade ética do sistema quando se cuidar de direitos da personalidade? O ativismo judicial, numa perspectiva positiva, de interpretação conforme os ditames axiológicos da Constituição Federal, não seria mais recomendado por permitir análise individualizada do caso posto?

3. ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS EM CONTEXTO DE DIREITO DA PERSONALIDADE: A (IN)COMPATIBILIDADE

O mito da imparcialidade do julgador foi criado pelas Ciências Jurídicas e, em nome da racionalidade, acredita-se nele (MACHADO; NOJIRE, 2021).

Daí, a busca por uma racionalidade do sistema jurídico que para alguns é sinônimo de segurança jurídica, de evitação de “loteria decisória”, passa a enxergar nos filtros decisórios, na padronização decisória um antídoto, como se aspectos subjetivos do juízo de piso, mais próximo da causa, como a empatia, por exemplo, seja algo necessariamente negativo¹⁰.

Ora, como dito alhures, num ordenamento jurídico em que a Constituição, com supremacia e efeito irradiante (HESSE, 1991), traz em seu bojo conceitos jurídicos indeterminados e valores cogentes, além de assegurar o acesso amplo à justiça/o princípio da inafastabilidade da jurisdição, somado à violação dos seus preceitos, há cenário ideal a que o protagonismo judicial e a “crise numérica” de demandas, inclusive de massa e repetitivas, sejam uma realidade com desafios práticos.

Dessa forma, ante cenário atual de protagonismo judicial nas mais variadas searas da vida em sociedade – tais como política, economia, vida privada – nominada por Barroso de “judicialização da vida” (2018), somado a um desenho institucional e omissões/violações dos demais poderes a direitos fundamentais/da personalidade, dando azo à variabilidade de decisões judiciais em casos similares, o instituto dos precedentes judiciais, alguns, inclusive, de caráter vinculante a todo Poder Judiciário, surge, pelo menos no plano das ideias, como meio de controle e resguardo à segurança jurídica e à otimização da celeridade processual, o que, doutra banda, pode ensejar o “engessamento” da atuação judicial¹¹, comprometendo a efetivação de direitos essenciais à pessoa em sua mera condição de pessoa, direitos múltiplos e variáveis, em sociedade complexa.

Registre-se que os direitos da personalidade, sem desconsiderar toda gama de debate teórico em torno, aqui considerados como direitos essenciais à promoção do mínimo existencial (CUPIS, 1961), ou seja, que detêm como cláusula geral de constituição a dignidade da pessoa humana – numa acepção substancial de resguardo do mínimo necessário, como também instrumental, de promoção de direitos essenciais à vida digna, como à participação social na esfera política (OTERO, 2011), não se falando em rol taxativo, ante a sua constante evolução e variabilidade ampla, à sua efetivação, mister a atuação do Estado, o que nem sempre ocorre,

10 Sem adentrar nas peculiaridades da empatia, eis que foge ao objeto do presente estudo, mas tão somente para situar o leitor quanto à variabilidade e dificuldade conceitual, Cibele Machado e Sérgio Nojiri destacam essa dificuldade, pontuando que ora é considerada como o decidir sob a perspectiva do outro (aspecto cognitivo) ou “envolvendo o sentir com o outro” (2021, p.65). Chamam a atenção que a empatia pode ser algo favorável no processo de tomada de decisão, no contexto das instituições jurídicas, eis que otimizaria a capacidade do julgador à compreensão da perspectiva do outro, melhorando a imparcialidade da tomada decisória; ora negativa, por não ser emoção específica, mas forma de experimentar o estado emocional de outrem, passível de manipulação facilmente.

11 Conquanto a superação ou revogação deva ser medida excepcional, devendo o órgão criador do precedente ou de hierarquia superior ser cauteloso, sob pena de graves riscos à segurança jurídica, por gerar “déficit de confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico”, como pondera Humberto Ávila (ÁVILA, 2014, p. 479-480), não se pode perder de vistas que o instituto deve servir à sociedade. Assim, se promovem incongruência social – incompatibilidade entre os standards sociais e as normas jurídicas, comprometendo o grau de confiança, a expectativa do cidadão com o Direito, aviltando o “sentimento de segurança do cidadão comum – ou incongruência sistêmica – dissonância entre a decisão sedimentada alhures e mutação do sistema jurídico (MELLO, 2008, p. 237).

exigindo, do Estado-juiz, por meio da jurisdição e se utilizando de hermenêutica constitucional, como defendem BARROSO (2018), SARLET (2012) e ZANINI (2011).

Considerando o caráter instrumento da dignidade da pessoa humana aos direitos da personalidade, muitas vezes, justifica essa nova postura interpretativa do Poder Judiciário que para NALINI (2015) seria uma atuação rebelde dos juízes, porém legítima, eis que são incumbidos de atender aos anseios sociais, interpretando e aplicando as leis sem perder o referencial constitucional, ponderando, contudo, que essa rebelião dos magistrados não se trata de “revolta corporativista. [...] A rebelião é nova postura hermenêutica. Inspira-se na aparente ineficiência do farto instrumental jurídico para resolver as questões humanas.” (NALINI, 2015, p.320).

Afirma Ingo W.Sarlet que a amplitude e dificuldade conceitual da dignidade humana decorre da sua relação direta e estreita com as “imprevisíveis e praticamente incalculáveis manifestações da personalidade humana.” (SARLET, 2013, p.13), de modo que há até quem negue ser um conceito jurídico, embora possa por ele ser tutelada.

Ora, conquanto não se negue dificuldade de se definir a dignidade da pessoa humana, é possível se apontar os contornos do que vem ser a partir do conteúdo material ao mínimo existencial que se distingue do mínimo vital (OTERO, 2011), apontando que o respeito aos direitos à vida, à saúde, à alimentação, por exemplo, é reconhecer a dignidade da pessoa e o papel do Estado na concretização. Não se está a dizer que o respeito à dignidade humana é uma benesse do Estado, mas decorre da própria soberania popular, materializada no Estado Democrático de Direito; decorre da imposição constitucional de limites de intervenção estatal na vida do cidadão, de concretização de políticas públicas à efetivação de direitos fundamentais e da personalidade, bem como de previsão de procedimentos democráticos – como a judicialização.

Daí, no cenário de “constitucionalização” dos mais variados ramos do Direito, da ampliação da jurisdição constitucional, a importância da interpretação da norma jurídica pelo Estado-juiz à evolução dos direitos da personalidade que, com esse movimento de constitucionalização do direito civil foi essencial por permitir “[...] seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social” (SZANIAWSKI, 2005, p.56), assinala ZANINI que:

(...) constata-se que o direito civil, interpretado à luz dos ditames constitucionais, caminha para uma melhor colocação do ser humano na sociedade, o qual passa a ser a sua grande preocupação da ordem jurídica, deixando-se o patrimônio, tão festejado pelo direito civil do século XIX, em segundo plano. O “ter” foi colocado a serviço de uma plena realização do “ser”. Essa mudança já se vê no direito legislado, no entanto, mais uma vez, caberá aos tribunais e à doutrina a escolha dos caminhos a serem seguidos pelos direitos da personalidade no século XXI. (ZANINI, 2011, p.50).

Decerto que, a despeito de todo debate em torno das peculiaridades dos direitos da personalidade, o reconhecimento de sua existência em essencialidade, como destaca Adriano de Cupis (2005) e da relação direta com a dignidade humana, considerando o indivíduo em sua integralidade, impõe a proteção não só pelo Estado – seja por instrumentos de tutela positiva ou negativa – mas também de toda sociedade – eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Há que se assinalar que toda evolução e positivação de tais direitos não se revela ainda suficiente a sua concretização ante o que chama de “foço entre ricos e pobres”, tomando como base o estudo de E. Hobsbawm, “A Era dos Extremos” (apud SARLET, 2012), acentuando pelos conflitos bélicos, étnicos e religiosos. Ou seja: há verdadeiro paradoxo entre a multi-

plicação simultânea de textos normativos tutelando os direitos humanos e fundamentais e recrudescimento das violações, fazendo-se necessário “atitude concreta na busca de sua superação” (SARLET, 2012, p.13), dentro de perspectiva de que os referidos direitos detêm eficácia, variando tão somente quanto ao grau, de modo que devem ser respeitados e muitas vezes precisam da jurisdição.

É dentro desse cenário que críticas à postura mais ativa do Poder Judiciário, sob o manto dessa amplitude normativa, do alto grau de abstração dos princípios com amparo na abertura axiológica introduzida pela Constituição Federal de 1988, com a indefinição conceitual da dignidade da pessoa humana, ganham força e consideram a irracionalidade do nosso sistema jurídico, que se busca uma “ética” voltada à padronização decisória, que, registre-se tanto POSNER (2010), quanto DWORKIN (2011), defendem, sem descurar, em casos excepcionais, do ativismo judicial.

A presença do Estado-juíz nas mais variadas searas da vida cotidiana, desde a política até as relações privadas de afeto, por exemplo, somado ao fato da ampliação do espectro interpretativo do julgador no pós-positivismo, ao mesmo tempo em que pode se revelar cenário ideal à tutela dos mais essenciais direitos da personalidade – como à vida, à honra, à imagem, ao nome – pode impingir riscos ao Estado Democrático de Direito, por dar azo ao ativismo judicial negativo – e a buscas a sua contenção, como os precedentes judiciais – que também pode ser algo negativo à efetivação de direitos - como se mostrará a seguir, tomando como base alguns exemplos práticos.

Pois bem. Infelizmente, vem se observando significativa morosidade nos julgamentos de temas afetados, indo de encontro à própria lógica dos “filtros decisórios” como um todo. Segundo relatório do CNJ (2018), dos 10 temas com maior número de processos sobrestados – correspondem a 72% das ações paralisadas nos Tribunais - destaca-se o Tema 731¹², do STJ, em que 407.280 processos foram sobrestados. Sem adentrar nas especificidades de cada tema, se observa que neles, embora se vise à prestação de cunho econômico, como pano de fundo, há verbas de natureza alimentar (Tema 731 do STJ) e de impacto direto na qualidade de serviço público essencial ao consumidor, integrante dos direitos da personalidade (BRASIL, 2019). Outro tema de relevo por envolver Direito do Consumidor, direito essencial à condição de pessoa na sua individualidade e na sua convivência social, é o Tema 954¹³, do STJ. Esse tema foi afetado, em 07/06/2016, e desde então, sem decisão de mérito,

12 Nesse tema “discute-se a possibilidade, ou não, de a TR ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao FGTS”, em recurso proposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Água, Esgoto e Meio Ambiente de Santa Catarina, em que sustentam que o parâmetro fixado pela Lei 8.177/91 não efetiva a atualização monetária desde 1999, causando distanciamento progressivo dos saldos atualizados pelos índices oficiais de inflação, sugerindo a substituição da TR pelo INPC ou IPCA. Foi afetado em 16/09/2016 e julgado em 11/04/2018 e, em 16/09/2019, o STF reconheceu relação com a ADI 5090/DF, determinando seu sobrestamento, ante o deferimento de cautelar pugnada, até o julgamento da referida ação (BRASIL, 2019).

13 Resumidamente, traz questões a serem submetidas a julgamento: “a indevida cobrança de valores referentes à alteração do plano de franquia / plano de serviços sem a solicitação do usuário, com o conseqüente pedido de indenização por danos morais, em contrato de prestação de serviços de telefonia fixa; - ocorrência de dano moral indenizável, em virtude da cobrança de serviços advindos da alteração do plano de franquia / plano de serviços de telefonia fixa sem a solicitação do usuário, bem como, se configurado o dano, seria aplicável o reconhecimento “in re ipsa” ou a necessidade de comprovação nos autos; - prazo prescricional incidente em caso de pretensão à repetição de valores supostamente pagos a maior ou indevidamente cobrados em se tratando de serviços não contratados de telefonia fixa advindos da alteração do plano de franquia / plano de serviços sem a solicitação do usuário, - se decenal (artigo 205 do Código Civil), trienal (artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil) ou outro prazo; - repetição de indébito simples ou em dobro e, se em dobro, se prescinde, ou não, da comprovação de dolo ou má-fé do credor (artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor) ou da sua culpa (imprudência, negligência e imperícia); - abrangência da repetição de indébito - se limitada aos pagamentos documentalmente comprovados pela autora na fase instrutória ou passível de o quantum ser apurado em sede de liquidação de sentença, mediante determinação à parte ré de apresentação de documentos (BRASIL, 2016).

com processos, normalmente, em curso no Juizados Especiais, cujo princípio basilar é a celeridade processual, suspensos¹⁴.

Lógico que a matéria tratada exige e assim se observou a ampliação cognitiva com a oitiva dos “amigos da corte”, de vários atores, mas limites temporais precisam ser observados sob pena de se manter o problema anterior, cuja padronização decisória veio como “salvadora da pátria”, a morosidade, impactando na efetivação de direitos.

Em matéria de Direito Privado, de competência da Segunda Seção do STJ, pode-se observar que, tomando o tema “Plano de Saúde”, aparece como o sexto de maior incidência, e, entre os períodos de 28/02/2015 a 28/02/2020, segundo o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no Resp. 1.866.783-SP¹⁵, “36.194 novos processos neste Tribunal sobre as mais diferentes controvérsias surgidas em relações jurídicas entre planos de saúde e seus beneficiários” (BRASIL, 2020), o que demonstra o relevo de uniformização da norma infraconstitucional pelo STJ para criar balizamentos, inclusive, ao órgão regulador dos planos de saúde no país. Assim, o Ministro Relator decidiu afetar os seguintes temas ao rito dos recursos repetitivos e à lógica do incidente de assunção de competência: 610, 919, 952, 989, 990, 1.016, 1.032, 1.034, 1.045 e 1.047, além do IAC nº 5, destacando que assim se poderá de logo, evitar “o ajuizamento de diversas ações judiciais, tendo em vista ser o fato notório que a ausência de critérios objetivos para a identificação de qual é a posição dos tribunais com relação a determinado tema incita a litigiosidade processual” (BRASIL, 2020).

Eis o aspecto positivo dos precedentes impactando diretamente na efetivação de direitos da personalidade, já que no grave problema da judicialização da saúde pública, a variabilidade de decisões judiciais para casos similares gera desconfiança no sistema de justiça, o que pode ser minimizado com a fixação de teses, embora o aprimoramento do instituto seja premente. Mister que se julgue com celeridade e que a cultura de respeito ao precedente – construído em observância aos ditames constitucionais – possa ser desenvolvida e mitigados os nefastos efeitos do ativismo judicial desmedido.

Depreende-se dos temas acima, escolhidos não só em razão do impacto quantitativo – números de processos a eles afeitos – como também por se referir a direitos da personalidade que exigem do julgador cautela ao se extrair a ratio decidendi e a construção do tema, bem como a preocupação com o amadurecimento do debate entre os membros, inclusive, com a realização de audiência pública e oitiva de amici curae, por exemplo, democratizando a construção de decisão judicial com força de lei, para maioria.

É dentro dessa perspectiva de preocupação com a qualidade dos julgamentos que geram eficácia vinculante e erga omnes, que criam precedentes obrigatórios e mitigam o ativismo judicial, que se irá analisar o exemplo em que a postura ativista do julgador criou precedente positivo no sentido de promover a evolução do Direito, resguardando direitos da personalidade de grupo vulnerável.

14 Consoante consulta junto ao sistema de dados do STJ, em 26/08/2021, havia 721,201 processos sobrestados em razão da temática (BRASIL, 2021).

15 Apenas para situar, o referido recurso especial tem como discussão jurídica o (não) “cabimento de reparação a título de dano moral em razão da negativa indevida ou injustificada de cobertura de procedimento por operadora de plano de saúde, a que esteja, por reconhecimento judicial, legalmente ou contratualmente obrigada”, tendo o Min. Relator constatado que, de 2014 a 2018, foram 717.263 novas ações referentes a plano de saúde e que, em 2018, 134.644 foram judicializadas (BRASIL, 2020).

No que tange ao ativismo judicial, como já alinhavado alhures, entende-se que a postura judicial regra geral deve ser de autocontenção e só em situações excepcionais –resguardo dos direitos fundamentais/da personalidade e das “regras do jogo democrático” – o protagonismo judicial deve operar.

Um dos exemplos em que o ativismo pode ser considerado “iluminista” ou positivo que, inclusive, detém relação com a formação dos precedentes judiciais em contexto de direito da personalidade, é quanto direito ao nome a partir da identidade de gênero e do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Como caso emblemático, tem-se o reconhecimento pelo STF da união entre pessoas do mesmo sexo (ADPF 132 e ADI 142), além do direito de alteração do nome por procedimento administrativo e independente de quaisquer procedimentos cirúrgicos, médicos quanto à mudança de gênero, situações essas em que se observa o diálogo das fontes do direito interno e internacional, em prol do respeito à dignidade da pessoa em sua individualidade e no exercício da autonomia de vontade, tomando como base o teor do parecer exarado na Opinião Consultiva nº 24/2017, que impactou internamente, de modo que o CNJ editou atos normativos nesse talante (CIDH, 2017).

Ora, vê-se que a pluralidade de entidades familiares, na qual a união homoafetiva é uma realidade, passa a ser traço característico da sociedade contemporânea e a declaração pelo Estado de tal fato decorre do respeito aos direitos da personalidade, como ao da identidade de gênero, em que a pessoa pode se manifestar como se autopercebe e criar seus laços de afeto a partir dela, sem ser “julgado” por isso:

o enfoque da proteção desloca-se da família em si mesma para cada um dos seus integrantes, reconhecendo-se que a instituição familiar não pode ser protegida como algo superior aos desígnios dos seus membros, mas consiste, ao contrário, em instrumento da realização da felicidade de cada um deles. Tem-se aí um novo aspecto funcional: ‘a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época’ (SCHREIBER, 2013, p. 226).

Percebe-se que partir da década de 1960 a família passa por ressignificações e o Direito tem que tutelar, protegendo a unidade familiar e, logo, seus entes, que o Código Civil não o fez, deixando aos Tribunais o fazerem, como o fez o STF na ADPF 132 e ADI 4277 (BARROSO, 2018).

A postura do STF em assim compreender o problema foi de vanguarda e de respeito à pessoa em sua dignidade, permitindo que as relações jurídicas estabelecidas saíssem do limbo da insegurança jurídica (BARROSO, 2018, p.437), tendo-se no julgamento da ADO 26, pelo STF, por exemplo, a despeito das críticas, uma visão presa àquele precedente.

Como dito, não só a partir desse julgado, mas também da OC nº 24/2017 passou-se a observar, inclusive, em sede de repercussão geral, cujo efeito do julgado, nos termos do art. 927, CPC, cria precedente vinculativo não só a todo o Poder Judiciário, como a Administração Pública, ratificando a ideia de antes mesmo da sedimentação da padronização decisória com o CPC atual, institutos como decisões em controle concentrado de constitucionalidade já impunham tal visão.

Depreende-se assim que, a partir de posturas mais evolutivas do Estado-juiz, no plano interno ou internacional, a despeito das críticas, vêm promovendo a tutela dos direitos essen-

ciais da pessoa sem os quais todos os demais direitos seriam inócuos. Daí, não se pode crucificar nem o ativismo judicial, tampouco os precedentes judiciais, aprioristicamente.

Ora, a unicidade do ser humano em sua individualidade, somado ao fato da dinamicidade e complexidade da pessoa, exige, à proteção efetiva, a criação de uma teoria geral dos direitos da personalidade que não deixe ao alvedrio do legislador, que por mais cauteloso e futurista que pudesse ser, não seria capaz de prevê todas as hipóteses de direitos essenciais a tratar a pessoa como pessoa dotada de direitos mínimos à vida digna (SZANIAWSKI, 2005, p. 84).

Assim, com o desenvolvimento social, tecnológico e a complexidade das relações sociais, cuja mudança é característica, embora se compreenda as preocupações dos pluralistas quanto aos riscos, como a insegurança, decorrentes da visão de serem os direitos da personalidade ilimitados, entende-se que as disposições legais não esgotam todo o conteúdo da tutela da personalidade humana, de modo que a teoria monista se revela mais escorregadia e condizente com a lógica da proteção da pessoa.

A postura ativa do julgador ou ativismo mínimo, jamais progressista/negativo, justifica-se quando a natureza fundamental, da personalidade do direito, pano de fundo da pretensão resistida, exige e a norma jurídica, dentro de hermenêutica constitucional, autoriza interpretações várias. A título de exemplo, quando em dada demanda de saúde, o paciente não detém condições financeiras para a aquisição de medicamento de alto custo e há a negativa do Estado em fornecer, a partir de vasta celeuma, o STJ, em sede de recurso repetitivo, sedimentou entendimento quanto à viabilidade do direito perseguido (Tema 106) (BRASIL, 2018).

A atividade interpretativa do magistrado não é estanque e anacrônica, sob pena de ser injusta, de modo que ao buscar solucionar o caso concreto, o contexto social, econômico e político inserto deve ser considerado e sopesado à tomada da decisão.

Como analisando dantes, às vezes a realidade se antecipa ao Direito; o social se antecipa ao legal, é preciso ler o simbólico. Daí a postura ativista do julgador gera desconforto epistemológico, insegurança, mas se a pergunta é forte, a resposta deve ser forte. Se a união homoafetiva é dado da realidade, o simbólico deve criar uma regra de bem viver que o STF no julgamento da ADI 4277 reconheceu, criou precedente e estabilizou as relações. Não se pode negligenciar essa realidade.

Daí, conquanto os riscos inerentes a subjetividade do ato de julgar, potencializados por conceitos jurídicos indeterminados, a mecanização desse ato em nome da celeridade, da previsibilidade e da confiança no sistema jurídico também não é o caminho mais justo. O grande desafio que se impõe ao sistema de justiça é que possa ser instrumento de concretização da justiça em tempo razoável à complexidade da demanda e não justiça apressada.

Assim, ao se admitir o uso dos precedentes judiciais como fonte do Direito, não se pode perder de vista a assertiva acima, evitando-se se fossilizar a atividade jurisdicional e afastar o Direito dos seus fins tão caros ao Estado Democrático.

Ora, o processo não pode ter um fim em si mesmo, mas deve ser servo do direito material, instrumento à concretização de direitos fundamentais – eis, assim, sua fundamentalidade – de modo que se o instituto processual se revestir de óbice à concretização do acesso à justiça, enquanto sinônimo de acesso à ordem jurídica justa, como defende Kazuo Watanabe (1988), não deve ser utilizado pelo interprete no caso concreto.

O direito, enquanto regulador das relações sociais, ante o caráter mutável dessas, é algo vivo, em constante construção, aperfeiçoamento, de modo que a lógica da racionalidade do sistema jurídico volvido ao resultado prático a ser obtido a partir das técnicas de padronização decisória, como a redução de demandas pelo dever de observância à uniformização jurisprudencial e pelo óbice a eventuais mudanças, é, para não falar o mínimo, irracional, autofágico e injusto.

Decerto que, com a alta litigiosidade que aflige nosso sistema de justiça, “filtros” recursais devem ser usados à minimização do problema, porém, sem comprometer princípio tão caro ao Estado Democrático de Direito, o do acesso à justiça.

Tem-se atualmente grande descompasso entre a quantidade de processos e número limitado, insuficiente de julgadores, o que, numa Análise Econômica do Direito se pode falar do Poder Judiciário como um “recurso comum”, eis que “não-excludente e é rival” (GICO JUNIOR, 2014), de modo que mecanismos à racionalização do sistema jurídico se impõe, o que exige comprometimento com a finalidade do Direito.

Assim, a cautela deve ser tanto ao se criar o precedente, como ao se superar, já que a eficácia do sistema de precedente vinculante urge por estabilidade e segurança, sem que implique engessamento do Direito.

Como dito alhures, com vistas a evitar dispersão jurisprudencial, “decisões lotéricas”, ativismo negativo, dentre outros, é que os precedentes judiciais são sedimentados no CPC e se revelam em grande aposta à racionalidade do sistema jurídico¹⁶, entretantes não se pode olvidar de alguns defeitos que os acometem e que precisam ser discutidos e superados.

O sistema de justiça deve se prestar a uma racionalidade que perpassa pela compreensão de que o ser humano precisa ser respeitado em sua individualidade e em sua condição de ser social, titular de vida digna. Não se podendo reificar o outro para se conhecer, mas reconhecer o outro em suas diferenças, isso é reconhecer sua dignidade enquanto pessoa, e que a racionalidade genérica, imposta pela padronização decisória, nos moldes brasileiros, ou de enxergar no juiz um “justiceiro” e não um “operador” do texto constitucional, tendo na justiça o ponto de chegada, não vêm se mostrando factíveis, ante os extremos impostos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto o termo “ativismo judicial” seja plurívoco e haja divergência quanto à sua legitimidade democrática, é certo que vem escancarar a fragilidade do Direito, as dificuldades de se delimitar suas “as margens”, trazendo à tona o papel do magistrado e da decisão judicial nesse cenário. Não menos verdade é que o ativismo judicial, enquanto postura do julgador para além dos limites da “moldura constitucional”, é problema sério que não é peculiaridade do Brasil, mas permeia todos os sistemas democráticos em que há espaço a atuação do Estado-Juiz

16 Conquanto não seja objeto do presente estudo aprofundar os limites da Análise Econômica do Direito - da Escola de Chicago, tendo Richard Posner (2010) um dos grandes representantes -, e as críticas a ela dispendidas, inclusive, quanto ao uso de critérios racionais incompatíveis ao caráter humanista que os direitos fundamentais e da personalidade exigem, há que pontuar que à racionalidade se exige decisões eficientes, ou seja, maximizadoras de riquezas com menor custo possível e em menor tempo.

em matérias a priori dos demais poderes por omissão ou ineficiência, somado à abertura do texto da lei e à suprema constitucional.

Quanto aos precedentes judiciais, embora tenham sido pensados pelo legislador como instrumento à racionalização do sistema jurídico, para imprimir celeridade, estabilidade e coerência e evitar a “pulverização jurisprudencial” e “decisões lotéricas”, muitas vezes estimuladoras da judicialização, algumas vicissitudes do modelo brasileiro levam a críticas quanto ao atendimento de suas finalidades. Apenas a título de exemplo, tem-se: dificuldades em se identificar a *ratio decidendi*, óbices quase intraponíveis à superação dos precedentes, *distinguishing* com exigência de grande esforço argumentativo do juiz, falta de “cultura voltada ao respeito” seja entre os órgãos do Poder Judiciário entre si, seja dentro do mesmo órgão, mudança abrupta de tese fixada em curto espaço de tempo e demora à fixação, com suspensão anos a fio de processos afeitos.

Ora, estar-se, em verdade, “entre a cruz e a espada”, eis que, de uma banda, as pessoas buscam, numa cultura de litigiosidade, o Poder Judiciário para verem seus direitos, comumente, mais essenciais, como à saúde, à privacidade, concretizados, potencializando ainda mais o fenômeno da judicialização donde se pode, a depender da interpretação dada a regra legal, desembocar em ativismo judicial; doutra, a aplicação da lei pura e simples ou do precedente judicial à brasileira – reconhecido com força de lei pelo CPC/15 – revelar-se retorno à “mecanização”, só migrando da lei ao precedente.

Daí, conquanto os precedentes encontrem campo fértil, sob a justificativa de resguardo da segurança jurídica, dentre outros, ante a mutabilidade veloz das sociedades contemporâneas de “relações líquidas”, a efetividade de direitos pode ser impactada, comprometendo toda uma lógica do Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, tomando como exemplo de possibilidade de compatibilidade entre o ativismo judicial positivo e o precedente, analisou-se o entendimento jurisprudencial sedimentado em torno do direito da personalidade ao nome a partir da identidade de gênero e do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, exposto na (ADPF 132 e ADI 142) e alguns dos desdobramentos a todo sistema de justiça.

Não é incomum se pensar que ou se admite o ativismo judicial em que o protagonismo não tem limites, sendo incompatível, inclusive, com temas firmados pelas Cortes de Vértice, bem como se associar ativismo ao “decido de acordo com a minha consciência” e fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana ante seu espectro abrangente. Não menos verdade é se defender a observância quase que mecânica dos precedentes pelos juízes ou Tribunais inferiores, retirando-os o dever funcional de julgar com independência, além de se presumir que tais decisões não se sujeitam aos riscos dos vieses de julgamento, por exemplo.

Eis a relevância de se aprofundar o debate quanto ao tema, analisando criticamente os prós e os contra, além de buscar “caminhos” constitucionais num dilema muitas vezes entre a celeridade e segurança jurídica – valores tão caros à visão econômica do Direito – e a justiça da decisão fruto de construção do direito pelo julgador. Buscar caminhos a um sistema de justiça comprometido com o caráter pluralístico do Direito; que se norteie, efetivamente, pela concretização da dignidade da pessoa humana, o que exige respeito aos direitos essenciais da pessoa em sua individualidade, autonomia e enquanto cidadão, destinatário de políticas

públicas, já que o cerne do sistema jurídico tem que ser a pessoa, sua dignificação e a justiça e não o contrário.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A JUSTIÇA KELSENIANA. In: **Revista Usp**. 2000.
- BRASIL. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. Brasília, DF, 1979.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro. Forense. 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, n. 91, maio/ago. 2007.
- CARNIO, **Henrique Garbellini**. Precedentes judiciais ou “direito jurisprudencial mecânico”? In: R. bras. Dir. Proc. – RBDPro | Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 79-94, jan./mar. 2016. p.79-94.
- CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes 2001
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2019.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; GARCIA, Patrícia Martins; BALDASI, Marcos Vinicius Soler. Instrumentos para efetivação do direito à convivência familiar e comunitária: política pública de acolhimento familiar visando a dignidade humana. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **O controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FREITAS, Gabriela Oliveira de. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Novo Código de Processo Civil: o problema de aplicação e desconstrução dos precedentes judiciais no estado democrático de direito. In: **Processo, jurisdição e efetividade da justiça I CONPEDI**. 2016, p.226-241.
- GICO JR, Ivo Teixeira. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 479-499
- GOTTARDI, Gustavo. **Os precedentes judiciais e a impossibilidade de superação**. Campo Grande: Contemplar, 2018.
- HART, Hebert L.A. **El concepto de Derecho**. Buenos Aires: Abelado Perrot, 1961.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre. Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HORTA, Ricardo Lins; COSTA, Alexandre Araújo. Desafios da Agenda de Pesquisa Empírica em Psicologia da Tomada de Decisão Judicial No Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies** vol. 7, nº 3, out 2020.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo. Martins Fontes, 1976.

KRELL, Andreas Joachim; SILVA, Carlos Henrique Gomes da. Por uma concepção neoconstitucional da cidadania: da cidadania política à cidadania social e jurídica. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

MACHADO, Cibele Lasinskas; NOJIRI, Sergio. MEIO-TERMO ENTRE INFERNO E PARAÍSO: UMA ANÁLISE DO PAPEL DA EMPATIA SOBRE OS EFEITOS DOS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO NA DECISÃO DOS JURADOS. **Revista de Teorias da Justiça, da decisão e da argumentação jurídica** | e-ISSN: 2525-9644 | Encontro Virtual | v. 7 | n. 1 | p. 35 – 55 | Jan/Jul. 2021.

MACIEL, Débora Maciel; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 57, p. 113-133, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em: 02 jun.2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**: natureza, eficácia e operacionalidade. 3ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. "A vida como ela é": comportamento estratégico nas cortes. Ver. Bras. Polit. Pública, v.8, nº 2, 2018, p.688-718.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOJIRI, Sergio. **Decisão judicial**. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Abril de 2017.

NUNES, Dierle. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC-2015. R. bras. Dir. Proc. – RBDPro | Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 61-81, out./dez. 2015.

OTERO, Cleber Sanfelici. **Inclusão social da extrema pobreza**: direito à cidadania integral e contextualização do mínimo necessário no Brasil. 2011. 444 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Bauru, 2011.

PÁDUA, Thiago Pádua; SOUTO João Carlos. Da propriedade à moradia: breve estudo sobre a evolução constitucional brasileira. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado. 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; SOUZA, Bruna Carolina de. Os direitos humanos e a proteção aos seus defensores: análise à luz da salvaguarda dos direitos de personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)** - ISSN 2318-5732 - v. 8, n. 3, 2020, p. 159-180.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SOUZA, Bruna Caroline de. Eutanásia social, direito à saúde e os direitos da personalidade: um olhar sobre a pobreza extrema. **Revista Meritum** - FUMEC, vol. 15, n. 1, p. 231-259, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; LIMA, Henriqueta Fernanda C.A.F. Direitos da personalidade e o limite da atuação judicial: responsabilidade civil e a judicialização da vida. **Revista Direito e Paz – UNISAL**, ano VIII, n. 42, p. 114-142, 2020.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. O mal-estar do homo juridicus e a contra-genealogia da modernidade: o paradoxo entre a personalidade como direito e o imago-Dei como herança. **Argumenta Journal Law - UENP (Jacarezinho)**, vol. 32, n. 20, jan.-jun./2020, p. 363-383, 2020.

STORINI, Claudia. Pluralismo y buen vivir un camino hacia otro constitucionalismo posible. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

STRECK, Lênio Luiz. STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Salvador: Juspodivm, 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: RT, 2005.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; LOPES, Marcelos Dantas. O periculum in mora reverso como garantia dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES, Dennis José Almanza Torres. La constitucionalización del derecho: debates en torno a la interpretación principiológica de las normas jurídicas. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZAMBAM, Neuro José; SILVEIRA, Margarete Magda da. Projeto renda mínima de cidadania: solução para equidade social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 9, N. 1, 2021.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 28/04/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/05/2022
- Avaliação 1: 10/05/2022
- Avaliação 2: 13/06/2022
- Decisão editorial preliminar: 02/07/2022
- Retorno rodada de correções: 20/07/2022
- Decisão editorial/aprovado: 07/08/2022

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2