

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO – PPGD

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO - PPGD

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

**ATIVISMO JUDICIAL, SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO:
ENTRE OS LIMITES DA RACIONALIDADE JURÍDICA E DA DECISÃO POLÍTICA.**

ADELICIO MOLIN

Passo Fundo, RS, maio de 2023.

ADELICIO MOLIN

**ATIVISMO JUDICIAL, SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO:
ENTRE OS LIMITES DA RACIONALIDADE JURÍDICA E DA DECISÃO POLÍTICA.**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Direito. Orientador: Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz.

Passo Fundo, RS, maio de 2023

CIP – Catalogação na Publicação

M722a Molin, Adalcio
Ativismo judicial, sob a perspectiva do
neoconstitucionalismo [recurso eletrônico] : entre os limites
da racionalidade jurídica e da decisão política / Adalcio
Molin. – 2023.
901 KB ; PDF.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de
Passo Fundo, 2023.

1. Direitos fundamentais. 2. Poder judiciário e questões
políticas. 3. Neoconstitucionalismo. I. Cruz, Paulo Márcio,
orientador. II. Título.

CDU: 34

Catalogação: Bibliotecária Jucelei Rodrigues Domingues - CRB 10/1569

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“ATIVISMO JUDICIAL, SOB A PERSPECTIVA DO
NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE OS LIMITES DA
RACIONALIDADE JURÍDICA E DA DECISÃO
POLÍTICA”**

Elaborada por

ADELICIO MOLIN

Como requisito parcial para a obtenção do grau de “Mestre em Direito - Área de Concentração –
Novos Paradigmas do Direito”

APROVADO COM DISTINÇÃO

Pela Comissão Examinadora em: 30/06/2023



Dr. Paulo Márcio da Cruz
Presidente da Comissão Examinadora
Orientador



Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Coordenador PPGDireito



Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo
Membro interno



Dra. Carla Piffer
Membro externo



AGRADECIMENTOS

Do calo das mãos, do suor do rosto e da precária situação econômica que meus pais enfrentaram para criar e educar seus filhos nasceu este ideal de trabalho e conhecimento. Não estão mais neste plano para conferirem materialmente esta conquista, mas certamente no plano imaterial estão acompanhando o fruto da educação que me deram. Meu pai **Salvito** e minha mãe **Laurinda**, agradeço imensamente por tudo.

Agradeço a minha esposa **Andréia** por sempre me apoiar e incentivar para concretizar meus sonhos. Juntos estamos tornando realidade sonhos que surgiram no longínquo ano de 1992. Os planos apontam para uma união eterna. Obrigado por demonstrar a todos que isso não é “amor das antigas”, é simplesmente amor.

Com todas as minhas forças e estrutura emocional, agradeço a **Deus** por tudo que pude conquistar. Abro um espaço gigante no meu coração para agradecer pelos filhos que me deste. **Dionatan Henrique** e **Lauren**, lhes afirmo que Deus foi muito bondoso comigo por ter oportunizado a gerar duas vidas tão lindas, amadas, carinhosas e perfeitas. Converso com a consciência e me pergunto se mereço tanto. Obrigado meus filhos por entenderem que nem sempre pude estar presente nas conversas, reuniões de família e nas brincadeiras que tanto lhes agrada. Vocês sabiam que eu estava à procura de momentos como este, de apresentar o resultado do esforço e poder olhar pra vocês e dizer o quanto vos amo.

Carinho e agradecimento à minha nora **Letícia**. Pessoa inigualável, centrada, serena e com objetivos bem definidos. És minha nora, mas te admiro e te respeito como se filha fosse.

Muitas vezes as pessoas, pela simplicidade, não conseguem expressar seus sentimentos como queriam. Devemos ser capazes de constatar e entender essas manifestações de apreço e carinho nas entrelinhas do pensamento. Por isso agradeço a admiração e a perplexidade que meu sogro **Darci** e minha sogra **Angelina** expressavam quando sentiam minha ausência por eu estar estudando. A pergunta que eles sempre faziam me motiva sempre mas vai continuar sem resposta: Até quando vai estudar?

A meu orientador, Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, que sempre esteve a disposição para me orientar e dar dicas valiosas para o enriquecimento desta pesquisa, dedico ardentemente cada vez mais sucesso e reconhecimento na sua produção acadêmica e profissional.

Aos colegas de mestrado, que colaboraram com o aprendizado obtido durante o curso, deixo meus sinceros agradecimentos e estimo encontra-los sempre com espírito de busca pelo conhecimento.

DEDICATÓRIA.

A minha esposa Andréia, meus filhos Dionatan Henrique e Lauren que são a razão de minha vida e de todas as minhas conquistas.

Para Salvito e Laurinda, a saudade é uma rotina que fere o sentimento e enobrece a alma.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo - UPF, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Passo Fundo - RS, maio de 2023.

Adelcio Molin

Mestrando

RESUMO:

A presente dissertação é fruto de uma pesquisa bibliográfica, seminários e encontros acadêmicos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF durante o ano de 2021 até a presente data. O estudo trata do ativismo judicial, na perspectiva do Neoconstitucionalismo, como propulsor das garantias e da efetivação dos direitos fundamentais a partir da normatividade atribuída aos princípios constitucionais. Através de um novo discurso jurídico contemporâneo valoriza-se a teoria dos princípios constitucionais e a sua racional aplicabilidade como fator de legitimação e justificação das decisões judiciais. Tratamos o Neoconstitucionalismo como teoria voltada à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Através do estudo foi possível perceber que o Neoconstitucionalismo deu mais amplitude à discricionariedade judicial e os juízes passam a ter uma posição substancialista nas decisões judiciais. O secular enfrentamento entre direito e moral deixa de exigir o afastamento entre ambos e começa a dar azo a uma posição de reaproximação. É apresentado também uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política. Demonstramos também que a aplicação mecânica da norma, foi aos poucos se tornando insuficiente para atender as demandas sociais fazendo surgir movimentos que rompem com o positivismo clássico buscando um ideal mais filosófico e que buscava reaproximar direito e mora.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Constituição. Direito. Estado. Judicialização da Política. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The present dissertation is the result of a bibliographical research, seminars and academic meetings of the Master Course in Law at the University of Passo Fundo - UPF during the year 2021 to the present date. The study deals with judicial activism, in the perspective of Neoconstitutionalism, as a propeller of guarantees and of the effectiveness of fundamental rights from the normativity attributed to constitutional principles. Through a new contemporary legal discourse, we value the theory of constitutional principles and their rational applicability as a legitimating and justifying factor of judicial decisions. We treat Neoconstitutionalism as a theory aimed at the realization of the Democratic State of Law, through the enforcement of fundamental rights. Through this study it was possible to perceive that Neoconstitutionalism has given more amplitude to judicial discretion and that judges now have a substantialist position in judicial decisions. The age-old confrontation between law and morality no longer requires the separation between the two, and begins to give rise to a position of rapprochement. A differentiation is also presented between judicial activism and the judicialization of politics. We also demonstrate that the mechanical application of the norm, was gradually becoming insufficient to meet social demands making arise movements that break with the classical positivism seeking a more philosophical ideal and that sought to reapproximate law and mora.

Keywords: Judicial Activism. Constitution. Law. State. Judicialization of Politics. Neoconstitutionalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O NEOCONSTITUCIONALISMO A PARTIR DE UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA SUBSTANCIALISTA	13
1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E EVOLUTIVOS.....	13
1.2 O CONSTITUCIONALISMO COMO BASE HISTÓRICA PARA O SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E A MUDANÇA DE PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS	14
1.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO BASE DISCURSIVA PARA TEORIA JURÍDICA.....	25
1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO ENTENDIDO A PARTIR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA SUBSTANCIALISTA	30
2 ATIVISMO JUDICIAL: UM MÉTODO CRIATIVO E EXPANSIVO DE INTERPRETAR O DIREITO	38
2.1 ATIVISMO JUDICIAL: ORIGEM E (IN)DEFINIÇÃO CONCEITUAL	38
2.2 O NÚCLEO COMPORTAMENTAL E O ESPAÇO DO ATIVISMO JUDICIAL NAS QUESTÕES POLÍTICAS E MORAIS COMPLEXAS (HARD CASES).....	44
2.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E PROTAGONISMO JUDICIAL NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: EFEITO TARDIO DO NEOCONSTITUCIONALISMO	50
3 LIMITES ENTRE A RACIONALIDADE JURÍDICA E A DECISÃO POLÍTICA	56
3.1 RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE	56
3.2 O DIREITO E A MORAL VISTOS A PARTIR DO POSITIVISMO JURÍDICO E DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	62
3.3 A HERMENÊUTICA DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MORAL E DA POLÍTICA NO DIREITO.....	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS	77

INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta um estudo sobre o ativismo judicial, o neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica que fundamenta às decisões judiciais contemporâneas, calcadas no Estado Constitucional de Direito.

O ativismo judicial, na perspectiva do Neoconstitucionalismo, é visto como o propulsor das garantias e da efetivação dos direitos fundamentais a partir da normatividade atribuída aos princípios constitucionais buscando sobrepor-se às teorias do positivismo jurídico, dando enfoque às teorias que garantem a prevalência da constituição, estreitando a relação entre o discurso jurídico e a argumentação moral. Esse discurso jurídico contemporâneo valoriza a teoria dos princípios constitucionais e a sua racional aplicabilidade como fator de legitimação e justificação das decisões judiciais.

A doutrina discute as decisões judiciais consideradas ativistas quanto a sua abrangência no campo da moral e da política, tendendo a superação da teoria do positivismo jurídico sem no entanto superá-lo a ponto de partir para a teoria jusnaturalista baseada em uma moral transcendente.

No panorama atual, o julgador passa a ser protagonista da efetivação dos direitos fundamentais, proferindo suas decisões de acordo com a interpretação da Constituição, do Direito, dos Princípios e da Moral. Ronald Dworkin, na obra *O Império do Direito*¹, chama esse protagonismo judicial de “Juiz Hércules”, ou seja, o juiz com força suficiente para aplicar a norma e criar o direito. Uma das principais consequências dessa nova hermenêutica jurídica que aproxima direito e moral, é uma aparente invasão judicial na esfera das decisões políticas. A judicialização da política torna-se o caminho viável para fazer cumprir os direitos das minorias não suficientemente representadas no sistema democrático de maiorias, mas que encontram na posição contramajoritária do Supremo Tribunal Federal o seu alento garantista dos direitos.

O Neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais.² As Constituições modernas apresentam uma aposta transformadora do direito, propondo uma

¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3ª edição. São Paulo: Editora D'Plácido, 2020.

aplicação direta dos princípios a fim de concretizar esses direitos. Com essa nova perspectiva do direito, principalmente de pensar o direito a partir de uma hermenêutica Neoconstitucionalista, questões anteriormente pacificadas, perdem a unicidade doutrinária e jurisprudencial, para dar valor a uma perspectiva mais ativista de pensar o direito e interpretar a Constituição.

Para a Teoria Positivista do Direito, o Ativismo Judicial é um fenômeno jurídico que extrapola os limites jurisdicionais e intromete-se em funções executivas e legislativas sem que para isto tenha o poder de representatividade popular (Democracia Participativa) pelo fato dos juízes não serem eleitos.

Em contrapartida, para a Teoria Substancialista, dentre os quais incluem os defensores do neoconstitucionalismo, entende que a interpretação normativa da Constituição e dos Princípios, a reaproximação entre direito e moral com uma maior interpretação filosófica do direito e a flexibilização da separação dos poderes, não se transformam em permanentes conflitos entre os poderes, cada um defendendo seu espaço de atuação e atribuindo ao outro uma injusta invasão de competências. Os adeptos desta corrente acreditam que o Poder Judiciário tem o dever constitucional de manter a exclusividade de suas funções e atribuições, ao mesmo tempo que podem interpretar e criar novos direitos desde que, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Com o segundo pós-guerra, novas constituições surgiram e trouxeram mais amplitude à discricionariedade judicial e harmonizaram o secular enfrentamento entre direito e moral criando todos os elementos necessários para que ocorresse uma aproximação entre ambos. Por consequência é facultado ao julgador utilizar de suas fontes filosóficas e ideológicas para criar direitos, desde que estes estejam em consonância com os princípios constitucionais e visem a garantir direitos fundamentais.

No primeiro capítulo, apresentamos o processo histórico do Neoconstitucionalismo como um advento que surgiu após a segunda guerra mundial e chegou ao Brasil mais enfaticamente com a Constituição de 1988. Até o segundo Pós-Guerra, a cultura jurídica tratava a lei como principal fonte do direito e não era dado às constituições qualquer força normativa. A partir desse período, a preocupação de todos com as barbáries ocorridas, passou-se a dar maior força às constituições instituindo mecanismos de proteção aos direitos fundamentais mesmo em face do legislador. Uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica,

que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento³.

A nova forma de interpretar a Constituição e sua normatividade foi estudado a partir de algumas premissas bem estabelecidas, tais como, o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais; a constitucionalização do direito, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais; rejeição do formalismo, adotando métodos mais abertos de raciocínio jurídico; reaproximação entre direito e moral, dando espaço cada vez maior a filosofia nos debates jurídicos e a judicialização da política.

No segundo capítulo foram dedicados estudos sobre o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política, indicando suas diferenciações e características próprias que embora semelhantes são perfeitamente dissociadas. Será demonstrado como alguns fatores concorrem para o surgimento deste fenômeno ativista, destacando o sistema político democrático; a separação dos poderes; a inefetividade das instituições majoritárias e a transferência ao Poder Judiciário da incumbência de tratar e decidir os *hard cases* pela omissão voluntária dos demais poderes de regulamentarem questões controversas e impopulares. A leitura clássica do princípio da separação dos poderes, que vinha sendo rigidamente observada, relativiza-se, oferecendo uma visão mais favorável ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. São adotadas teorias de democracia mais substantivas que autorizam uma ampla restrição ao legislador em favor dos direitos fundamentais e da proteção das minorias que agora podem ser fiscalizadas por juízes que não foram eleitos pelo povo e portanto não teria o atributo da representatividade. Tem-se assim a centralidade da constituição no ordenamento jurídico, influência na ordem jurídica e papel criativo da jurisprudência.

O terceiro capítulo foi dedicado à racionalidade jurídica e a decisão política, com o estudo sobre o direito e a moral, percebendo essa nova forma de transformar o processo de produção do direito através da interpretação estendida dos juízes e o alargamento dos limites jurisdicionais⁴, ocorrendo a aproximação entre direito e moral.

A aplicação mecânica da norma já não era mais suficiente para atender as demandas sociais. Surgiram movimentos espalhados pelo mundo que objetivavam

³ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional**: Os dois lados da moeda. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Coord.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do estado. **Novos Estudos Jurídicos**, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311089083_A_COMMOLIZACAO_DO_DIREITO_POSITIVO_O_ATIVISMO_JUDICIAL_E_A_CRISE_DO_ESTADO. Acesso em: 20 set. 2022.

afastar a vinculação do Juiz à normatividade legal rompendo com o positivismo clássico. Duas correntes surgiram e embora não sendo as únicas, são as que melhor resumem os entendimentos adotados. Uma o realismo jurídico e outra que tinha um ideal mais filosófico e que buscava reaproximar direito e moral⁵. Ocorre que o realismo jurídico também rompeu com o positivismo clássico e retornou na Suprema Corte Americana nos anos oitenta com uma nova roupagem de pragmatismo jurídico. O Realismo foi cedendo espaço para o moralismo jurídico no qual os neo-constitucionalistas iriam fundamentar seus principais alicerces e para os quais não seria mais possível pensar o direito sem uma valoração moral⁶.

Segundo Habermas⁷, já na constituição alemã era possível observar uma ordem concreta de valores superiores, exteriores ao texto e que passaria a orientar a base do direito positivo. O autor apresenta argumentos apropriados sobre o conceito de racionalidade jurídica e desenvolve sua tese segundo a qual a legalidade tem que extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral⁸.

Os posicionamentos acima indicados são apenas alguns dentre outros apresentados por filósofos e juristas e que foram apresentados nesta pesquisa, fazendo uma análise filosófica/jurídica a partir do positivismo clássico até chegarmos à contemporaneidade com elementos suficientes para entender os efeitos da aproximação entre a moral e o direito.

⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 48-49.

⁶ MARQUES, Bruno. Do ativismo no STF ao ativismo do TCU: é possível falar em ativismo legislativo no Brasil? **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 6, n. 3, p 11091-11115 mar. 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/7488>. Acesso em: 22 mar. 2023.

⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 57.

⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**.

1 O NEOCONSTITUCIONALISMO A PARTIR DE UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA SUBSTANCIALISTA

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E EVOLUTIVOS

A evolução histórica do papel do Estado não satisfaz a necessidade de sua urgente reforma já que a maioria deles foram forjados a partir de algumas estruturas teóricas surgidas antes da invenção da máquina a vapor⁹.

Esta percepção de estagnação da evolução do Estado e da ciência do direito, apesar da velocidade das mudanças das demais ciências, foi muito bem verificada por Paulo Márcio Cruz:

O mundo vem mudando com velocidade extraordinária. E os estados – e o direito – insistem em viver a partir de padrões teóricos dos séculos XVII, XVIII e XIX. A impressão que dá é que tudo de mais genial com relação à teoria do estado e do direito foi produzido na modernidade e que se está condenado a ficar dando voltas, tentando saber como as interpretações da constituição programática vão resolver os problemas¹⁰.

O estudo dos novos paradigmas do direito, que desencadeará no neoconstitucionalismo e que objetiva superar o positivismo jurídico fundamentado na norma como fonte do direito, inicia-se, com a evolução histórica do constitucionalismo e que resultam em acalorados debates, envolvendo questões contemporâneas como a atuação do Supremo Tribunal Federal, Ativismo Judicial, Democracia, Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, garantias de direitos fundamentais, dentre outros.

O ideal constitucional, segundo alguns autores que constam deste estudo, surgiu ainda com o povo Hebreu, onde as leis eram consideradas divinas e o povo às seguia fielmente. Outros ainda creditam isto a “Polis Grega”, que além de ser considerada o berço da democracia, também foi do constitucionalismo. No entanto para fins de deste estudo indicamos a assinatura da Magna Carta pelo Rei João Sem Terra, na Inglaterra em 1215, como o primeiro documento que limitou o poder da monarquia e garantiu um mínimo de garantias ao direito de liberdade dos cidadãos.

Não ignoramos que a Constituição Americana é considerada por muitos como a primeira constituição escrita, no entanto, a Magna Carta apresentou em seu bojo

⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do estado.

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do estado. p. 1336.

dois elementos fundamentais do constitucionalismo, quais seja, limitação do poder e liberdade.

Seguindo o relato histórico do constitucionalismo, apresentamos a Independência dos Estados Unidos da América como um segundo elemento fundamental para a concretização da ideia de constitucionalismo. A Independência Americana foi o cenário para um constitucionalismo calcado especialmente na liberdade, propriedade e felicidade. Em 1787 os Estados Unidos conseguiram unificar suas colônias fazendo surgir a Constituição Americana primando basicamente pelo direito à liberdade.

No entanto, foi com a Revolução Francesa que o constitucionalismo efetivamente desenvolveu-se de forma mais direcionada a garantir os direitos fundamentais. Com a queda da Bastilha e conseqüentemente a queda da monarquia, o estado transformou-se de absolutista em estado liberal. A sociedade feudal e aristocrata passou a ser burguesa e as ideias do iluminismo se difundem rapidamente. Em 1791 é assinada a Declaração dos Direitos Humanos com a ideia de conformação da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

A evolução histórica do Constitucionalismo apresenta um novo patamar evolutivo no período pós guerra, quando surge um novo movimento interpretativo chamado Neoconstitucionalismo. Com esta visão e tendência, a Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, com reconhecimento de ampla normatividade do texto constitucional bem como dos seus princípios. O positivismo jurídico perde força e o histórico afastamento entre moral e direito vai cedendo espaço a uma reaproximação, trazendo ao cenário atual decisões judiciais carregadas de ideologias e interpretações pessoais do julgador. O direito passa a acolher fundamentos antes inerentes unicamente a filosofia, expandindo o campo da força interpretativa para além da norma posta.

1.2 O CONSTITUCIONALISMO COMO BASE HISTÓRICA PARA O SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E A MUDANÇA DE PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

A origem histórica do constitucionalismo remonta à antiguidade clássica através do pensamento de Aristóteles na sua obra A Política. Nesta época, embora não existisse ainda o termo constitucionalismo, foi apresentada uma primeira ideia de

constituição notadamente no ambiente da “Polis Grega” por volta do século V e do século IV a.C. O Império Macedônio estava em expansão e por consequência lógica o sistema *políade* da *Hélade* encontrava-se em declínio. As cidades passaram ao domínio dos Reis Macedônios e sofreram alterações nas suas administrações, enfraquecendo as instituições com a entrada de estrangeiros e gerando grande diminuição da riqueza das famílias mais tradicionais. Neste contexto é que Aristóteles e Platão desenvolveram seus pensamentos¹¹.

Aristóteles descreve na obra *A Política*, as constituições das cidades-estados gregas antigas, afirmando que a *políteia* é quem define a organização do estado, da magistratura, suas distribuições e organizações que conjuntamente caracterizam o poder político ou governo objetivo de cada comunidade¹². Portanto, para ele, constituição no sentido clássico era concebida como sendo a ordem da “*pólis*”, podendo os conceitos de Constituição e Estado serem equiparados.

Notório destacar que o constitucionalismo, embora com suas variações conceituais, é o reflexo de uma organização política-jurídica que destina-se a organizar a forma de atuação e constituição do poder em determinado momento histórico. Ou seja, é a captação e o espelhamento do momento político organizacional de cada estado em determinada época.

Durante o Congresso Mundial de Constitucionalistas, realizado no ano de 2010 no Equador, Roberto Viciano Pastor apresentou um conceito evolutivo de constitucionalismo que vai desde sua origem até o Estado Social. Nas palavras do autor:

El constitucionalismo, desde su origen hasta el Estado Social, es un concepto en evolución. El constitucionalismo como corriente ideológica arrancaría, como es bien conocido, a partir del siglo XVII durante el desarrollo del pensamiento liberal centrado en la defensa los derechos individuales y la necesidad de limitar al poder político para que éstos no se vean afectados por aquel; asumiría rasgos esencialmente diferentes al añadir as concepto de constitución, de la mano del radicalismo democrático inspirado em Rousseau, la idea de legitimidad democrática del poder; se plasmaría jurídicamente com el concepto radical-normativo de constitución durante las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII; y evolucionaría hasta las constituciones del Estado Democrático u Social de Derecho, salvo el largo periodo involutivo conservador que arrancó com la reacción termidoriana contra el recién nacido constitucionalismo democrático jacobino y que se prorrogó hasta las primeras constituciones europeas del Estado democrático, caballo entre el siglo XIX y el XX¹³.

¹¹ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Edipro, 2019. p. 07.

¹² ARISTÓTELES. **Política**. p. 10.

¹³ PASTOR, Viciano Roberto; DALMAU, Rúben Martínez. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano, em AA.VV. El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 96. Tradução livre: “O constitucionalismo, desde sua origem até o Estado Social, é um conceito em evolução. O constitucionalismo como corrente ideológica teria início , como se sabe, a partir do século XVII, durante o desenvolvimento do

O constitucionalismo pode ser definido a priori, como um movimento jurídico, sociológico e político que em sua formação pode englobar a elaboração de uma Constituição mas não se resume a somente isto, ele firma-se na ideia de Democracia Constitucional e a de um Estado que tem na Constituição o seu documento principal, o que contemporaneamente podemos chamar de Estado Constitucional de Direito.

Portanto, Atenas foi onde se iniciou o ideal constitucional e democrático. Foi lá que a limitação do poder foi posta em prática transformando um governo de homens em um governo de leis. O ideal democrático e participativo era bastante latente em Atenas tendo em vista que os cidadãos participavam diretamente das decisões políticas e públicas que eram tomadas na “Polis”. A participação popular nas decisões a serem tomadas, era direta e não representativa como ocorre atualmente. Assim, a participação do cidadão no trato das coisas públicas era efetivo e representava a vontade particular de cada um diretamente e sem a intervenção de terceiro representante.

Embora a tese de que o constitucionalismo tenha início em Atenas, existem autores que afirmam a existência de um ideal constitucionalista no povo Hebreu, havendo lá um comando Divino positivado na Lei do Senhor¹⁴.

Luiz Roberto Barroso destaca ainda, mais elementos que até hoje conservamos, e teve Atenas como origem embrionário desse movimento democrático.

Ali se conceberam e praticaram ideias e institutos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válido para todos.¹⁵

Durante muito tempo o ideal constitucional foi agregando conceitos e características que fizeram com que o estado constitucional atual atingisse um certo

pensamento liberal voltado para a defesa dos direitos individuais e a necessidade de limitar o poder político para que não sejam por ele afetados; assumiria características essencialmente diferentes ao agregar ao conceito de constituição, de mão dados com o radicalismo democrático inspirado em Rousseau, a ideia de legitimidade democrática do poder; ela ganharia forma legalmente com o conceito radical-normativo de constituição durante as revoluções liberais do final do século XVIII; e evoluiria até as constituições do Estado Democrático ou Social de Direito, salvo o longo período involutivo conservador que se iniciou com a reação termidoriana contra o recém-nascido constitucionalismo democrático Jacobino e que se estendeu até as primeiras constituições europeias do Estado Democrático, a meio caminho entre o Século XIX e XX”.

¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 154.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 33.

grau de maturidade, embora muito aquém do que se espera do estado democrático de direito, do estado social ou do estado que assegure efetivamente direitos fundamentais de seus cidadãos.

No desenrolar desse processo de aprimoramento constitucional vários eventos históricos poderiam ser mencionados, no entanto, um em especial ocorreu no ano de 1215, quando os reinos anglo-saxões, estavam unificados sob o reino da Inglaterra e ocorreu a invasão Normanda, que introduziu às instituições feudais na Inglaterra e por consequência atribuiu maior poder aos barões que por estarem cansados de serem explorados e sufocados pela monarquia, forçaram o Rei João Sem Terra a assinar um documento, conhecido como Magna Carta. Este documento foi o primeiro que se tem conhecimento, que expressamente limitava os poderes da coroa para garantir direitos e liberdade ao súditos. Este acontecimento é de relevância tamanha que passou a ser tratado pelos doutrinadores como o período do Constitucionalismo Clássico. A Carta Magna de 1215 é considerada como o símbolo da positivação dos direitos de primeira geração.

Havia naquela época, um grande descontentamento dos barões com a forma como o governo do Rei João Sem Terra tratava a vida dos particulares. Com esse crescente alvoroço dos barões por liberdade, o Rei entendeu que deveria ceder em alguns aspectos para, pelo menos, manter-se no poder e tentar a posteriori, fortalecer a Monarquia. A assinatura do documento que ficou conhecido como Carta Magna se deu pelo fato dos barões não acreditarem mais nas promessas feitas por parte do Rei sem que estas fossem manifestadas de forma expressa em um documento comprometendo-se a garantir o mínimo dos direitos individuais. Diante do compromisso assumido e assinado, o Rei perdeu o poder absoluto que tinha de caçar a liberdade dos súditos, reconhecendo a inviolabilidade do lar (inviolabilidade de domicílio) como um dos direitos a serem garantidos. Em contrapartida, teve a seu favor a renovação do juramento de fidelidade por parte dos barões e evitou uma iminente guerra civil. Este fato vem espelhado nas democracias contemporâneas, em especial na brasileira, através ne negociações e acordos políticos que o governo faz para poder garantir apoio no parlamento e assim poder aprovar as leis que entender necessárias para a concretização de políticas públicas alinhadas com o viés político que está no poder.

A assinatura daquele documento por parte do Rei, apresenta pelo menos, duas características bastante importantes, quais sejam: a limitação do poder do

estado e o reconhecimento do poder dos súditos, mesmo que de forma embrionária e até mesmo sem a intensão de estancar a fúria do poder monárquico centralizado.

Destarte, o fenômeno da constitucionalização surge – e isso é da maior importância –, não apenas como meio de limitação do poder do soberano (do Estado), mas como um reconhecimento do poder dos súditos, isto é, do povo¹⁶.

O constitucionalismo nascente, tinha como objetivo principal, garantir os chamados direitos de primeira geração, que são aqueles direitos garantidos sem que haja necessidade de qualquer ação interventiva por parte do Estado. Aliás, o entendimento que havia e que ainda hoje tem honrosos argumentos dos que defendem, é que quanto mais o Estado deixasse de intervir na vida privada do cidadão era melhor. Nesta etapa do Constitucionalismo, a não intervenção do Estado era a característica principal. Não exigiam uma ação do Estado para que os direitos fossem garantidos. Mesmo que o Estado continuasse inerte esses direitos estariam garantidos. Para os que defendiam esse Estado Liberal, era cristalino que a iniciativa privada, por si só, era capaz de satisfazer-se de todas as suas necessidades sem depender da ação do Estado para atingir os fins sociais.

Com o advento das constituições escritas e rígidas o constitucionalismo clássico é formalizado. Com as revoluções liberais como a americana e a francesa, os direitos políticos e civis foram inseridos na constituição dando muito mais importância e segurança aos direitos estabelecidos e positivados¹⁷.

O Constitucionalismo teve grande fortalecimento a partir do processo de independência dos Estados Unidos, apresentando uma mudança de paradigmas que antes era calcado na servidão e com a independência americana passou a referendar a liberdade como direito de todos os cidadãos¹⁸. Cumpre destacar que embora tenha sido um passo importante para a nova hermenêutica constitucional, o direito à liberdade não era estendido a todos os cidadãos americanos, devendo a título exemplificativo destacar a horrenda segregação racial que perdurou por muito tempo.

¹⁶ BRAGA, Ricardo Peake. **Juristocracia e o fim da democracia. Como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder**. 1ª Edição. Londrina: Editora Educação, Direito e Alta Cultura, 2021. p. 33.

¹⁷ ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de. **Judicialização da política e ativismo judicial: O estado de exceção presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal**. 1ª edição. São Paulo: Editora LiberArs, 2020. p. 50-52.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e constituição: Direito e políticas públicas num mundo em transformação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021. p. 68-69.

Até meados do século XVIII as colônias inglesas viviam em aparente harmonia com a coroa, com o governo local sendo nomeado pela Inglaterra e dando o poder para as colônias escolherem os membros do legislativo.

Com o término da Guerra dos Sete anos, em 1763, a coroa inglesa possuía uma enorme dívida e não restava alternativa senão elevar o valor dos tributos e tributar mais produtos, tudo isso recaindo sobre o cidadão britânico e por consequência, as colônias deveriam arcar pelo menos com parte desse encargo.

Com as chamadas Lei do Açúcar em 1764 e a Lei do Selo em 1765 a Grã-Bretanha pretendia uma maior tributação dos produtos vindos da América do Norte pois esta era uma opção arrecadatória necessária para sair da enorme crise financeira que enfrentava. Ocorreu porém, que os colonos e os comerciantes coloniais, se revoltaram com a crescente tributação e exigiam uma representatividade perante a coroa, cunhando e alardeando a frase “sem representação não há tributação”. Chegou em um momento, após a Companhia da Índias Orientais adquirirem o monopólio sobre a importação de chá e com a realização da “Festa do Chá” em Boston, que o próprio Rei Jorge III reconheceu que “ou as colônia se submetem ou triunfam”¹⁹.

Com essa crescente revolta das colônias da América do Norte, por serem altamente taxados de impostos e por restrições às atividades econômicas e comerciais, elas resolvem romper com esse processo de harmonia com a metrópole e as forças americanas exigem que não sejam mais alvos de taxações feitas pela Coroa Inglesa sem que por outro lado possam ter assento na Casa das Leis.

As exigências feitas pelas colônias americanas não foram atendidas. Diante dessa negativa de representação na Casa Legislativa, o então conhecido “Novo Mundo”, passa a exigir a Independência firmada em três ideais bem claramente definidos: Liberdade, Propriedade e Felicidade.

Um panfleto político de autoria de Thomas Paine, escrito em janeiro de 1776, chamado Senso Comum, atacou fortemente a monarquia e referiu-se ao Rei como um tirano. Dizia Paine que ao povo americano não restava alternativa senão escolher a liberdade ou morrer sob jugo do tirano²⁰. Confirmou a história que o povo decidiu pela liberdade.

Entre os anos de 1775 e 1788, as colônias foram incentivadas a criarem as próprias constituições escritas. Foi designado nesse período, uma comissão que ficaria responsável pela elaboração da Declaração de Independência, tendo como

¹⁹ CONSTANTINO, Rodrigo. **Pensadores da Liberdade**. São Paulo: Editora Faro, 2021. p. 25.

²⁰ CONSTANTINO, Rodrigo. **Pensadores da Liberdade**. p. 24.

principal relator Thomas Jefferson. A declaração foi inspirada nas ideias de John Locke e foi assinada em 4 de julho de 1776, sendo considerado um marco na história da política e simboliza a independência das treze colônias americanas.²¹

Embora independentes, as treze colônias estavam divididas e não estavam aglutinadas para formarem um único estado. Somente em 1787, essas treze colônias se unificam e criam a Constituição Americana. Ela apresenta como ideia principal o Direito a Liberdade. Estes direitos estão detalhados no documento conhecido como “*Bill Of Rights*” (declaração de direitos) que é uma declaração de 1689 e estruturava o sistema monárquico parlamentar na Inglaterra, propondo limites às ações da Coroa perante o Parlamento e a definição da sucessão da Coroa que está vigente até os dias atuais. Foi através desta Emenda à Constituição que surgiram os direitos fundamentais individuais.

Diferentemente do que ocorre no Reino Unido, nos Estados Unidos a Constituição é escrita e desde sempre teve caráter jurídico e por esta razão passível de aplicação direta pelo Poder Judiciário.

Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em O Federalista e precedente jurisprudencial firmado em 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte²².

Com a assinatura da primeira constituição escrita do mundo moderno a Revolução Americana findou, atingindo o tríplice conteúdo que até os dias atuais se mantém inviolável e em pleno vigor, mantendo a independência das colônias, afastando o modelo monárquico que vigia desde os tempos do colônia inglesa, passando a implantar um governo constitucional que respeita a separação dos poderes, fundado na igualdade e na supremacia da lei.

Outro momento histórico e que contribuiu imensamente com a evolução do constitucionalismo se deu com a Revolução Francesa. Esta revolução marcou profundamente a mudança dos rumos da França e da humanidade nos períodos

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** p. 42.

²² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240: 1-42. Abr./Jun. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 23 mar. 2023. p. 60.

subsequentes²³. Tudo teve início em 1594 com a ascensão de Henrique IV ao trono. Neste reinado afirmou-se o poder real e o enfraquecimento dos senhores feudais, consolidando o estado nacional como base do “*Ancien Regime*” fundado no poder absoluto do monarca²⁴.

Os franceses entenderam que a forma de governar que estava em curso não servia mais para a França e, inspirados em ideias iluministas, resolveram escrever uma nova história.

A valoração do ser humano passa a ser o centro filosófico que desencadeou o movimento dos revolucionários franceses na noite de 14 de julho de 1789 em direção a Bastilha. Este momento foi o grande diferencial histórico que marcou, além da queda da Bastilha, a queda da Monarquia, transformando o estado absolutista em estado liberal, mudando a sociedade de feudal e aristocrata em sociedade burguesa.

Com as ideias iluministas o povo percebeu que não nasceu para ser pobre e dominado, mas deveriam e poderiam ser o centro do universo, com direitos e garantias fundamentais²⁵. Essa centralidade no universo e a valorização do ser humano acima de qualquer coisa, afrontou também o Poder da Igreja, tendo em vista que na visão desta, Deus era o centro de tudo e o ser humano era apenas uma criação divina que estaria na terra apenas para contribuir com a evolução da espécie mas que ao final, se seguisse os mandamentos celestiais, gozaria de uma vida plena ao lado do criador. Foi através do pensamento iluminista que o homem se colocou no centro do universo, ocupando um lugar até então habitado por Deus unipotente.

Foi um momento de grande turbulência na França, fazendo com que a Monarquia Absoluta que governava a séculos caísse em apenas três anos. A insatisfação popular aliada aos interesses da burguesia em implantar as ideias do iluminismo, retirou os privilégios da Aristocracia Francesa.

Em 1791 foi assinada um dos documentos mais importantes que se tem conhecimento e que trata da dignidade da pessoa humana a Declaração dos Direitos da Humanidade, reconhecendo, afirmando e assegurando que os Direitos Humanos, não importa se foram positivados ou não, são direitos que não precisam de

²³ BRAGA, Ricardo Peake. **Juristocracia e o fim da democracia. Como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder.** p. 28.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** p. 49.

²⁵ TOURINHO, Saul Leal. Direito constitucional: ativismo judicial e direitos fundamentais. In: **Ativismo judicial: histórico, análise e perspectivas.** (Cursos) PUC RS, 2023. <https://salavirtual.pucrs.br/curso/direito-constitucional-ativismo-judicial-e-direitos-fundamentais>. Acesso em: 06 set. 2022.

contemplação jurídica porque vem do direito natural e são devido a todos os homens do mundo. Isso é a conformação da Liberdade, da Igualdade e da Fraternidade, bandeira dos revolucionários. É neste momento da história que surge então a ideia do Constitucionalismo sociológico, político e jurídico que funda o Estado juridicamente e tenta controlar o poder de quem governa para garantir direitos aos cidadãos²⁶. Esse núcleo básico vai se ampliando e se aprimorando ao longo do tempo, chegando a tripartição dos poderes como meta de controlar o poder através de freios e contrapesos desenvolvido no pensamento de Montesquieu.

Do que fora até aqui exposto, conforme explica Canotilho, temos dois tipos de constitucionalismo, um antigo, que se preocupava especialmente com o controle do poder monarca e a produzir algumas garantias fundamentais e o constitucionalismo moderno que consistiria segundo o autor:

No movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político²⁷.

O aspecto evolutivo histórico do constitucionalismo trouxe também a modernização da forma de atuação do estado classificando os direitos em gerações²⁸. Inicialmente as primeiras constituições do mundo trataram quase que exclusivamente da liberdade. Entendiam que a felicidade e uma vida boa seria conquistada com a liberdade tão somente²⁹. A não intervenção do Estado era a característica principal desse período. Acreditavam que o Estado Liberal ao dar ampla liberdade à iniciativa privada era capaz de satisfazer, através desta, todas as necessidades da sociedade.

O ideal único de liberdade mostrou-se ineficiente com a Primeira Guerra Mundial. Os países todos praticamente destruídos entenderam que o mais importante além da liberdade era acabar com a miséria e a fome e reconstruírem o que tinham perdido. Percebem assim, que o Estado Liberal não era mais suficiente para satisfazer as necessidades do povo. Era urgente que o Estado saísse do ostracismo e agisse, o

²⁶ TOURINHO, Saul Leal. Direito constitucional: ativismo judicial e direitos fundamentais. In: **Ativismo judicial: histórico, análise e perspectivas**.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. São Paulo: Almedina, 2003. p. 52.

²⁸ TOURINHO, Saul Leal. Direito constitucional: ativismo judicial e direitos fundamentais. In: **Ativismo judicial: histórico, análise e perspectivas**.

²⁹ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: Impactos e efeitos na evolução da democracia**. Curitiba: Editora Juruá, 2015. p. 90-94.

Estado precisava entrar em ação pois somente a iniciativa privada não era suficiente para reerguer-se.

Foi nesse contexto que surgiram as constituições do México em 1917, a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Brasileira de 1934, que fazem surgir um novo estado, o Estado do Bem Estar Social, um estado mais sensível a miséria material, o Estado começa a pensar na pobreza, na educação, nas desigualdades sociais. Saímos do Estado Liberal para um Estado Social Liberal, porque mantem-se as liberdades da primeira geração e acrescenta-se as liberdades sociais necessárias da segunda geração.

Esse período, embora tenha apresentado alguma evolução como humanidade através dos ideários de libertários e sociais, não foi suficiente capaz de aglutinar-se ao redor de um objetivo comum de paz. A sociedade humana não foi capaz de saber conviver de forma pacífica e entender que a harmonia social e entre estados era o caminho correto para a evolução humana e social e eclodiu então a Segunda Guerra Mundial.

A partir desse período marcado por guerra e desordem mundial, os países começam novamente mudar suas Constituições. São mantidos os direitos de liberdade de expressão, livre associação e livre manifestação (Direitos de Primeira Geração), contempla os direitos sócio econômicos e culturais (Direitos de Segunda Geração), e vão além, abrem o seu leque para buscarem a paz. Entenderam naquele momento, que não basta todos aqueles direitos se eles forem colocados à disposição do ódio e da guerra. Então surge os chamados direitos da nova geração com a ideia de paz (diplomacia), ideia de Democracia, de vedação aos preconceitos, ideia de meio ambiente saudável e preservado, dentre outros tantos que são direitos pluri-individuais.

Até a Segunda Guerra Mundial, a lei era tratada como fonte quase exclusiva do direito e as constituições não possuíam força normativa. As constituições eram documentos políticos que não podiam ser invocados perante o judiciário na defesa dos direitos já que destinavam-se exclusivamente a organização política do Estado.

Com o segundo pós guerra, a constituição passa a ser percebida como a representação de um ideal moral universal e sua importância para o ordenamento jurídico é tanta que ela é considerada como a sustentação do mesmo³⁰. É o surgimento do chamado Neoconstitucionalismo ou Novo Direito Constitucional.

³⁰ ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de. **Judicialização da política e ativismo judicial: O estado de exceção presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal.** p. 53.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, identifica três fazes dessa transformação no Estado e no direito constitucional³¹:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (I) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (II) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (III) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

O neoconstitucionalismo surge para romper o positivismo jurídico, que acredita estar ultrapassado, e visa explicar o Estado Constitucional de Direito, negando as teses da separação entre Direito e Moral, procurando indicar uma concretização clara normativa que sofram influxos de vetores metajurídicos³².

Uma das principais funções do neoconstitucionalismo é explicar os textos constitucionais que começam a surgir a partir da década de setenta. Estas constituições passam a conter alto nível de normas materiais e substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. O objetivo principal do neoconstitucionalismo é, segundo Roberto Viciano Pastor³³, converter o Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito. Já Lenio Luiz Streck³⁴ atribui três elementos para o surgimento do neoconstitucionalismo: a) novos textos constitucionais; b) nova teoria da constituição e; c) nova postura jurisprudencial.

Podemos perceber atualmente, que esta nova forma de interpretar a constituição, trazendo elementos subjetivos na formação da convicção pessoal do julgador; a normatização dos princípios; a centralidade da constituição no ordenamento jurídico; a aproximação entre direito e moral; a superação do positivismo jurídico com o chamado pós-positivismo e o protagonismo atribuído ao Poder Judiciário, são um campo fértil para que, na justificativa de garantir os direitos individuais, direitos humanos e fundamentais, surjam decisões judiciais ativistas que,

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. p. 31.

³² POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trota, 2003. p. 188.

³³ PASTOR, Viciano Roberto; DALMAU, Rúben Martinez. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano, em AA.VV. El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 96.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Casa do Direito, 2020. p. 249.

se tomadas de forma desregulada e ilimitada, poderão afetar a democracia, tendo em vista que a vontade popular poderá ser substituída pela vontade do Judiciário, correndo-se o risco de cairmos numa juristocracia, ferindo mortalmente o Estado Democrático de Direito. Por outro lado, cabe ao Poder Judiciário, com o destaque que lhe dá a constituição, fazer com que a vontade das majorias não atinjam o direito das minorias.

1.3 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO BASE DISCURSIVA PARA TEORIA JURÍDICA

No Brasil o Neoconstitucionalismo apresenta como momento histórico originário a Constituição Federal de 1988 e busca explicar teoricamente o Estado Constitucional do Direito apresentando um pensamento contrário aos juspositivistas que afastavam por completo ou o máximo possível, o direito da moral. Neste novo paradigma do Constitucionalismo, a moral pode e deve ser aproximada do direito para que a garantia e efetivação dos direitos constitucionais possam ser alcançados. O juiz passa a decidir de acordo com o direito e a moral, ou seja, a vontade do juiz poderá em casos específicos de garantias de direitos fundamentais, se sobressair a do legislador.

O pós-positivismo entendeu que as normas constitucionais deveriam ser interpretadas de acordo com preceitos éticos, morais, filosóficos e políticos, abandonando a ideia de que a lei era a fonte quase exclusiva do direito.

Miguel Carbonell apresenta três aspectos que ajudam a definir ou indicar o papel norteador do pensamento neoconstitucionalista.

A existência de textos constitucionais veiculadores de amplos catálogos de direitos fundamentais; a transformação nas práticas jurisprudenciais da jurisdição constitucional, com o trabalho de valores consagrados no texto, a partir da utilização de uma nova hermenêutica, com técnicas de ponderação, razoabilidade, e a perspectiva da máxima efetividade dos direitos; e o papel da doutrina.³⁵

O ideal do neoconstitucionalismo é a busca da justiça na solução das demandas, ponderando-se as circunstâncias valorativas desta busca, valorando

³⁵ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**: elementos para uma definição. In: GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. Judicialização da política e ativismo judicial: contornos democráticos da atuação do judiciário. São Paulo: Editora Dialética, 2022. p. 73.

significativamente os princípios constitucionais, que agora passaram a ter maior normatividade e estão aptos a justificarem a decisão judicial.

Ronald Dworkin, diz que os princípios possuem dimensão de peso ou importância, por meio da ponderação, que conduzem ao melhor desfecho pelo intérprete no caso concreto:

[...] os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem e o quão importante ele é.³⁶

A subjetividade do julgador, pode em certa medida, trazer insegurança jurídica tendo em consideração os valores sociais com a moralização do fenômeno jurídico. Entretanto, o Neoconstitucionalismo não deve ser confundido com o ativismo judicial. Este é uma alternativa que pode se apresentar bem mais concreta a partir de uma interpretação jurídica mais propensa a normatização dos princípios constitucionais.

O neoconstitucionalismo não postula o surgimento de um *judicial power*, os marcos normativos devem ser obedecidos pelos poderes estatais, mas o ativismo judicial ainda pode ser uma alternativa para dar efetividade a esses direitos. O problema é a subjetividade e a insegurança que pode advir de um ativismo exacerbado³⁷

Durante o período militar no Brasil, o neoconstitucionalismo não encontrou guarida. O direito constitucional era rígido e direcionava o conteúdo jurídico sem a ponderação dos princípios. Foi somente com a Constituição de 1988 que passamos a falar em princípios constitucionais normativos e mais presentes nas decisões judiciais. Questões sociais passaram a ser também problemas jurídicos e não somente políticos. O judiciário viu-se incumbido de uma função social-moral anteriormente impensável.

O velho constitucionalismo fazia do jurista um técnico que se reputava neutro, cuja operacionalização da subsunção o fazia depender apenas pouco de sua capacidade teórica. O campo da política, e não o direito, é que fazia o grande

³⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 75.

³⁷ FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e atividade judicial**: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012. p. 18.

jogo do combate social estrutural e da transformação social. Com o neoconstitucionalismo, o mundo do direito se torna um pouco mais político, e, para isso, na ponderação e não mais na subsunção, as energias teóricas do jurista são agora reclamadas ao limite, mas apenas para o resultado de um ajuste social médio³⁸.

No novo modelo constitucional, o julgador não é apenas um aplicador automático da lei no caso concreto como dizia Montesquieu³⁹, ele deve buscar na norma e se não encontrar, na moral, nos princípios e no contexto social, a melhor forma de decidir com justiça. A nova forma de interpretar a constituição abriu ao juiz um amplo e irrestrito meio de justificar e fundamentar a sua decisão. A busca pela justiça e pela efetivação dos direitos fundamentais não pode encontrar óbice na lei infraconstitucional, na morosidade legislativa ou qualquer outro elemento político ou social. O julgador deve julgar buscando o resultado justo da decisão e não apenas a aplicação fria da lei não se importando com elementos atrelados à justiça.

[...] não há como sujeitar a jurisdição ao mero controle negativo da lei. A realização da justiça, dentro do caso concreto, é a tarefa do juiz no processo, não algo já dado no preceito legal. A ideia de plenitude do ordenamento jurídico não passa de uma concepção filosófica de inspiração positivista, predominante no século XIX, mas hoje superada pelos modernos postulados da Filosofia do Direito. Daí ressaltar a importância da hermenêutica jurídica que, enquanto trabalho de descoberta, é uma atividade criativa que consiste na aplicação do conjunto sistemático de princípios e regras jurídicas ao caso concreto sempre tendo em vista, como resultado, a justiça da decisão.⁴⁰

O processo interpretativo do direito está portanto, nas mãos do juiz, que pode decidir de acordo com sua consciência. Esse é o novo posicionamento que confronta o positivismo jurídico. Para os positivistas, esta nova hermenêutica constitucional, se aplicada de forma ampla, poderá gerar insegurança jurídica por suavizar a aplicação do sistema de freios e contrapesos pois a separação entre os poderes sofre uma grande relativização com grande influência do Poder Judiciário sobre os demais.

Convergem os autores positivistas e pós positivistas que o direito não pode se tornar um apêndice da moral e que o texto legal deve ser o caminho a ser percorrido até se chegar a decisão judicial. No entanto, divergem quanto ao papel do juiz. Para os pós positivistas, o juiz não deve ficar restrito ao texto normativo quando este for insuficiente para garantir a efetivação dos direitos fundamentais. No confronto entre a

³⁸ FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e atividade judicial**: do passivismo ao ativismo judicial. p. 45.

³⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Scondat. **O Espírito das leis**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva2000.

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. p. 395.

norma e a garantia de direitos fundamentais são estes que devem ser garantidos, mesmo que para tanto tenha que haver uma interpretação filosófica do direito. Para os positivistas esse papel progressista interpretativo do juiz coloca em risco a autonomia legislativa do congresso nacional, dando uma autorização legiferante também ao poder judiciário que poderá, segundo eles, criar um direito para cada caso concreto e por consequência gerar uma desestabilização jurídica que enfraqueceria a democracia e o estado constitucional de direito.

O papel principal e primordial das Constituições que vinha calcado deste a Carta Magna de 1215, que era o de limitar o poder de quem estivesse no comando da nação, embora volumosas exceções, se esvaziou. Atualmente, não devemos ou pelo menos não deveríamos, nos preocupar com a implantação de governos absolutistas. Assim, o objetivo principal do constitucionalismo clássico que era o de limitar o poder dos governantes, perde espaço e outros objetivos são buscados através de nova hermenêutica de interpretação constitucional.

O caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais, enquanto que o constitucionalismo clássico buscava limitar o arbítrio, dentro do delineamento das separação dos poderes.⁴¹

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso⁴², apresenta uma evolução do constitucionalismo e de todo o processo evolutivo do direito constitucional, através de três marcos: histórico, teórico e filosófico. O marco histórico fora até aqui amplamente explanado neste estudo sendo que o mesmo não difere do pensamento do autor. O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo, que surge da confluência entre jusnaturalismo (a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia do direito) e juspositivismo (final do século XIX, equiparou o direito à lei, afastou-o da filosofia).

Superada essa fase, surge uma ampla discussão sobre o novo pensamento do direito, dando ênfase a sua função social.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição normativa aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais

⁴¹ FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e atividade judicial**: do passivismo ao ativismo judicial. p. 24.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil.

edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia.⁴³

O marco teórico indicado por Barroso como sendo o transformador do pensamento relativo à aplicação do direito constitucional, divide-se em três grandes transformações: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.⁴⁴

A partir do século XX a interpretação jurídica tradicional perde força, n entanto é salutar destacar que este tipo de interpretação constitucional ainda existe e mantém seus fundamentos intactos e inegavelmente contribuem de forma proeminente para a manutenção da segurança jurídica. Porém, surge, como consequência de elaboração doutrinária e jurisprudencial, embora esta ainda em fase de produção, uma nova forma de interpretar a constituição onde as premissas ideológicas sobre as quais se baseava o sistema de interpretação tradicional deixaram de apresentar resultados significativos. Foi ampliado o papel da norma e do juiz, sendo aquela vista além do relato do texto e a este, foi erigido como coparticipante do processo de criação do direito, atuando como um complemento ao legislador ao valorar a norma de acordo com seu sentido e a realizar escolhas entre soluções possíveis.

Os neoconstitucionalistas buscam construir teorias que sejam compatíveis com a nova forma de interpretar o direito e a constituição em substituição ao positivismo tradicional. A teoria da argumentação e a discussão de métodos são buscados no neoconstitucionalismo para que se tenha a melhor resposta para os casos difíceis do direito, buscando a valoração prática da razão.

Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geométrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.⁴⁵

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. p. 47-48.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. p. 48.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 23 abr. 2023. p. 03.

Como as regras não são suficientes para solucionar em abstrato todos os problemas jurídicos e também o papel do juiz não se restringe a apenas identificar a regra aplicável ao caso concreto, podemos destacar que nesses casos o juiz torna-se sim coparticipante do processo de criação do direito ao lado do legislador. Porém isso não significa o completo abandono de critérios racionais e objetivos em substituição pela presença subjetiva, voluntarista ou valorativa do juiz e tão pouco que este passe a ser um segundo poder criador de direitos através de bases legislativas. Ao juiz caberia ampliar o direito positivado no sentido que ele pudesse alcançar uma maior efetividade nas garantias fundamentais dos cidadãos.

No Estado Democrático de Direito, não se admite que as decisões judiciais sejam tomadas por critérios puramente emotivos ou pela citação vaga de princípios, sem a criteriosa análise do caso concreto e desacompanhada de argumentação jurídica sólida. Quanto mais vaga é a norma, maiores devem ser os ônus argumentativos do intérprete⁴⁶.

O Neoconstitucionalismo trouxe grandes transformações na forma de interpretar a constituição e considerável avanço no que diz respeito a garantia dos direitos fundamentais. Embora isto pareça ser uma tendência clara para a doutrina, está longe de ser unânime sua aceitação, podendo encontrar resistências doutrinárias de grande vulto, que acreditam que essa nova hermenêutica poderá trazer um déficit de representatividade no processo democrático e por consequência a imposição de uma juristocracia que viria ferir de morte o Estado Democrático de Direito, principalmente com surgimento de decisões ativistas que refletiriam mais a vontade política e ideológica do juiz do que a força do Estado para resolução dos conflitos.

1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO ENTENDIDO A PARTIR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA SUBSTANCIALISTA

O conhecimento pelo menos básico do que defendem os positivistas é importante para então podermos tratar da hermenêutica filosófica substancialista.

O positivismo jurídico buscou sempre um conceito de direito que não fosse afeado pela moral e pela política, formando um conceito de direito autônomo dos demais institutos. Essa corrente vem enfrentando sérios desafios no mundo contemporâneo, especialmente quanto a sua teoria pura. O seu principal crítico é

⁴⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. p. 400.

Ronald Dworkin que em sua Obra *Levando os Direitos a Sério*⁴⁷, apresenta suas razões à crítica do positivismo entendendo que não há como formar um conceito de direito puro e a aproximação entre direito e moral e direito e política é inevitável.

Dworkin diz que o positivismo jurídico tem facilidade de aplicabilidade nos casos comuns e fáceis, no entanto tem grande dificuldade em resolver o que chama de *hard cases*. Segundo o autor, seriam duas as razões dessa limitação positivista em resolver os casos difíceis: ou pela inexistência de uma regra aplicável ao caso, ou pela necessidade de apelar para a discricionariedade do juiz, que neste caso poderia escolher entre os padrões ou princípios morais que poderiam ser aplicáveis.

De forma contrária, os positivistas acreditam que os princípios e as políticas não são regras válidas acima do direito e sim padrões extrajurídicos que cada juiz escolhe diante da sua discricionariedade. Disso resulta a discordância de Dworkin ao positivismo jurídico pois, segundo ele, a discricionariedade do juiz para resolver os *harde cases* não é a melhor alternativa para a solução do caso concreto, devendo o juiz verificar e aplicar o melhor princípio moral vigente, equânime e coerente com a tradição ao decidir.

Contrariando o positivismo jurídico, mas não superando ou extinguindo sua importância para o direito, Dworkin apresenta em praticamente toda sua teoria, a necessária aproximação e relação entre direito e moral. A teoria do direito segundo ele, deve-se utilizar de argumento moral para enfrentar os casos difíceis como problemas de teoria moral⁴⁸.

O positivismo jurídico defende fervorosamente que no conceito de direito deve estar afastada a referência da moral. No entanto, conforme alguns autores, dentre os quais se destaca Jürgen Habermas⁴⁹, isto não quer dizer que o direito não tenha relação nenhuma com a moral. Habermas utilizando-se do discurso da linguagem, afirma que ninguém nega as relações, semelhanças e intimidades entre direito e moral, mas isto não significa dizer que o conceito de direito deva conter elementos de moralidade, ainda mais na chamada teoria pura do direito.

Conforme acima mencionado, estão sendo feitos estudos visando uma nova hermenêutica jurídica que substitua o positivismo por entenderem que esta filosofia do direito está superada. Surgem então várias alternativas ao positivismo, chamadas pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, que combinaram positivismo jurídico e

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 12.

⁴⁹ HABERMANS, Jürgen. **Direito e moral**. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Editora Instituto Piaget, 1999.

jusnaturalismo, principalmente no que diz respeito à influência moral dos princípios contidos na Constituição⁵⁰.

Transformar o direito numa ciência foi, e continua sendo, um dos objetivos da teoria jurídica a partir século XX. Partindo, neste sentido, desde a Teoria Puro do Direito de Hans Kelsen até a Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, “procurou-se construir, sob diferentes pressupostos epistemológicos, um estatuto de cientificidade para o Direito”⁵¹.

Constatada a deficiência das análises positivistas e das perspectivas programáticas, a ideia de uma justiça política e da invenção democrática passou a ser um grande desafio para a sociedade.

Este percurso acompanha também a passagem do modelo de Estado ‘Policial’ do começo do século ao Estado Interventor (e a sua crise) dos dias atuais, nos quais a noção tradicional de Estado alterou-se drasticamente. Nesta linha de ideias, necessita-se de uma nova teoria do Direito apta a compreender este crucial panorama político-social, histórico e ético⁵².

A partir deste novo contexto e dessa nova hermenêutica jurídica, especialmente no que diz respeito à superação do positivismo jurídico, surge a matriz neopositivista⁵³ como forma de interpretar a ciência do direito e a matriz neoconstitucionalista que observando os mesmos parâmetros, faz uma nova interpretação da teoria constitucional, dando enfoque centralizador à Constituição.

Deste modo, a filosofia constitucional e política nos últimos tempos passaram a utilizar espaços cada vez mais comuns pois ambas compartilham de ideias que passam pela reflexão de valores morais, anteriormente afastadas pelo positivismo. Quanto ao objeto também são vários os pontos de convergência e de divergência entre ambas. Apenas a título exemplificativo podemos destacar temas como liberdade, igualdade, direitos fundamentais, divisão de poderes e o estudo sobre os papéis desempenhados pelo Estado.

A Constituição se tornou objeto comum de disputas entre a filosofia constitucional e a filosofia política, e em torno disso, percebe-se o direito e a política como indissociáveis. Deve haver uma linha divisória entre ambos, no entanto, esta as vezes parece inexistir quando em outras se torna bastante confusa.

⁵⁰ FROEHLICH, Charles Andrade. **O positivismo jurídico e a diferenciação entre direito e moral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 194.

⁵¹ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2ª Edição. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003. p. 83.

⁵² ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. p. 83.

⁵³ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. p. 85.

O positivismo jurídico, conforme visto, pelo menos no período iniciado com o pós guerra, não apresenta elementos suficientes para tratar questões envolvendo *hard cases* e a discricionariedade do juiz. As teorias pós-positivistas vêm tentando ampliar a forma de atuação e interpretação da decisão jurídica justamente para adaptar-se a esse novo modelo.

Lenio Streck ao tratar do pós-positivismo (chamado também de neopositivismo), inclui entre os defensores deste posicionamento jurídico, os que têm uma matriz neoconstitucionalista baseada na obra de Miguel Carbonell, “também vinculada a uma perspectiva mais analítica e às teorias da argumentação”⁵⁴. A postura do Poder Judiciário e, especificamente do magistrado, com o pensamento neoconstitucionalista apresenta uma nova e clara hermenêutica interpretativa do direito que deve ser estudado a partir de duas correntes distintas no que concerne ao papel da constituição e da jurisdição constitucional: A corrente substancialista e a corrente procedimentalista.

Principalmente em demandas envolvendo direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais, o neoconstitucionalismo enfrenta essa dicotomia no tocante ao papel da jurisdição constitucional, apresentando as duas ideias distintas, a dos substancialistas e a dos procedimentalistas⁵⁵. Estas duas teorias são as principais alternativas ao positivismo jurídico, embora se reconheça que não sejam as únicas que apresentam uma fundamentação convincente.

O Substancialismo, o Procedimentalismo e o Pragmatismo são reputados pensamentos pós-positivistas na medida em que superam, eu uma ou outra plataforma, as marcas positivistas clássicas de separação entre direito e moral, preponderância de regras sobre princípios jurídicos, critério formal de validade de normas em um sistema jurídico escalonado, aplicação do direito baseado na lógica da subsunção e discricionariedade judicial na resolução de casos difíceis (*hard cases*).⁵⁶

Para os adeptos da teoria do procedimentalismo a Constituição tem o papel exclusivo de definir as regras da política e garantir a democracia. Entendem que as decisões políticas, econômicas, morais, substanciais e aquelas consideradas como

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. p. 338.

⁵⁵ GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**: contornos democráticos da atuação do Judiciário. São Paulo: Editora Dialética, 2022 p. 88 e 89.

⁵⁶ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Teoria complexa do direito. In: SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law – Volume 2. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 36 e 37.

hard case devem ser tomadas no campo social e político, com a mudança das regras de acordo com a vontade popular e dos representantes do povo eleitos para este fim.

Por outro lado, os substancialistas defendem que a Constituição tem o papel pro ativo no sentido de ser suficientemente capaz por si só de embasar decisões que não foram tomadas no campo político, social, econômico e moral. Neste sentido o Judiciário é capaz de, embasado na Constituição, ultrapassar a barreira ideológica e decidir de acordo com os princípios constitucionais mesmo que ainda não exista uma norma estabelecida para ser aplicada no caso concreto. Nesta concepção, o Judiciário assume o protagonismo em relação aos demais Poderes e passa a concretizar o direito de acordo com o seu entendimento, seja este entendimento político, social, econômico ou até mesmo ideológico.

A essência do pensamento dos autores substancialistas permite conceituar a corrente como “classificação das propostas pós positivistas baseadas na possibilidade de controle do resultado material das decisões judiciais, com o objetivo de assegurar a promoção do conteúdo principiológico ou axiológico da Constituição ou da moral”⁵⁷.

Lenio Streck ao se referir ao papel da jurisdição constitucional afirma que ele será definido de acordo com a adoção de uma teoria procedimental ou de uma teoria material-substancial.

Parece não haver dúvidas de que esse debate é de fundamental importância para a definição do papel a ser exercido pela jurisdição constitucional. A toda evidência, as teses nessas matérias colocam ênfase na regra contramajoritária (freios às vontades de maiorias eventuais), o que, para os substancialistas, reforça a relação Constituição-democracia: para os procedimentalistas, entretanto, isso enfraquece a democracia, pela falta de legitimidade da justiça constitucional. Uma jurisdição constitucional interventiva ‘coloniza’ o mundo da vida, na acepção de Habermas, corifeu da teoria procedimentalista do direito⁵⁸.

Desta forma para o autor, a teoria substancialista agiria como substitutiva da vontade popular, ou pelo menos, se adiantaria a ela na aplicação de um direito que poderá não representar a vontade da maioria. Segundo os substancialistas, não haveria a necessidade de aguardar a proclamação da norma pelos meios ordinários (parlamento) já que a Constituição, através de seus princípios, apresentaria os

⁵⁷ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Teoria complexa do direito. In: SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. p. 54.

⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011. p. 80.

requisitos necessários para que o Judiciário pudesse aplicar o direito interpretando a Constituição, mesmo que não houvesse uma normatização no caso concreto.

Já Jürgen Habermas apresenta uma posição mais contida sem no entanto sucumbir com o positivismo, entendendo que caberia a jurisdição constitucional a solução de apenas alguns “desvios no processo de representação popular e que visasse com isso a efetiva participação do povo no poder e a participação política das minorias”.⁵⁹

Os procedimentalistas criticam a forma de interpretação da jurisdição constitucional substancialista, afirmando que estes, por agirem julgando casos complexos e difíceis sem a existência prática de uma norma jurídica aplicável ao caso, estaria afastando do povo o direito de representação, juntamente com o afastamento da necessidade de criação social do direito e isso enfraqueceria a democracia calcada na representação popular. Os adeptos da teoria substancialista, por outro lado, rebatem tal crítica afirmando que em uma sociedade desigual, onde existem inegáveis diferenças de oportunidades, a efetivação dos direitos fundamentais só ocorre se fugir da alçada unicamente política e passando também para a esfera de atuação judicial. E a garantia dos direitos fundamentais mínimos é que proporciona a vivência democrática.

Conseqüentemente, os direitos fundamentais são mantidos na esfera meramente discursiva (retórica), em prejuízo da própria autonomia provada, quando não se assegura o mínimo de meios materiais, educacionais e culturais. Assim, não há efetiva democracia quando as normas constitucionais não são concretizadas por falta de avanços sociais. Somente garantindo as condições mínimas do exercício da cidadania, presente na tutela dos direitos fundamentais, é que se permite o exercício democrático.⁶⁰

Portanto, a razão essencial dos direitos fundamentais é a justiça obtida através da concretização de valores elementares como igualdade, liberdade e dignidade. Não existe segurança de que uma norma, por ser abstrata, e tenha que ser interpretada no caso concreto e uma lei, que pode ser criada sem o mínimo de justiça social, possam ser sempre justas. Através da lógica interpretativa substancialista da Constituição, acreditam seus defensores que tem mais capacidade de alcançar a justiça do que a aplicação direta da lei ou da norma no caso concreto.

⁵⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. p. 372.

⁶⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. p. 376.

Uma questão fundamental para a compreensão das duas teses até aqui expostas é a de que uma não pode simplesmente destruir a outra, ou seja, não podemos adotar um modelo puramente procedimentalista da constituição ou adotarmos outro modelo puramente materialista. A tutela dos direitos fundamentais pelo judiciário não deve significar que a Constituição seja a Lei Suprema de onde tudo deriva indistintamente. Ela, “deve vincular o legislador aos direitos fundamentais, impedindo que se crie uma discricionariedade substancialmente ilimitada”⁶¹.

Ronald Dworkin, um dos expoentes da teoria substancialista, tem entendimento contrário ao de Habermas no que tange ao papel do judiciário, principalmente quanto a legitimidade dele no papel interpretativo da Constituição. Para Dworkin “a legitimidade do judiciário não é proveniente do cumprimento de exigências procedimentais, mas da missão constitucional de proteger os direitos que o autorizaria a intervir na seara política”⁶².

A jurisdição como instância de concretização de conteúdos constitucionais, identificada nas sociedades contemporâneas é uma tendência visível por exemplo nas atuações do Supremo Tribunal Federal brasileiro que, vem protagonizando vários exemplos de decisões substancialistas onde interpretam a constituição com a finalidade clara de concretizar direitos fundamentais nem que para tanto exista a necessidade da criação judiciária do direito. O entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal brasileiro, é no sentido de que o magistrado está autorizado, por uma visão neoconstitucionalista, a ser proativo na criação do direito. A evidente crise existente entre a sociedade e o estado atinge também as esferas judiciais que se veem compelidas a julgarem fatos cada vez mais complexos e difíceis e portanto além de uma interpretação constitucional que aproxima moral e direito, muitas vezes precisam criar novos direitos para poderem adequar suas decisões.

Esse crescimento da criatividade jurisdicional apresenta várias causas justificadoras conforme indica Bruno Makowiecky Salles e que conduz à intensificação do controle das atividades do poder legislativo e executivo por parte do Judiciário:

Dentre elas destaca-se a superação da lógica positivista que reduz o direito à interpretação da lei, ignorando elementos voluntarísticos de escolha judicial. A transformação do papel do direito no Estado de *welfare state*, inserindo componentes intervencionistas e promocionais, também como causa, ao pressupor a edição de leis vagas, com larga avenida para interpretação

⁶¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. p. 378.

⁶² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. 2ª edição. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2005 p. 93.

discricionária... crise de representatividade e na lentidão do Parlamento... a proclamação de um catálogo de direitos fundamentais, nas Constituições e Tratados Internacionais, a massificação das lides e o aparecimento das ações coletivas para a tutela dos direitos transindividuais⁶³.

Essa criatividade judiciária, no entanto, não deve ser tamanha a ponto de igualar em tudo os juízes aos legisladores. Essa aproximação entre ambos ocorre somente no âmbito substancial e jamais no aspecto processual onde as diferenças entre eles permanece acentuada, onde o juiz está limitado ao processo jurisdicional e o legislador ao processo político⁶⁴.

Podemos então acentuar que para a teoria substancialista, oriunda do movimento neoconstitucionalista e que mais se alia a ele, o judiciário atua regularmente ao garantir a efetividade dos princípios e valores constitucionais e morais, notadamente dos direitos fundamentais. A concretização desses conteúdos se dá com decisões criativas e que controlam a vontade política infraconstitucional, suprimindo omissões ou proteções insuficientes dos demais Poderes. Dessa forma o Poder Judiciário torna-se proeminente em relação ao Poder Legislativo e Executivo, colocando-se como a última trincheira para a concretização dos direitos fundamentais⁶⁵.

Pelo que pode ser observado neste capítulo, existe uma clara tendência em atribuir ao Poder Judiciário a competência de interpretar e também de criar o direito em certas circunstâncias, principalmente nos *hard cases*. A tendência, neste momento da história brasileira, é um judiciário mais propenso às ideias defendida pelos substancialista e isto faz com que possam existir decisões com fundamentos na moral e na subjetividade do julgador, incorrendo desta forma, no que usualmente vem sendo chamado de ativismo judicial, instituto este que será objeto de estudo mais aprofundado no capítulo seguinte.

⁶³ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Commun Law – Volume 2. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 38.

⁶⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law e Commun Law*. p. 390.

⁶⁵ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law e Commun Law*. p. 54-55.

2 ATIVISMO JUDICIAL: UM MÉTODO CRIATIVO E EXPANSIVO DE INTERPRETAR O DIREITO

2.1 ATIVISMO JUDICIAL: ORIGEM E (IN)DEFINIÇÃO CONCEITUAL

O protagonismo do Poder Judiciário no Brasil, mais especificamente advindo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal é inegável. Todos os dias os meios de comunicação estão apresentando decisões da Suprema Corte, as vezes tecendo eloquentes elogios e muitas vezes criticando ferozmente, atribuindo a Corte a função de “rasgão da Constituição”, fazendo uma paródia com a conhecida função atribuída ao órgão constitucional de “guardião da Constituição”.

Em âmbito geral, toda decisão que não faça parte dos interesses ideológicos de determinados grupos, é pejorativamente cunhada de decisão ativista, não importando o posicionamento ideológico, seja ele de direita ou de esquerda. Criou-se no Brasil um estigma que a decisão que não se alinha a visão política, social ou econômica que acredito ser a correta, é ativista e portanto deve ser combatida. Estes posicionamentos demonstram que não existe sequer consenso sobre a conceituação do ativismo judicial e sua caracterização. Até mesmo a doutrina mais especializada não está conseguindo individualizar e especificar de forma clara o ativismo judicial através de um conceito unificado e objetivo que vise clarear de vez todas as embaçadas posições, sejam elas técnicas ou de senso comum.

A expressão ativismo judicial está muito em voga atualmente, sendo discutida em praticamente todos os locais públicos, dentro e fora dos ambientes acadêmicos. Cada um tem a sua versão, principalmente sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e que envolvam algum escopo político. Todos indistintamente avaliam as decisões, tenham ou não conhecimento técnico jurídico para tanto.

Mas afinal, qual a origem do termo ativismo judicial? O termo ativismo judicial (*judicial activism*) foi cunhado pela primeira vez na edição da revista *Fortune* em janeiro de 1947, numa matéria intitulada “*The Supreme Court*”, assinada pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. Esta revista tratava-se de um periódico e dedicado ao público leigo e não tinha a intenção de definir conceito ou apresentar um estudo mais aprofundado sobre o nascente termo que desce azo a criação de uma nova categoria jurídica. A matéria apresentada dizia respeito às posições tomadas pelos nove ministros da Corte Americana, sendo que o autor dividiu os mesmos em dois grupos: os “ativistas judiciais” e os “campeões de autocontenção”. Pelo fato do artigo publicado ter um cunho informativo ele não apresenta o rigor formal capaz de

apresentar conceito definido do termo. No entanto, vários pontos importantes que até hoje fazem parte do debate, aparecem descritos na matéria.

Schlesinger descreve os juízes ativistas como aqueles que se utilizam de sua função para impor suas preferências políticas e sociais, considerando a argumentação jurídica como variável, sem objetivo e sem cientificismo necessário para pautar suas decisões. Por outro lado, os juízes campeões de autocontenção, segundo o autor, tomam suas decisões com base na determinação legislativa, ou seja, na lei, mesmo que o resultado obtido não seja aquele que almejavam ou desejavam. Para estes juízes o direito possui uma objetividade capaz de superar a superioridade da sabedoria dos juízes. A Constituição, as Leis e a *common Law* deveria ser a base inarredável da decisão a ser tomada⁶⁶.

Considerando os parâmetros apresentados por Schlesinger em sua publicação de 1947, podemos observar que ainda antes desse período a ideia de ativismo já havia externado nos tribunais e na Suprema Corte Americana. Os parâmetros apresentados pelo autor para classificar uma decisão ou um juiz como ativista já tinham sido incutidos em decisões anteriores. O tema já havia sido abordado logo após a fundação dos Estados Unidos ao se adotar o sistema de controle de constitucionalidade. Thomas Jefferson e os membros do Partido Democrata-Republicano ainda no final do século XVIII e início do século XIX já criticavam a atuação do Poder Judiciário alegando que estaria desrespeitando a vontade popular e dessa forma ameaçando a democracia⁶⁷.

O emblemático caso *Marbury v. Madison*⁶⁸, julgado em 1803 na Suprema Corte Americana, foi o primeiro que julgou inconstitucional uma lei federal e declarou sua nulidade, marcando assim a história mundial do constitucionalismo. Essa decisão

⁶⁶ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. Londrina: Editora Thoth, 2022. p. 23-24.

⁶⁷ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial**: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas. p. 22.

⁶⁸ “O caso envolveu William Marbury na Suprema Corte em face do Secretário de Estado James Madison, com o propósito de obrigar o último a outorgar-lhe os poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo para o qual havia sido nomeado no final do governo de John Adams. Ao tomar posse em 1801 o presidente Thomas Jefferson ordenou a Madison a negativa da investidura do Marbury. A Suprema Corte, liderada por Marshall, reconheceu tanto o direito de Marbury ao cargo como se tratar a hipótese de jurisdição originária na forma estabelecida pela Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Contudo, a Corte negou o pedido formulado sob o fundamento de que a Constituição, em seu artigo III, não lhe outorgara essa jurisdição originária, mas tão somente jurisdição em sede de recurso para julgar esse tipo de demanda. Por isso, o Congresso não podia, por meio da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, ter expandido sua jurisdição para além do estabelecido no texto constitucional. Ela reconheceu que a controvérsia atraía sua competência originária igualmente estabelecida, mas que esta era inconstitucional. (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2014. Pag. 51).

foi tomada sem que houvesse claramente no texto constitucional de 1787 qualquer medida que previsse o controle judicial de constitucionalidade o qual já nascia argumentativamente ativista.⁶⁹

Durante o final do século XIX até por volta de 1930, conhecida como a “*Era Lochner*” a Suprema Corte Americana derrubou algumas legislações que favoreciam uma maior intervenção do Estado na economia. Estas decisões foram vistas como vagas, de caráter economicamente libertário e sem que houvesse uma norma constitucional clara. Inicia-se aqui a grande discussão que rendeu acirrados debates para saber se o Tribunal teria a competência de derrubar leis que, conceitualmente estariam amparadas pela vontade popular e sendo positiva a resposta, se esta não seria uma usurpação judicial das atribuições do Congresso⁷⁰. Podemos perceber que a preocupação central sempre se orientou pela força do poder. Cada Poder busca garantir em maior grau a sua tentativa de fomentar um arcabouço maior de força para interferir no meio social, econômico e político.

O artigo publicado por Arthur Schlesinger Jr. apenas cunhou o termo ativismo judicial, mas como visto, as decisões que se enquadravam nos parâmetros tidos como ativista já vinham ocorrendo. A matéria publicada, por ser de caráter apenas informativo, não se preocupou em conceituar ativismo judicial, deixando esse legado para os doutrinadores vindouros. Ocorre que até os dias atuais, a doutrina não conseguiu um consenso em torno de um conceito que fosse capaz de individualizar o ativismo judicial.

A dificuldade de conceituar de forma clara e individualizada Ativismo Judicial não é uma preocupação exclusiva da doutrina brasileira. Por ocasião do centenário da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos Leonardo García Jaramillo apresentava a mesma preocupação:

La idea de activismo judicial no es fácil de definir. Como sucede con otros conceptos de reciente acuño – multiculturalismo, neoconstitucionalismo, democracia deliberativa, posmodernidad... -, puede significar muchas cosas para diferentes personas em un rango que oscila desde la concepción peyorativa del concepto, que se usa como arsenal crítico em contra de académicos y magistrados, hasta su concepción elogiosa que se utiliza para destacar logros alcanzados por sentencias progressistas⁷¹.

⁶⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 30-31.

⁷⁰ ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. p. 23.

⁷¹ JARAMILLO, García Leonardo. **Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión em clave neoconstitucional**. Instituto de Estudios Constitucionales. 1ª edição. Impreso y hecho em México, 2016. p. 91. Tradução livre: “A ideia de ativismo judicial não é fácil de definir. Tal como acontece com outros conceitos recentemente cunhados – multiculturalismo,

Percebe-se que também nos meios acadêmicos o conceito de ativismo judicial não raras vezes esvazia-se em simplórias teorias e vaga ciência populista de atribuir o estigma pejorativo às decisões que não estejam alinhadas com o entendimento ideológico ou político de quem às analisa.

Diante desse contexto embaçado de conceituar o ativismo judicial, vários autores vêm se dedicando ao tema⁷², sendo que Dimoulis e Lunardi⁷³ apresenta duas alternativas de definição de ativismo judicial sem incorrer no erro de utilizar o termo de maneira emocional. O autor afirma que existe a corrente de cunho quantitativo, segundo a qual são ativistas os juízes que intervêm demasiadamente nas decisões dos demais poderes, afetando sua separação e equilíbrio. Esta visão se demonstra bastante simplista e genérica já que o juiz poderá proferir decisões que interferem em outros poderes e nem por isso as decisões serão ativistas. Poderá haver um grande número de decisões que declaram a inconstitucionalidade e isso não caracteriza que o Tribunal seja ativista. Além do que, não há uma definição de quando é pouco ou muita a intervenção do juiz nos demais poderes, existindo assim um conceito muito aberto que pode levar a equívocos doutrinários.

Outra corrente de definição apresentada pelo autor é a qualitativa, que foge da frequência das intervenções e vai tratar do critério de atuação ou de não atuação do juiz. Ao que parece é uma corrente mais promissora, ela exige certos cuidados para definir critérios claros a serem deduzidos de uma teoria de interpretação do direito. Assim, embora o reconhecido esforço do autor em clarear o tema, o mesmo segue sem uma lógica determinante do que seja uma decisão ativista ou o que pode ser considerado ativismo judicial.

Muitas vezes quando a doutrina tenta apresentar um conceito de ativismo judicial, ela apresenta um relatório do que contém ou não contém numa decisão dessa natureza. Lenio Luiz Streck, por exemplo, reconhece a dificuldade em conceituar o instituto, mas apresenta alguns elementos que sistematizam as concepções existente

neoconstitucionalismo, democracia deliberativa, pós-modernidade... -, pode significar muitas coisas para diferentes pessoas num leque que oscila desde a concepção pejorativa do conceito, que é utilizado como arsenal crítico contra acadêmicos e magistrados, até mesmo uma concepção laudatória que é utilizada para destacar conquistas alcançadas por sentenças progressistas”.

⁷² Dentre alguns autores se destacam Keenan Kmiec, Elival da Silva Ramos, Thiago Aguiar Pádua, Glouco Salomão Leite, dentre outros.

⁷³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gaspareto. **Ativismo Judicial e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. [s. a.]. Disponível em: https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/2_ativismo%20soltas.pdf. Acesso em: 22 fev. 2023.

e indica alguns exemplos:

a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência no Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras... na maioria das vezes, estes enfoques acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seria ativismo.⁷⁴

O entendimento comum é de que o ativismo judicial é gestado no seio do sistema jurídico e depende da forma de atuação e da conduta de cada juiz ou do órgão para caracterizar a decisão exarada como ativista ou não. Nesse sentido, Garapon afirma que:

[...] a atuação jurisdicional é acentuada de tal forma que os juízes passam a ser considerados como `últimos ocupantes de uma função de autoridade – clerical e até paternal – abandonada por seus antigos titulares`. Assim, para o autor, à noção de ativismo judicial e de governo de juízes subjaz uma tentativa de redenção, pela qual o juiz torna-se, inclusive, árbitro dos bons costumes [...]. O ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar. Nesse contexto o ativismo revela-se sob duas formas: sob a de um novo clericalismo dos juristas, se a corporação dos juízes for poderosa, ou, pelo contrário, sob a forma de algumas individualidades sustentadas pelos *media*, se a magistratura não tiver grande tradição de independência.⁷⁵

Olhado para este prisma podemos perceber que o ativismo judicial tanto pode ser progressista, ou seja, possuir uma tendência de aproximar o direito da moral na busca de concretizar direitos sociais e individuais ou, autocontido que busca apenas aplicar a norma no caso concreto sem se preocupar com as consequências advindas da decisão, ou seja, no primeiro caso o objetivo a ser buscado é a justiça, já no segundo caso é a aplicação da lei no caso concreto.

Georges Abboud, citando Carson Hollway, de pronto indica sua tendência contrária ao ativismo judicial, entendendo que decisões dessa natureza são perniciosas ao Estado Democrático de Direito. Entretanto, ao tentar conceitua-lo,

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 29 abr. 2023. p. 51-61.

⁷⁵ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. págs. 20, 25 e 54.

alinha-se a tendência majoritária no sentido de dizer o que é uma decisão judicial ativista e não identifica ou individualiza o que entende ser o conceito puro de ativismo judicial:

Ativista é toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como *legitimidade do sistema jurídico*, e não como mero positivismo estrito ou subsunção rasteira do fato ao texto.⁷⁶

A doutrina, ao que parece, tem conseguido apresentar alguns requisitos para que uma decisão judicial possa ser caracterizada como ativista, mas está longe de convergir para um conceito propriamente dito. Vemos que se a vontade e o posicionamento ideológico do juiz prolator se sobrepor ao ordenamento positivado ou estar ao lado deste sem que haja conexão, estamos diante de uma decisão ativista, já se o juiz aplicar a lei, na forma como ela está positivada, sem um mínimo de subjetividade, estaria o julgador se afastando do ativismo.

Todas as definições aqui tratadas, foram construídas em torno de um núcleo comportamental do ativismo, indicando a expansão do poder político-normativo dos juízes e cortes sobrepondo-se sobre os demais poderes e tomada a partir de decisões constitucionais paradigmáticas.⁷⁷

Carlos Alexandre de Azevedo Campos apresenta um conceito de ativismo judicial baseado no que chama de dimensões e que devem obedecer a algumas diretrizes que propõe, dentre as quais a postura expansiva do Poder Judiciário, o caráter dinâmico e contextual da sua identificação e validade, pluralidade de variáveis, dentre outras. A partir destes elementos o autor apresenta o conceito que entende ser mais adequado para o tema:

Defino ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.⁷⁸

⁷⁶ ABOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 52.

⁷⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. p. 36.

⁷⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. p. 164.

Embora o conceito apresente uma maior capacidade de individualização técnica do tema, ainda assim apresenta em seu contexto elementos que indicam a caracterização do ativismo mais do que a sua conceituação. No entanto, me parece ser a conceitualização que mais se aproxima da descrição do instituto em especial, olhando para as decisões proferidas pelos tribunais pátrios.

Pelo visto, apesar das semelhanças entre os institutos do ativismo judicial e da judicialização da política, os mesmos possuem particularidades que os diferenciam. A judicialização, segundo Barroso⁷⁹, decorre de uma constituição analítica e de amplo sistema de controle de constitucionalidade que autoriza que o judiciário possa resolver demandas com alto conteúdo moral e político. Portanto, esta função foi dada ao judiciário pelo constituinte e não é uma exclusividade do judiciário.

Por outro lado, no ativismo judicial o que se vê é um processo de substituição política de outras instância do poder pela ação do judiciário. O ativismo judicial se intensifica ainda mais em épocas de crise política e de polarização.

O que não deve ocorrer com tais fenômenos, é a politização da justiça, o afastamento da competência do judiciário para decidir questões políticas e a legitimidade democrática. O Poder Judiciário não pode eximir-se de suas funções constitucionais sob alegação de perda de popularidade ou no sentido de ater-se a uma determinada ideologia política. A independência do judiciário deve ser pautada sempre acima de qualquer interesse, seja ele popular ou político.

Temos que estar conscientes que não bastasse o limbo conceitual atribuído ao ativismo judicial, principalmente por parte daqueles que não atuam no âmbito do direito, existe entre estes um risco de confundir com outros fenômenos tais como a expansão da jurisdição constitucional ou a judicialização da política, que embora mereça algumas críticas pontuais, não podem ser equiparadas tendo em vista que estes estão legitimados no ordenamento jurídico vigente conforme veremos no Capítulo seguinte.

2.2 O NÚCLEO COMPORTAMENTAL E O ESPAÇO DO ATIVISMO JUDICIAL NAS QUESTÕES POLÍTICAS E MORAIS COMPLEXAS (HARD CASES)

No Capítulo anterior vimos a importância de termos um conceito mais homogêneo que possa pelo menos aproximar os juristas quanto ao entendimento do

⁷⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

que seja ativismo judicial. Os juristas que se dedicam ao tema apresentam invariavelmente situações que envolvem o comportamento dos tribunais ou dos juízes individualmente para poder caracterizar o ativismo judicial, sem apresentarem elementos concretos definidores dessa prática.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso⁸⁰, a interpretação jurídica, que indica invariavelmente o comportamento dos tribunais, se dá de duas formas. A primeira é a interpretação jurídica tradicional que envolve duas premissas, aquela que diz respeito ao papel da norma que é oferecer solução para o problema jurídico e o papel do juiz que é o de identificar a norma aplicável ao problema a ser resolvido. Nesta forma de interpretação jurídica a resposta para os problemas está no sistema jurídico e o intérprete desempenha função técnica de conhecimento e de formulação de juízos de fato. Por outro lado, a segunda forma de interpretação, a constitucional, entende que a primeira já não produz os efeitos desejados, verificando que quanto a norma ela não apresenta a solução dos problemas jurídicos no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucional adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente.

Quanto ao papel do juiz ele passa a ser coparticipante do processo de criação do Direito, complementando o trabalho do legislador ao dar sentido as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Essa coparticipação do juiz no processo de criação do Direito, seria, segundo o eminente Ministro, apenas como complementação de uma base legal já existente e por consequência não haveria usurpação do poder legislativo, mas apenas um aperfeiçoamento da regra a ser aplicada no caso concreto, sempre objetivando a implantação e a eficácia dos direitos fundamentais.

A partir desse pensamento, introduzido no ordenamento brasileiro principalmente pela adoção da teoria neoconstitucionalista, convergem os pesquisadores e juristas, que a nova forma interpretativa jurídica deu maior relevância à posição político-institucional de juízes e cortes sobre outras instituições igualmente importantes de uma determinada ordem constitucional.⁸¹

Essa expansividade da autoridade judiciária, atuando em espaços

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

⁸¹ BARAK, Aharon. The Judge in a Democracy. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 152.

tradicionalmente ocupados por outros elementos político-normativos, seja no controle dos atos ou agindo em razão da omissão desses poderes, indica o ponto convergente do núcleo comportamental. Este espaço consensual entre os estudiosos do assunto, é conhecido como espaço comum, relegando para um outro patamar de espaço teórico, também chamado de espaço nobre, todas aquelas decisões que digam respeito aos *hard cases*.⁸²

É exatamente na análise dos casos enquadrados dentro do chamado espaço nobre, os *hard cases*, que inevitavelmente chegaremos a discricionariedade do juiz. A tese dos que defendem as decisões ativistas, é aquela segundo a qual, o juiz, para implementar, concretizar e garantir a efetividade de um direito fundamental pode, no momento da decisão, moldá-la de acordo com a sua vontade. Neste caso, seria possível ao juiz abandonar o método para justificar a garantia dos direitos fundamentais. Na discricionariedade judicial, portanto, “o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no Direito da comunidade política”.⁸³

A aplicação e o uso da discricionariedade para garantir direitos fundamentais também não é um entendimento único entre os juristas, existindo aqueles que divergem sobre essa possibilidade. Esta divergência no entanto é superada naquelas hipóteses que decorrem das fontes sociais do direito, onde este teria limites precisos e ao final desses limites seria aberta a possibilidade para um juízo discricionário.⁸⁴ Streck apresenta ainda uma diferenciação importante de acordo com as correntes exclusivistas e inclusivistas que dão clareza quanto ao espaço conferido a discricionariedade:

Para os exclusivistas, o Direito se apresenta como um sistema normativo aberto no qual, havendo lacunas, surge espaço para o uso de regras/princípios não jurídicos, sendo este o espaço da criação judicial – ou seja, da discricionariedade. Diferentemente, para os positivistas inclusivistas, quando o Direito faz uso de critérios extrajurídicos que incorporou, como os morais, não regulando de um modo claro e preciso as condutas por eles abrangidas, a discricionariedade judicial seria inevitável.⁸⁵

A aproximação entre direito e moral, defendida pelo Neopositivismo, será objeto de estudo no Capítulo 3 desta pesquisa, mas para este momento, entendo

⁸² SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In: **Livres e iguais. Estudos de direito constitucional**. p. 152-153.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. p. 77-78.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. p. 82.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. p. 82.

salutar entender à hipótese de ser possível ao juiz proferir uma decisão usando da sua discricionariedade diante de um *hard cases*. Nestes casos, onde não existe uma regra própria para ser aplicada na solução do conflito, entendem, até mesmo os positivistas inclusivistas, que o juiz deve se valer da sua discricionariedade para ampliar ou até mesmo criar o direito a fim de sanar a lacuna existente ou, conforme explica Abboud⁸⁶, a “zona de penumbra” que paira sobre o ordenamento, por não existir expressamente nenhuma regra que os regule.

É característico dos *hard cases* que eles estejam circundados de uma grande carga valorativa e por isso dificulta a construção de um entendimento majoritário e pacífico entre juristas e a sociedade em geral, que não possui os conhecimentos técnicos necessários para distinguir a real função do Direito, dos Tribunais e dos Juízes. O entendimento dominante entre os juristas é que um caso difícil (*hard case*) se caracteriza como sendo aquele que não possui nenhuma normatização e neste caso cabe ao julgador criar o direito a ser aplicado. Isto gera um intenso debate pois alguns afirmam que esta decisão rompe o limite de atuação existente entre os poderes.

Situações de fato podem apresentar distintas atuações. Primeiro, quando o caso concreto a ser julgado vislumbra uma normatização pelo menos parcial no ordenamento jurídico, ao julgador bastaria apenas ampliar os limites da norma para que ela pudesse ser aplicada. Segundo, é possível estarmos diante de um *hard cases* até mesmo quando existe normatização integral que regulamenta o caso a ser julgado mas que, por possuir um campo interpretativo muito aberto e abrangente, pode levar a discricionariedade judicial, como ocorre no caso do aborto por exemplo, onde é muito comum que juízes coloquem suas ideologias, posições políticas e religiosas, acima do que está normatizado. Juízes conservadores pró vida tendem a restringir a regra abortiva, ao passo que juízes progressistas e ativistas expandem e facilitam a prática por entenderem se tratar de um direito da mulher.

A discricionariedade judicial na teoria da decisão jurídica aplicável aos casos difíceis encontra diferentes posicionamentos. Herbert Lionel Adolphus Hart, por exemplo, defende que nesses casos, o julgador deve utilizar de sua discricionariedade e decidir por suas próprias convicções. Já Ronald Dworkin⁸⁷, propõe a incompatibilidade do uso da discricionariedade plena para julgamento dos *hard cases*,

⁸⁶ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Reuters, 2021. p. 97.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**.

devendo o julgador socorrer-se nos princípios que regem aquela determinada sociedade e aquele sistema legal, caso em que deverá descobrir o direito do caso e proclamá-lo ao vencedor. Para Dworkin não há espaço para a criação do direito por parte do julgador, devendo este buscar através da hermenêutica do direito pré-existente a solução do caso, apresentando a teoria do “Juiz Hércules” como a solução ideal de cada caso.

A discricionariedade portanto, seguindo a tese Dworkiniana, somente teria espaço quando houvesse mais de uma norma aplicável ao caso concreto, quando então o juiz poderia optar entre uma ou outra (discricionariedade de escolha) mas jamais para criar ou ampliar um direito. Cabe ao juiz encontrar sempre uma solução jurídica pré-existente e para tanto Dworkin, defende a utilização dos princípios como a saída adequada e correta para a solução da lide.

A complexidade do tema é tamanha que grandes pensadores divergem sobre o sua aplicabilidade. A teoria apresentada por Dworkin é contrastada por Jürgen Habermas⁸⁸, no que diz respeito a racionalidade da interpretação. Para Habermas existe uma necessidade inarredável por meio da racionalidade interpretativa, na construção jurídica visando eliminar as falhas que possam afastar a melhor resposta para o caso difícil. Através da Teoria da Ação Comunicativa o autor demonstra o caminho a ser seguido pelo intérprete para a aplicação plena da racionalidade, devendo ser criado um caminho indicativo que possa ser observado por qualquer juiz sem a necessidade de se socorrer de modelos sobre-humanos.

Através da Teoria da Ação Comunicativa Habermas busca elementos necessários e racionais para o intérprete proferir suas decisões com segurança jurídica conforme os ideais morais e de justiça do Estado Democrático de Direito.

A partir das críticas apresentadas ao modelo Dworkiano de juiz, compreende-se que as decisões judiciais em qualquer caso não podem ficar limitadas ao entendimento de um Juiz Hércules, o que ocasiona uma limitação de interpretações e validade conforme a lei. Portanto, é necessário existir um controle dos atos judiciais pela sociedade, barrando a discricionariedade na solução de casos difíceis e dando segurança jurídica conforme os ideais morais e de justiça no Estado Democrático de Direito. Apesar disso, ainda não foi possível superar a filosofia da consciência, na qual a vontade do juiz interfere em todo o processo decisório, interferindo na mais correta elucidação do fato apresentado ao julgador. Assim, a Teoria da Ação Comunicativa elaborada por Habermas busca apresentar os elementos necessários em relação à racionalidade do intérprete em busca da validade das decisões judiciais e a segurança jurídica, visando minar a

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Vol. 1. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

discricionariedade na atuação judicial.⁸⁹

Nesta senda de entendimento apresentada por Habermas, o juiz deve participar de todo o processo em suas fases, para que através das ações comunicativas apresentadas ele possa tomar para si uma atuação performativa pois não poderá ter pleno acesso a realidade se agir apenas como mero expectador.⁹⁰

Toda decisão judicial deve ir além da busca da resposta correta para a demanda, ela deve também, e principalmente, legitimar-se frente à Democracia. O processo de interpretação não pode fugir dos textos normativos e aplicar entendimentos unicamente baseado na vontade ou convicção do julgador ou na sua ideologia. Assim agindo, o julgador passa a ser um ativista judicial, confundindo sua função com a do legislador, interrompendo a validade e a racionalidade dos atos praticados, rompendo a barreira democrática deslegitimando a decisão.⁹¹

Este entendimento é uma preocupação constante de Habermas e que acompanha todo o seu pensamento:

[...] e um lado, a justiça intervenha em competências legislativas para as quais ela não possui uma legitimação democrática e que ela promova e confirme, de outro lado, uma estrutura jurídica flexível, a qual vem ao encontro da autonomia dos aparelhos do Estado – de tal modo que a legitimação democrática do direito também pode ser solapada por este lado.⁹²

A linha que delimita o que seja uma decisão ativista e a que apenas amplia a aplicação do direito com o fim único de ampliar, aplicar e concretizar direitos fundamentais é muito tênue e exige um amadurecimento doutrinário e jurisprudencial capaz de aplicar luz aos posicionamentos tornando-os cada vez mais claros e diferenciados, devendo, por óbvio, ser chamada ao debate toda a sociedade para que sejam protagonistas dos novos paradigmas a serem aplicados posteriormente pelos tribunais.

⁸⁹ ANDRADE, Wendell Antônio Ribeiro de. Dois conceitos de interpretação: os hard cases em dworkin e a racionalidade da jurisdição em Habermas. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.8, n.12. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/55109/40627>. Acesso em: 08 mar. 2023. p. 12.

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. p. 206.

⁹¹ FERREIRA, Rafael Alem Mello. **O Projeto Inacabado de uma Teoria da Decisão Judicial**: de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas. Belo Horizonte: Dialética, 2019, p. 121 –122.

⁹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. p. 306.

2.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E PROTAGONISMO JUDICIAL NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: EFEITO TARDIO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Quando se trata do ativismo judicial estamos diante de posições que divergem quanto à aplicabilidade, ampliação ou criação do direito com o intuito de garantir a concretização de direitos fundamentais pela via judicial, justificada, seja pela inércia ou pela omissão do Poder Legislativo.

Outro fenômeno considerado de grande importância para o direito, principalmente após o processo de redemocratização no Brasil e com a promulgação da Constituição de 1988, é a Judicialização da Política.

O Estado Democrático de Direito Brasileiro se funda no instituto da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, devendo haver harmonia e independência entre ambos. Isso não impede porém, que em dado momento histórico, um dos poderes não possa ter um protagonismo maior em relação aos demais.

Durante os séculos XVII e XVIII por exemplo, o Poder Legislativo foi quem ocupou lugar de destaque na Inglaterra, seja com o *Bill of Rights* ou até mesmo com a ideia utilitária de que o legislativo teria primeiramente, a função de maximizar o bem estar social. No século XX, quando as políticas sociais passaram a ter predomínio sobre a política liberal, o Poder Executivo foi quem ganhou força e passou a “dominar as ações”. No Brasil se destaca como exemplo de protagonismo do Poder Executivo nos governos de Getúlio Vargas, Juscelino Kubistchek e o período da ditadura militar entre os anos de 1964 a 1984 quando se iniciou a abertura política e consequente democratização do País.⁹³

Num contexto mais recente, no Brasil, através da consagração do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, é possível perceber que o Poder Judiciário assumiu a dianteira dentre os três Poderes, no sentido de que cabe a ele decidir qualquer demanda, quando for provocado. Este direito consagrado entre os fundamentais, fez com que várias questões antes resolvidas no âmbito dos demais poderes, passassem a serem decididas no Poder Judiciário, dando a falsa impressão de que este tem o monopólio decisório sobre os demais poderes. A consequência disso é o surgimento do

⁹³ SÁ, Mariana Oliveira de, BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente ao fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3126/pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023. p. 171.

fenômeno da judicialização da política, que possibilita o Poder Judiciário intervir nas decisões políticas e legislativas em determinadas situações.

Outro aspecto preponderante para o fortalecimento da judicialização da política foi a positivação dos temas que antes eram decididos exclusivamente em âmbitos políticos e sociais. A Constituição Federal de 1988, abriu o espaço de atuação do Poder Judiciário, conferindo a este a posição final sobre questões decididas na esfera do Poder Executivo e do Poder Legislativo, principalmente quando se trata de violação do princípio da representatividade e dos direitos fundamentais. É o encontro entre a política e o direito que se dá no Poder judiciário e que tem a função constitucional de decidir e colocar fim às inconstitucionalidades solidificando o Estado Democrático de Direito.

Em uma esfera mais global verificamos que o segundo pós guerra trouxe uma nova roupagem às constituições. Foram constitucionalizados os direitos fundamentais e os princípios, que se somaram a já existente materialidade, juridicidade, posterior força normativa, acréscimo quantitativo do controle de constitucionalidade e constitucionalização do ordenamento jurídico que geraram um aumento horizontal de competências do Poder Judiciário. Temas anteriormente tratados com exclusividade pelo Poder Executivo e Legislativo, passaram à esfera constitucional e portanto ao crivo do Poder Judiciário⁹⁴.

Importante destacar de veras, que o fato de o Poder Judiciário estar constitucionalmente obrigado a decidir as demandas a ele propostas, não significa que tenha uma supremacia em relação aos demais poderes. Porém, quando os outros poderes decidem questões que lhe são atribuídas pela Constituição e são ordinários e funcionais, deve se evitar a judicialização do tema sob pena de incorrer em intervenção indevida ou ingerência entre os poderes.

Os Podres são independentes e harmônicos e cada qual, diante de suas competências e atribuições constitucionais, deve interpretar e aplicar a Constituição, não sendo este papel uma exclusividade do Supremo Tribunal Federal. Se assim fosse, haveria um desequilíbrio entre os poderes falhando o sistema de freios e contrapesos. Ocorre porém, que o aparente protagonismo do Poder Judiciário se dá pelo fato de que qualquer descumprimento aos ditames constitucionais que venha a ser praticado por qualquer dos outros poderes, possibilita a provocação do Judiciário

⁹⁴ TASSARINI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: Limites de atuação do Judiciário. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

para que, a partir do devido processo constitucional, profira decisão que além de dirimir as questões propostas, busque a efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, o fenômeno da judicialização da política deve ser entendido como um aumento considerável ou até mesmo um excesso de litigiosidade, mas difere neste ponto, do ativismo judicial que, além da litigiosidade, na sua decisão, acrescenta, cria ou interpreta o direito de acordo com suas ideologias, aplicando conceitos pessoais de moralidade para fundamentar a decisão.

Segundo Sá e Bonfim, o jurista Lenio Streck tem seu pensamento definido no sentido de ser um grande crítico do ativismo judicial, entendendo que cabe ao Poder Judiciário, através da jurisdição constitucional garantir os direitos fundamentais sociais:

Afinal, de um lado, critica-se a invasão da esfera da legislação a partir do que os procedimentalistas chamam de ativismo judicial, jurisprudência de valores, comunitarismo ou constitucionalismo de efetividade; de outro, tem sido lamentado o uso da tese da reserva do possível e de outros artifícios de caráter *self restraintig*, aplicados indevidamente pelo Supremo Tribunal Federal. De minha parte, sempre tenho defendido a possibilidade da utilização da jurisdição constitucional para realizar direitos fundamentais sociais (inclusive de políticas públicas), criticando, com veemência, a objeção representada pela invocação da “reserva do possível”.⁹⁵

A judicialização da política é tratado como um comportamento judicial que se deu no ocidente a partir da transferência das decisões políticas para o campo judicial, abrangendo as condições institucionais (jurídicas e políticas) e as condições culturais através do encaminhamento das demandas pelos participantes do processo político. Esse processo que busca no Poder Judiciário uma decisão de contenda política se justifica quando as minorias entendem que tiveram direitos individuais ou coletivos violados ou não reconhecidos no âmbito dos embates entre governo e oposição. Portanto, a judicialização da política é um conceito operacional que apresenta uma nova dinâmica entre a relação jurídica e política, valorizando os atores envolvidos no processo.⁹⁶

O espaço unicamente político, no Brasil especificamente, não consegue dar respostas necessárias às demandas por direitos e garantias individuais e coletivas. A democracia brasileira é ainda muito jovem e frágil. O entendimento de que através do voto e da maioria democrática é suficiente para consolidar o exercício de uma verdadeira democracia é muito ingênuo e superficial.

⁹⁵ SÁ, Mariana Oliveira de, BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente ao fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial. p. 177.

⁹⁶ LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Editora Juruá, 2014. p. 131.

Esta falta de cultura democrática gera no cidadão a sensação de insegurança quanto a seus direitos surgidas do embate político, exigindo um aporte confirmador do Poder Judiciário que passa a ser uma espécie de instância revisora das decisões políticas. Desse modo a judicialização da política seria mais uma insegurança ou até mesmo uma insatisfação quanto às decisões tomadas nas instâncias políticas do que uma necessidade jurídica de socorrer-se ao Judiciário para garantir direitos fundamentais. Essa característica da judicialização é vista principalmente nas democracias frágeis, dentre as quais o Brasil se enquadra:

Em democracias frágeis, é fundamental o posicionamento do Judiciário como árbitro imparcial para assegurar que as regras do jogo político-democrático sejam observadas. Essa posição ocupada pelo Judiciário pode propiciar todo tipo de judicialização política, desde uma judicialização consciente para se evitar o descumprimento de regras eleitorais, por exemplo, como até mesmo revanchismo em que se busca o Judiciário como *locus* para reversão de derrotas políticas ocorridas no Parlamento.⁹⁷

Estas situações elencadas pelo autor, devem levar ao amadurecimento do Poder Judiciário para que possa prever, com clareza e certeza, o interesse dos demandantes. Não pode o Judiciário ser utilizado como uma instância confirmatória da vontade política da maioria e tão pouco como uma instância de revanchismo para aqueles que tiveram uma derrota política no Parlamento.

Os embates políticos, com vitórias e derrotas, fazem parte da democracia e quanto mais houverem discussões e publicidade sobre temas relevantes que envolvam a sociedade e principalmente a defesa dos direitos fundamentais, mais a democracia se fortalece e cria obstáculos ao totalitarismo.

Não se nega em momento algum que o solo específico e genuíno para discutir e ser votado questões pertinentes à sociedade e ao cidadão é por natureza o Parlamento. No entanto, através do Controle de Constitucionalidade, poderá o fruto deste debate ser levado ao Judiciário que por sua vez deverá por atribuição constitucional dizer o direito no caso concreto.

Neste contexto, devemos entender que a judicialização da política é um meio jurídico positivado, previsto no ordenamento constitucional através do controle de constitucionalidade, ao passo que o ativismo judicial se apresenta conforme a fundamentação jurídica da decisão proferida no processo judicial, em trâmite. Não depende da procedência ou improcedência da demanda proposta, mas dos limites,

⁹⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. p. 1.529.

ou falta destes, do julgador que entendendo ser importante garantir direitos fundamentais extrapola seus limites procedimentais e cria um novo direito.

O Poder Judiciário Brasileiro, de forma mais direta o Supremo Tribunal Federal, possui o respaldo constitucional para decidir as questões que lhes são apresentadas e que em geral dizem respeito a questões importantes (hard cases) como direitos fundamentais, representação política, delimitação de poderes, economia e o julgamento de importantes autoridades. Desse modo, tendo que decidir sobre temas tão relevantes e importantes para o país, o Judiciário passa a ser visto como protagonista da organização e manutenção do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, estaria o Poder Judiciário interferindo indevidamente nas atribuições dos demais poderes desregulando o sistema de freios e contrapesos.

É evidente que tal atribuição de poderes a um Tribunal traz os riscos de que o Judiciário afete o equilíbrio e a igualdade entre as funções do Estado, sobrepujando-se ao sistema de *checks and balances*, o que não justifica, no entanto, sua não adoção. O risco é inerente a todo Estado Democrático, caracterizado, justamente, pela instabilidade que decorre da existência de poderes nas mãos de mais de uma pessoa e da presença da oposição política. Ademais, a existência do controle de constitucionalidade visa garantir que a vontade soberana do povo, por meio do poder constituinte originário, seja garantida enquanto a Constituição for condizente com os anseios da sociedade.⁹⁸

O protagonismo que foi dado ao Judiciário em relação aos demais poderes, levou a seus tribunais debates políticos que antes estavam restritos no âmbito do legislativo e do executivo. Embora a responsabilidade em assegurar os direitos do homem reconhecidos e protegidos, seja do Estado como um todo, inegável que é no Judiciário que tais direitos vão encontrar guarida, proteção e efetivação, pois a ele cabe, dentro dos limites estabelecidos, zelar pela atuação do legislativo e do executivo sempre no intento de garantir os direitos fundamentais na sua totalidade, sendo assim o guardião da Constituição.⁹⁹

Por fim, mesmo tendo ciência de que o Judiciário assumiu o papel de protagonista em relação aos demais poderes do Estado apresentando uma postura mais ativista com a criação do direito pela via jurisdicional, deve haver um limite prudente que não lese o princípio constitucional da harmonia e da separação dos poderes. É com esta perspectiva que vamos apresentar no próximo capítulo dos

⁹⁸ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia.** p. 147.

⁹⁹ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: impactos e efeitos na evolução da democracia.** p. 150.

limites entre a racionalidade jurídica e a decisão política na entrega da prestação jurisdicional por parte do Estado.

3 LIMITES ENTRE A RACIONALIDADE JURÍDICA E A DECISÃO POLÍTICA

3.1 RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE

Como anteriormente mencionado neste estudo, são levados ao Poder Judiciário vários temas controversos e que não possuem uma maioria concretizada no Congresso Nacional para que possam ser discutidos e normatizados, entendendo aqui normatização como positivação no ordenamento jurídico. Assim, estes *hard cases* acabam chegando no Judiciário e este, não pode furtar-se da obrigação de prestação jurisdicional que deve ser decidida de acordo o ordenamento jurídico positivado ou, caso não seja possível, deverá buscar a solução do caso valendo-se dos princípios e da moral.

Muitas vezes o Poder Judiciário se vê na obrigação de desestagnar o desenvolvimento social freado pelo Congresso de maioria conservadora que entende ser mais adequado a prudência do que a ação evolutiva. Temas altamente sensíveis como aborto, união homoafetiva, ideologias de gênero, demarcação de terras indígenas, dentre outros, passaram a ser levados ao Judiciário para que este, no intuito de garantir os direitos fundamentais, apresente decisões que vão além do positivismo e que, pelo menos, ampliem direitos caso a criação dos mesmos seja impossível. É frequente o entendimento dos políticos que não vale a pena o embate de ideias em temas tão complexos, que poderia levar a perda de votos e de popularidade, deixando propositalmente ao Poder Judiciário a decisão já que aquele não está sob o jugo popular e do voto.

Independente do posicionamento político ideológico de cada julgador, cabe a ele, diante do caso proposto, buscar no direito a melhor solução. Se por ventura não encontrar no ordenamento jurídico a base adequada para embasar sua decisão, poderá em tese e de acordo com a nova hermenêutica trazida pelo Estado Constitucional de Direito, valer-se da moral para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

O caráter marcadamente moral e altamente polêmico dessas questões impensáveis para a Corte e a sociedade de outrora, mostra que o Supremo vem desempenhando o papel descrito por Aharon Barak de encurtar a distância entre os valores da Constituição e as grandes transformações sociais em torno dos direitos fundamentais. Diante do vácuo de consenso parlamentar sobre essas questões, é o Supremo que tem permitido a mudança de conteúdo dos valores constitucionais como reflexo das mudanças dos conceitos e crenças básicas da sociedade.¹⁰⁰

¹⁰⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. p. 252.

O tema gera profundas reflexões e debates. Primeiro no que tange à aplicação pura, simples e direta da norma. Segundo se cabe ao Poder Judiciário proferir decisões que, além de aplicar a lei no caso concreto, ampliam ou até mesmo criam direitos com base nos princípios e na moral. Um terceiro momento de grande discussão se dá em relação ao ativismo judicial. Os doutrinadores mesmo não tendo uma clara conceitualização do fenômeno, vão além e dividem o mesmo entre ativismo positivo, aquele que seria necessário para a concretização e garantia dos direitos fundamentais e o ativismo negativo que, segundo autores, seria aquele que cria direitos e interfere portanto na função de outros Poderes, ferindo assim o sistema de freios e contrapesos e por consequência desestabilizando o Estado Democrático de Direito como visto anteriormente.

Neste contexto de valorização e centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, amplia-se a importância do estudo do direito e da moral que vem sendo desenvolvido a séculos e hodiernamente não podemos afirmar que exista uma posição majoritária entre os pesquisadores. Os argumentos trazidos por jusnaturalistas, positivistas, pós positivistas e juspositivistas, geram intensos debates entre importantes pensadores que, cada um defendendo sua posição, teve destaque em determinados períodos da história. A separação, a complementariedade e a vinculação entre o direito e a moral são o centro do estudo deste capítulo e busca apresentar como esse novo paradigma pós moderno trouxe avanços consideráveis na área dos direitos fundamentais mas também criou alguns atritos entre as autoridades políticas e judiciárias no que compreende a atuação de cada um e qual assunto estaria restrito a um e outro.

A sociedade atual não está mais satisfeita apenas com a prestação de serviços públicos e tutela de direitos individuais. O Estado Moderno demonstra-se incapaz de satisfazer a contento as demandas da população. Essas demandas vem crescendo em um ritmo muito além daquele que o Estado pode suportar. Esse disparate entre a demanda social e a capacidade de resposta do Estado, faz pensar qual será o limite entre o Direito e a Política em um primeiro momento, e posteriormente, a relação entre o Direito e a Moral que passam a ser a dialética corriqueira no ordenamento jurídico, em especial no que se refere às decisões proferidas nos Tribunais.

Leonel Severo Rocha chama essa evolução social de hipercomplexidade da sociedade contemporânea que exige do Estado uma posição além do normativismo.

Assim se manifesta o autor:

A hipercomplexidade da sociedade contemporânea provocada pela internacionalização crescente das problemáticas tem redefinido profundamente as formas de regulação social, notadamente o direito. Não se pode mais refletir sobre os sentidos do Direito apenas a partir dos pressupostos da teoria do Estado normativista, pois as suas manifestações têm adquirido cada vez mais um caráter nitidamente paraestatal, notadamente com a crise do Estado Social. Neste sentido, é evidente a constatação de que a interpretação jurídica, tradicionalmente derivada da racionalidade do Estado Liberal, também necessita rever as suas bases constitutivas¹⁰¹.

Todo esse arcabouço social, político e moral, exige que o julgador tenha, em determinado momento, que abandonar as técnicas hermenêuticas e decisórias vindas do positivismo jurídico do século XIX e parte do século XX e adote uma nova ideia de racionalidade jurídica.

Um marco importante dessa mudança de paradigma se deu com o segundo pós guerra e com o conceito de norma jurídica. Até este período as normas eram quem regiam o ordenamento jurídico e eram a base das decisões jurídicas. Os princípios eram relegados a uma estrita aplicabilidade, a uma segunda categoria de normas que raramente poderiam ser utilizadas para fundamentar uma decisão judicial. A alteração desse panorama se dá quando a norma jurídica passou a ser compreendida como gênero dentro do qual residiam os princípios e as regras.¹⁰²

Embora possa aparentar que esse caráter evolutivo e interpretativo do direito esteja percorrendo um caminho natural e sem maiores obstáculos, isso não se confirma dentro dos liames doutrinários. Esta evolução interpretativa do direito encontra forte resistência no debate filosófico que se ocupa do modo como o direito se relaciona com a moral. Existe, por tanto, a linha de pensamento que defende uma aproximação entre o direito e a moral e outra antagônica que defende que a moral não deve se conectar com o direito. Baseamos este estudo nesses dois posicionamentos doutrinários extremos, mas não deixaremos incólume o posicionamento intermediário defendidos por autores como Jürgen Habermas que, ainda antes de publicar sua obra de *Facticidade e Vaidade* em 1992, seja a partir dela, com a obra denominada *complementariedade entre direito e moral*, sempre defendeu uma posição

¹⁰¹ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica**. p. 107.

¹⁰² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeksi. Ativismo judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito FGV**. São Paulo, v. 8, n. 1 Jan-jun, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966>. Acesso em: 28 abr. 2023. p. 37-39.

moderada.¹⁰³

Inegável o fato que o Estado Legislador não possui a capacidade de prever com antecedência todos os atos da vida em sociedade e portanto é praticamente impossível criar normas e regras para todas as situações vividas em sociedade e que regule a convivência e traga a paz social.

A impotência regulatória do Estado transfere ao Poder Judiciário, como poder julgador, a incumbência de resolver as questões que lhe forem propostas. Diante da ausência positiva de uma regra adequada para cada caso em concreto, caberá ao julgador buscar outros elementos que possam embasar sua decisão, valendo-se da via interpretativa. Essa é sem dúvida uma das maiores e mais significativas mudanças de paradigmas na racionalidade jurídica empregada pelo julgador. O simples emprego da norma jurídica no caso concreto aplicando a lei por subsunção, não é mais suficiente para a racionalidade jurídica, ainda mais, quando se tratar de *hard cases* que exigem do julgador um esforço para encontrar nos princípios a fonte da decisão e a solução jurídica que não está positivada ou regulamentada e portanto em condições de serem aplicadas de forma direta.

Os princípios são portanto o novo elemento que caracteriza a racionalidade jurídica das decisões fundamentadas substancialmente em elementos alheios à norma jurídica. As novas exigências da sociedade em todos os seus campos, fez surgir novas técnicas hermenêuticas, dentre as quais, tem especial destaque a hermenêutica constitucional.

O caráter abstrato e o elevado grau de generalidade dos princípios, sobretudo dos princípios constitucionais, permitem que o julgador possa decidir tão somente com base em princípios e, até mesmo, *contra legem*, mas desde que esteja sustentado em fundamentação principiológica apta a desconstituir a validade, legitimidade ou necessidade premente de aplicação de determinada norma-regra, sobretudo em condições de deslegitimar a fundamentação principiológica desta¹⁰⁴.

Em qualquer ramo do direito, uma das questões que mais se discute é a justiça, a qual serve como balizador do ordenamento jurídico e das relações sociais. O elemento que norteia a ideia de justiça é outro, que está fora do direito, as vezes distante, outras mais próximo e até mesmo contendo em suas entranhas o direito, trata-se da moral.

¹⁰³ DIAS, Saulo de Tarso Fernandes. **A relação entre Direito e Moral em Jürgen Habermas**. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

¹⁰⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeksi. *Ativismo judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. p. 37-39.

Partindo da ideia de que a justiça é norteadada pela moral, Aristóteles¹⁰⁵ acreditava que o bem comum deveria ser garantido na *polis* por meio da política, pressupondo uma sociedade culturalmente uniforme e sem complexidade social. No entanto, as sociedades modernas apresentam um altíssimo grau de complexidade, são multiculturais, fragmentadas em microssistemas, dificultando e praticamente impedindo que o bem comum seja satisfatoriamente alcançado.

Cabe ao julgador, neste contexto fragmentado, dividido e complexo, buscar na hermenêutica jurídica a decisão que lhe parecer mais correta para garantir os direitos fundamentais de um maior número possível de cidadãos. Essa decisão garantista deve ser calcada na Constituição e em seus princípios mas jamais deve ser perseguida através de fins políticos que vá depender da negação da tutela de interesses legítimos de alguma parte da ação, fundamentando-se em argumentos que fogem à racionalidade jurídica.

Desde a concepção de Justiça Corretiva apresentada por Aristóteles, o papel do juiz é preponderante pois atua como se fosse um mediador da justiça. O juiz, nos tempos aristotélicos, apesar de aplicar a lei positivada pela Cidade-Estado, também tinha a liberdade de aplicar ao caso as leis naturais, ou seja, aquelas que tinham como fundamento a religião, baseado em normas metafísicas e teológicas. Evidencia-se neste contexto, uma propensa interpretação expansiva do direito com um grau elevado de moralidade nas decisões¹⁰⁶.

Para Aristóteles¹⁰⁷, o Juiz tem um papel fundamental que é, por natureza, representar uma espécie de justiça animada que visa acima de tudo restabelecer a igualdade que tenha sido afetada pela prática de um ato que contrarie as leis e cause prejuízo a outro indivíduo da sociedade. Desde então, o protagonismo do julgador se aviltava pela necessidade de restabelecer a paz social e a justiça ao injustiçado. O julgador assumia então a posição de mediador legal e moral da ilegalidade praticada e estabelecia um meio-termo entre a perda e o ganho, restabelecendo a justiça entre as partes.

Desde os primórdios do direito já havia a previsão que cabia ao Juiz criar o direito (ativismo judicial) valendo-se de suas convicções morais, desde que fosse para construir a justiça. Desse modo, a ação justa ou injusta somente poderá ser assim definida quando o ato for praticado pelo agente, enquanto a definição se o ato

¹⁰⁵ ARISTÓTELES. **Política**.

¹⁰⁶ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Edipro, 2014. p.189.

¹⁰⁷ ARISTÓTELES. **Política**.

praticado foi justo ou injusto somente poderá ser verificada após a sua prática. É a voluntariedade ou a involuntariedade do agente que vai definir se o ato é ou não um ato de justiça ou injustiça, aparecendo mais uma vez a aproximação entre o direito e a moral como elemento que fundamenta a decisão jurídica.

Da Obra Política de Aristóteles¹⁰⁸ surgiu a conhecida frase “o homem é um animal político” significando que a essência do homem é viver em sociedade. Vivendo em sociedade é a forma única que o homem consegue atingir seu bem maior que é a felicidade. Sendo esta sociabilidade natural, então também é natural o direito e a justiça. Essa origem natural do direito diz respeito aos objetivos expressos pela Lei, se ela objetiva o bem comum ela é justa, ao passo que se a lei objetivar o interesse de qualquer particular sobre o coletivo ela é injusta. Assim entendido, Aristóteles apresenta a moral como parte da política visto que dentro da comunidade política se encontra a virtude moral da justiça. É função da política tornar os cidadãos virtuosos e justos e do legislador criar as leis a fim de viabilizar a realização da natureza ética.

A finalidade então da política é moral e a concepção aristotélica do direito natural não é o mesmo do mero convencionalismo entendendo que se as leis viessem unicamente deste os homens não seriam virtuosos e justos.¹⁰⁹ Não havia oposição entre a natureza e a lei, mas uma complementava a outra no sentido que o justo natural somente ocorreria se houvesse o justo legal concretizado. Vemos portanto que a utilização de princípios morais para fundamentar a decisão jurídica não é uma descoberta recente ou uma corrente acadêmica ou jurídica contemporânea, e tão pouco é uma criação dos chamados autores neoconstitucionalistas, assim como também não é, o papel de protagonismo do Judiciário em relação aos demais poderes.

Sabendo que o direito possui normas coercitivas e dirigida a todos que vivem em sociedade, devemos verificar a influência da moral nessas relações sociais.

São latente as discussões em todas as suas formas de manifestação, entre os defensores de métodos da filosofia moral para decidir as questões difíceis do direito e os pragmatistas que acreditam que o juiz ao decidir deve se ater aos textos legais, os precedentes judiciais e a Constituição.

Reverberam-se argumentos antagônicos quando a questão diz respeito a capacidade dos métodos do positivismo jurídico de resolverem satisfatoriamente as questões jurídicas sem orientar-se pela filosofia moral, ou seja, as questões jurídicas

¹⁰⁸ ARISTÓTELES. **Política**.

¹⁰⁹ SCHNEIDER, Tania. **A justiça política em Aristóteles**. 2011. Disponível em: <https://philarchive.org/archive/DAFAJP>. Acesso em: 11 abr. 2023.

devem ser analisadas com o auxílio da filosofia moral ou devem se ater unicamente ao pragmatismo? Estas dicotomias jurídicas doutrinárias que foram levadas aos Tribunais, serão objeto do estudo que segue.

3.2 O DIREITO E A MORAL VISTOS A PARTIR DO POSITIVISMO JURÍDICO E DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O processo de transição apresentado pela filosofia do direito entre a modernidade e a contemporaneidade exige resposta mais convincentes para os paradigmas apresentados.

No entanto, esta não é uma função fácil e encontra obstáculos importantes na mudança de paradigmas positivistas e constitucionalistas. A resposta para esse paradoxo vem ganhando corpo a partir de uma posição proeminente dos princípios sobre o direito positivo trazidas a lume pelo neoconstitucionalismo.

O mundo contemporâneo apresenta cada vez mais espaço para que a autoridade seja diluída, onde as realidades são apresentadas cada vez mais rápida e com mudanças permanentes e alheias a consciência individual. E o direito precisa entender isso e criar mecanismos que atendam com eficiência às necessidades da sociedade complexa e de risco na qual está inserido. O direito precisa disciplinar a presente modernidade líquida.¹¹⁰

A relação entre direito, justiça e moral sempre foi um dos pilares importantes dos estudos feitos pela filosofia do direito. Embora estes estudos tenham, na sua grande maioria, apresentado distinções entre direito e moral, o mais recomendado é que eles fossem vistos a partir da complementariedade, considerando a inexistência de normas sem uma relação fática, mesmo que essa seja a mais tênue possível, mas é inegável que exista.

Aristóteles¹¹¹ ao apresentar o estudo da justiça, sendo ela por lei ou por natureza já indicava a influência disso no conceito de justiça e elevando a importância desse conceito. Não pretendia fazer uma distinção entre direito e moral mas acabou colaborando para o surgimento da primeira distinção entre direito natural e direito positivo que por consequência traz importantes reflexos até os tempos atuais em relação ao direito e a moral.

No período romano, embora essa concepção grega aristotélica ainda

¹¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2007.

¹¹¹ ARISTÓTELES. **Política**.

permaneça latente, o direito passou a ser entendido como uma ciência, indo além das figuras dos moralistas, filósofos, teólogos ou sacerdotes mas acrescentando com preeminência a figura do jurista (especialista em direito). É nesse período que se retoma a distinção entre direito natural e direito positivo de modo que o primeiro serve de pressuposto do segundo. Portanto, no direito natural tem-se um conjunto de ações primordiais que reflete nas obrigações humanas.¹¹²

Foram os romanos que enxergaram a dinâmica dos fatos e a fonte produtora do direito afirmando que o direito nasce dos fatos. Devemos destacar que nas sociedades primitivas a ideia de um direito superior confundia-se com a vontade de Deus.

Somente muito tempo mais tarde a humanidade voltou a reconhecer que a ordem jurídica baseada nos princípios deveria resgatar o humanismo perdido naquele derradeiro século do mundo ocidental.

Durante a Idade Média quem regulava a sociedade era a religião, substituindo a política. Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino são as figuras expoentes do direito medieval. Para este, a “lei e ordem são conceitos que se complementam e se exigem em sua doutrina. Por lei, entende ele, uma ordenação da razão no sentido do bem comum, promulgada por quem dirige a comunidade”¹¹³, sendo a lei eterna o que representa o principal pensamento tomista.

Foi na Idade Contemporânea, com o Renascimento, que ocorreu uma mudança drástica de paradigmas, passando a ser considerado a justiça como fundamento da razão, realizando uma conexão necessária entre ambos. Tomando-se em conta uma concepção antropocêntrica, o jusnaturalismo é a lei determinada pela vontade de um direito natural. O contratualismo tem grande importância nesse momento para distinguir o direito da moral. Assim, se a moral é anterior ao contrato (entendendo direito como uma forma de contrato social) da mesma forma ela deve preceder os demais institutos jurídicos. Então, a moral deve preceder as leis¹¹⁴.

No plano da moral o que existe é uma conformação entre regra e vontade subjetiva. Portanto, sendo o dever caracterizado pela vontade do sujeito a partir da ideia de reconhecimento, de concordância, centrada na imperatividade do direito a moral torna-se autônoma deste.

Algumas questões fundamentais devem ser arguidas neste estudo para que

¹¹² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1983. p. 627-631.

¹¹³ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. p. 637-638.

¹¹⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. p. 644-647.

possamos criar uma hegemônica ideia para as aproximações e separações, conforme os períodos históricos, do direito e da moral. Devemos nos perguntar se o direito existe para assegurar a ideia de justiça, se o direito é alheio a ideia de justiça ou ainda se o direito é produto da justiça.

No Brasil, com a Constituição de 1988, passou-se a pensar mais em um Estado que garanta o bem estar social das pessoas e, através de políticas públicas o Estado possa distribuir os recursos de forma que os mais necessitados sejam beneficiários desses direitos. Estamos diante de um direito que se preocupa com o bem estar social justo.

Para os positivistas, o direito é produto do homem e no momento que cria o direito ele está consciente e de acordo com o conceito de justiça, portanto, a ideia de justiça para os positivistas se dá no momento da criação do direito. Criado o direito, não há mais que se falar em justiça, ela deixa de fazer parte do resultado buscado pelo direito. A justiça é uma concepção que se aplica na criação do direito e não na sua aplicação. Para o positivista, em resumo, a lei é o direito.

O principal papel para o direito visto a partir do positivismo, é dado ao Poder Legislativo pois caberia a ele criar o direito, restando ao Poder Executivo apenas dizer o direito, aplicar o direito no caso concreto.

A dimensão do direito para o juspositivismo é a autossuficiência do direito positivo, a subsunção silogística-axiomática do fato à norma por um formalismo lógico-mecânico, o caráter apolítico e neutro da lei e da hermenêutica, a separação absoluta entre direito e moral, a pureza científica dogmática, a negação da lógica dos juízos de valor no raciocínio jurídico, a completude hermética e objetiva do ordenamento legislado.

Já no âmbito jusfilosófico, dentre os quais os jusnaturalistas ou as teorias moralistas do direito, defendem a conexão conceitual entre direito e moral. Nestas correntes o direito encontra seu fundamento na moral e no conceito de justiça, advindo dela a sua validade e obrigatoriedade de observância. Com a inobservância da norma, surge ao estado o poder coercitivo, punitivo ou corretivo, sendo este o momento da convergência e conexão entre direito e moral já que a correção é unicamente moral.

Neste contexto os papéis de protagonismo entre os poderes se invertem, o Poder Judiciário assume o protagonismo de ter que aplicar o direito, mas também tem a possibilidade de cria-lo para atingir o objetivo que passa a ser a justiça e a preservação, manutenção e criação de direitos fundamentais. Está portanto o julgador mais preocupado no resultado produzido a partir de sua decisão do que aplicar o

direito buscando a vontade do legislador.

Os positivistas entendem que esse movimento de aproximação entre direito e moral e a aplicação do direito de acordo com os conceitos morais do julgador, acarretará um liame de decisões contraditórias e sem fundamentação jurídica pois a moral se manifesta de forma diferente em cada um e não foge disso a visão dela pelos magistrados. Ao contrário, para os moralistas, o direito deve ser oxigenado por uma moral mais nova, mais inovadora e que melhor represente o contexto histórico atual e a evolução social. O direito neste contexto deve evoluir de forma mais rápida e célere para que possa ser aplicado de forma mais satisfatória na sociedade que se transforma com maior velocidade.

A relação entre direito e moral é controvertida, embora alguns autores tratem esse assunto como interconexo, outros entendem que o direito e a moral devem ser estudados de forma separada.

Para Herbert Hart, é inquestionável que a moral influenciou no direito. Entretanto o contrário é uma incógnita, não existem elementos necessários e suficientes para comprovar se a moral foi influenciada pelo direito¹¹⁵. Hart criou duas categorias de norma, as primárias de obrigação e as secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento. Quando ambas as normas convergem e combinam, elas podem ser consideradas a essência do direito, o que chama de teoria imperativa simples¹¹⁶.

Hart afirma que existem muitas interpretações possíveis dos termos “necessário” e “moral” e que devem ser distinguidas e examinadas separadamente. O autor diz que a tradição tomista foi quem mais esclareceu sobre essa questão por dois motivos:

Primeiro, que existem certos princípios de verdadeira moral ou justiça que podem ser descobertos pela razão humana sem a ajuda da revelação, mesmo sendo de origem divina; segundo, que as leis humanas que se chocam com esses princípios não são válidas.¹¹⁷

Hart parte de um modelo de direito mais vinculado ao juiz. Ele adota a teoria do realismo jurídico, que considera o direito como um conjunto de regras que são eficazes na sociedade. Para o autor, a justiça é apenas um padrão de observação da moral, um padrão específico diferente da simples análise entre o bom e o mau, no que

¹¹⁵ HART, Herbert L. A. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Tradução Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Editora Fabris, 1987. p. 31.

¹¹⁶ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 201-202.

¹¹⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. p. 202-203.

concerne ao direito, com o conceito de equidade, sendo que a lei pode ser analisada tanto em termos de justiça quanto com outras formas de apreciação moral.

Miguel Reale apresenta uma linha de pensamento bem definida no que diz respeito a influência e conexão entre direito e moral. Para ele “a conexão entre direito e moral é inegável”¹¹⁸. Ele desenvolveu a Teoria da Amoralidade Parcial do Direito, onde o direito e a moral possuem campos distintos mas que, em certos momentos eles se interconectam. Para o autor, existe um campo comum entre direito e moral, porém não é todo direito que faz parte da moral, e não é toda moral que faz parte do direito. Há campos do direito que não se regulam pela moral, sendo exemplo disso as normas de trânsito, elas não possuem valoração moral para o autor¹¹⁹.

Ronald Dworkin, que desenvolve sua teoria com base no papel do juiz nas decisões judiciais no sistema da *common law*, portanto ligado a um modelo político do direito, vai refletir sobre a possibilidade de uma decisão judicial que além de se embasar em fundamentos políticos, também se embase com o princípio da moralidade política. Dworkin vai apresentar uma distinção entre princípios e regras como principal objeto de seus estudos e não tem como foco principal de sua teoria o estudo entre o direito e a moral no ordenamento jurídico. Mesmo assim, a contribuição do autor é muito importante para o tema já que para ele não só a moral é parte do direito mas que o direito é parte da moral¹²⁰.

A teoria de Dworkin se fundamenta na crença que existem princípios morais que os indivíduos têm em face do Estado, e que os torna protegidos diante deste e de qualquer maioria. Para isto existem dois momentos fundamentais no pensamento do autor, primeiro o consenso a respeito de que alguns princípios são considerados base para que a sociedade se funde e forme o direito que irá regê-la. Um desses princípios seria o que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. Um segundo momento, a formação dos direitos que regem esta comunidade reflete o momento em que a legitimidade irá ocorrer, dependendo do rol de princípios fundado na história desta e que vale para todos, princípio da integridade. Assim qualquer direito que os indivíduos devem ter, deve estar fundamentado no histórico desenvolvido por esse povo, defendendo sempre a observância e o cumprimento das condições mínimas de integração na comunidade baseado no princípio da igualdade.¹²¹

¹¹⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 711.

¹¹⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 391.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. Uma questão de Princípio. Tradução Luis Carlos Borges. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2000, p. 03-04.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 248-251.

Dworkin apresenta três critérios que constituem os alicerces básicos da atuação da vida em comunidade e que acabam por definir a forma de influência moral no direito: Um modelo construtivo de uma teoria da coerência da moralidade, uma teoria política baseada em direitos e a igualdade.¹²²

É fundamental também trazer para este estudo a posição intermediária e de complementariedade entre direito e moral apresentada por Jürgen Habermas. Cumpre porém destacar que o Autor antes da publicação da Obra *Facticidade e Validade* no ano de 1992, entendia que o direito era legitimado na moral, mudando completamente sua posição a partir daí, passando a reconhecer que o direito não está mais legitimado na moral. Para ele as regras morais são distintas de regras jurídicas e explica que uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Assim, não há que se falar em subordinação do direito à moral no sentido de hierarquia de normas. Habermas define essa relação entre moral autônoma e direito positivo como uma relação de complementação recíproca.¹²³

Habermas também entende que as questões morais são aquelas que nascem na sociedade e que busca fundamentar como normas, que são comuns entre todos estas questões morais, os argumentos decisivos devem poder ser também aceitos por todos. Por isso entende o autor que é preciso criar não somente o sistema dos direitos, mas também a linguagem que permite à comunidade entender-se enquanto associação voluntária de membros do direito iguais e livres¹²⁴.

A moral é especializada em questões de justiça mas apresenta tendências à universalidade. Sua finalidade é avaliar imparcialmente os conflitos de ação que tenham relevância do ponto de vista moral. A moral visa um saber capaz de orientar o agir. É o sistema jurídico que consegue complementar a moral, pois consegue suprir os déficits que resultam da decomposição da eticidade tradicional, sendo capaz de oferecer eficácia para ação, sendo assim, diferentemente da moral, o direito é, ao mesmo tempo, um sistema de saber e um sistema de ação e pode compensar as fraquezas de uma moral racional que se atualiza na forma de um saber, pois ele está estabelecido simultaneamente nos níveis da cultura e da sociedade¹²⁵.

No entanto, Habermas diz que o sistema de direitos, mesmo atendendo à crescente demanda de organização em sociedades cada vez mais complexas, não

¹²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 258-266.

¹²³ DIAS, Saulo de Tarso Fernandes. **A relação entre Direito e Moral em Jürgen Habermas**. p. 95-97.

¹²⁴ DIAS, Saulo de Tarso Fernandes. **A relação entre Direito e Moral em Jürgen Habermas**. p. 103.

¹²⁵ DIAS, Saulo de Tarso Fernandes. **A relação entre Direito e Moral em Jürgen Habermas**. p. 103-106.

pode ser explicado apenas com a necessidade de compensação moral. Habermas sugere a análise do sistema do direito como um todo, incluindo-se os casos menos complexos e de obediência geral ao direito.¹²⁶

Apresentando um posicionamento totalmente contrário aos autores moralistas e aqueles que, como Dworkin e Habermas, defendem a complementariedade entre direito e moral, Richard A. Posner entende que os métodos do positivismo jurídico são capazes de resolver satisfatoriamente uma questão jurídica o direito deve se orientar pela ciência” e vai além ao afirmar que:

[...] as questões jurídicas não devem ser analisadas com auxílio da filosofia moral, mas devem ser abordadas pragmaticamente. Os métodos adequados de investigação, portanto, são aqueles que facilitam a tomada pragmática de decisões – os métodos das ciências sociais e do senso comum.¹²⁷

Posner apresenta uma divisão entre moralista acadêmico e empreendedores morais. Os primeiros têm a ambição de mudar as crenças morais das pessoas a fim de modificar-lhes o comportamento. Já os empreendedores morais procuram alterar os limites do altruísmo e não fazem isto com bons argumentos, mas com apelos de interesse próprio e apelos emocionais, ensinando a amar quem eles amam e a odiar aqueles que odeiam¹²⁸.

Em decorrência do que fora apresentado até o momento, podemos constatar que existem três formas de vinculação da moral ao direito: a moral vinculada ao direito positivo através da inclusão de princípios e argumentos morais do direito; pela delimitação do conteúdo possível pela moral e por último quando a moral fundamenta um dever de obediência ao direito.

Verificada essas relações entre direito e moral a partir de diferentes visões, veremos no item seguinte o momento atual da institucionalização da moral através das constituições promulgadas no segundo pós-guerra, em especial a Constituição Brasileira de 1988 e o papel da política dentro do direito, mais especificamente a partir das posições externadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

3.3 A HERMENÊUTICA DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MORAL E DA POLÍTICA NO DIREITO

¹²⁶ DIAS, Saulo de Tarso Fernandes. **A relação entre direito e moral em Jürgen Habermas**. p. 107.

¹²⁷ POSNER, Richard. A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012. Prefácio IX.

¹²⁸ POSNER, Richard. A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. p. 59-65.

Como visto, a tendência atual das democracias é a centralidade da Constituição como elemento norteador, tanto do direito quanto da moralidade, seja ela social ou política. Portanto, constata-se a necessidade de demarcar os campos da política, da moral e do direito para que se consolidem de forma adequada às decisões judiciais.

Aparentemente estamos diante de um contexto que não consegue diferenciar a atuação de cada poder estatal dentro das matizes postas. Paira sobre as fronteiras de atuação entre as esferas constitucionais de atividade, uma nuvem nebulosa de dúvidas e descaracterização conceitual que cria um cruzamento de competências de um poder estatal sobre o outro. A dúvida é ainda mais acentuada quando tais competências são observadas a partir de hermenêuticas políticas ou econômicas para abordar o limite das decisões judiciais sem que ocorra interferência em assuntos cuja competência precípua é dada ao Executivo ou Legislativo.

Maior é a complexidade e a divergência de entendimentos, quando as decisões judiciais são remetidas à análises externas do direito como ocorre em questões ligadas a moral.

Para os positivistas, sempre dispostos a defender a sujeição do direito à lei e aplicado aos seus estritos termos e com uma concepção formalista voltada a conceitos jurídicos abstrato e deduções refratárias à realidade social, sempre que ocorrer qualquer remissão que projete aos campos da moralidade, essas questões definiriam os parâmetros de discricionariedade na atuação dos poderes Legislativo e Executivo, constituindo, assim, um campo de problemas intocáveis pelo Judiciário posto que estariam protegidos por juízos subjetivos atinentes a questões “extrajurídicas” por serem políticas, econômicas, morais ou culturais.¹²⁹ Estaria portanto idealizada a função constitucional de cada poder de forma que fossem harmônicos e independentes.

O Estado Constitucional de Direito, defendido pelos positivistas encontra uma barreira metodológica que favorece sempre a lei em detrimento dos direitos fundamentais. Por ser de direito, este modelo tira o poder do soberano e entrega à lei que, por sua vez, é fruto da vontade da maioria legislativa e desta forma apresentaria a representatividade que as democracias exigem. Portanto, o poder de determinação do Estado neste modelo, fica a cargo do Poder Legislativo e afasta os indivíduos da ordem constitucional que lhes garanta os direitos fundamentais já que muitas vezes a

¹²⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Editora Juruá, 1995. p. 132-140.

vontade da maioria é expressada puramente em desfavor dos direitos das minorais e essa mácula somente pode ser afastada e corrigida com a intervenção constitucional do Poder Judiciário que por meio de decisões calcadas na subjetividade moral do julgador dosa o remédio para curar a injustiça praticada contra os direitos das minorias.

O modelo de Estado defendido principalmente por autores neoconstitucionalistas é aquele que saiu daquele modelo de imposição do poder pelo rei, passou por aquele que era imposto pela lei até chegar ao atual Estado Constitucional que centraliza a Constituição no ordenamento jurídico acatando uma ordem moral que seja capaz de garantir o direito de todos os cidadãos.

No modelo compreendido pelo Estado Constitucional de Direito o indivíduo passa a ser o centro da determinação legal. Em sendo o indivíduo o valor mais importante da sociedade torna-se evidente que os valores morais passam a integrar o ordenamento afastando a tese do positivismo e do jusnaturalismo. Zagrebelski é cirúrgico ao afirmar que o Estado Constitucional do Direito surgiu da evolução de um modelo de soberania pertencente ao Estado para um modelo de soberania pertencente à Constituição.¹³⁰

Utilizando o termo constituições abertas, Zagrebelski afirma que a soberania da Constituição não deve ser confundida com a dos poderes soberanos anteriores, mas sim uma soberania que permite uma espontaneidade da vida social para assumir o papel político e por consequência a sociedade pluralista e democrática. Está comprovado que as leis são insuficientes para regular a sociedade atual complexa. Erige-se então a Constituição como forma de unificação imposta que possibilita a paz social nos termos indicados pelo autor:

O pluralismo não degenera em anarquia normativa sempre que, em que pese a diferença de estratégias particulares dos grupos sociais, haja uma convergência geral sobre alguns aspectos estruturais da convivência política e social que possam, assim, ficar fora de toda a discussão e ser consagrados em um texto indisponível para os ocasionais senhores da lei e das fontes concorrentes com ela.¹³¹

¹³⁰ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madri: Editorial Trotta, 2011.p. 10-11.

¹³¹ *“El pluralismo no degenera en anarquia normativa siempre que, pese a diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda la discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella”*. ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madri: Editorial Trotta, 2011. p. 40.

As novas tendências constataam que o aumento de complexidade social não comporta mais a forma simplista de tratar os problemas sociais e principalmente problemas inerentes aos direitos fundamentais, isolando cada conflito a ser decidido, despido de fatores políticos, éticos, culturais ou econômicos.

Se traçarmos um marco inicial desse processo de “interferência” judicial no ordenamento político, com certeza o julgamento do caso *Marbury vs. Madison* em 1803, pela Corte Suprema dos Estados Unidos, é o principal evento que estabeleceu a força da Constituição capaz de afastar o efeito de norma infraconstitucional contrária à Constituição.

Tocqueville foi o primeiro a observar esse movimento de valorização do juiz, quando em viagem para os Estados Unidos percebeu que diferentemente do que ocorria na Europa e no Reino Unido, o juiz estava presente em ocorrências políticas e interferindo nos negócios políticos. O aristocrata francês afirmou que os integrantes do poder judiciário representavam uma das primeiras forças políticas na construção institucional fundada na divisão e separação dos poderes.¹³²

Esse poder de emitir juízo sobre questões políticas aferindo sua adequação aos preceitos constitucionais é a essência do papel político da instituição que com esse poder contramajoritário atua como uma barreira para evitar que maiorias possam destruir os pilares do Estado de Direito e da Democracia. As vontades particulares e a vontade da maioria, não refletem a justiça no contexto que se apresenta. A justiça está acima de qualquer interesse, seja ele particular ou de maiorias.

O Estado Constitucional, que como visto tem suas raízes nos Estados Unidos, evoluiu para a Europa Continental e para a América Latina apenas no segundo pós-guerra, transformando o modelo jurídico principalmente com a Constituição de Weimar que traz de volta ao direito o senso de justiça, permitindo assim o relacionamento entre direito e moral. É deixado de lado o direito que se baseava na lei, defendido pelos positivistas, e entra em evidência o direito baseado na proteção de valores fundamentais garantidos através dos princípios de acordo com que defende a teoria dworkiniana.¹³³

Essa ruptura com o positivismo e com a separação total entre direito e moral em face da superação também do jusnaturalismo, novos campos interpretativos do direito surgiram mas ainda não de forma harmoniosa na doutrina, existindo grande

¹³² TOCQUEVILLE, A. de. **A democracia na América**. 2ª edição. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2005. p. 111.

¹³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**.

espaço para discussões sobre o direito, sua função social e interpretação. Na segunda metade do século XX o direito se apresenta interligado com a moral buscando através dessa nova hermenêutica, acompanhar a evolução social e garantir direitos fundamentais individuais não alcançados pelo positivismo.

O problema que se apresenta a partir da ruptura com o positivismo e com o jusnaturalismo é a fundamentação do direito na moral e a utilização desses fundamentos no ordenamento jurídico. Diante disso surgem os defensores da positivação dos fundamentos do direito e por outro lado, dentre os quais se destacam Luís Roberto Barroso, defendem a judicialização dos fundamentos de forma diversa, ou seja, através da materialização da Constituição.

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade.¹³⁴

Esta nova hermenêutica que se apresenta como fundamento necessário para a garantia dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, tem por base a normatividade dos princípios do direito. É através da força normativa dos princípios que o juiz pode, usando de bases mais alargadas do direito como a filosofia, decidir de forma que a coletividade representada pela maioria não invalide direitos individuais e de minorias. Os princípios constitucionais condensam em si todo o ordenamento jurídico e os valores da sociedade.

Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.¹³⁵

Com a centralização dos princípios no ordenamento jurídico moderno, a

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 01 abr. 2023. p. 22.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. p. 33.

Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras permeáveis, dando especial destaque para a ideia de justiça e garantia de direitos fundamentais.

Ocorre, no entanto, que mesmo os princípios apresentando uma carga valorativa maior, em determinadas situações, vários deles podem ser aplicados ou ainda pode ocorrer de serem contrapostos no mesmo caso concreto. Para estas situações Barroso afirma que “a sua incidência não pode ser postas em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade... mas sim de uma dimensão de peso e importância” para que não haja conflito normativo dos princípios.¹³⁶

No Brasil a mudança de paradigmas constitucionais contemporâneo, tem início com o processo de redemocratização e se configurou com a promulgação da Constituição de 1988. A partir daquele momento histórico uma nova hermenêutica constitucional nasceu e durante o desenrolar dos tempos se estabeleceu como configuração dominante de pensamentos, especialmente entre a formação atual do Supremo Tribunal Federal, de maioria progressista.

Podemos afirmar que atualmente existe um compromisso com a efetividade das normas e com o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional bem definidas. A Constituição passou a ter força normativa de caráter vinculativo e obrigatório, deixando de ser um simples conjunto de aspirações políticas. A mudança do paradigma foi tão notório, que as codificações de direitos, que antes possuíam a força normativa e sobre os quais a Constituição deveria se adaptar, passaram a serem diluídos em microssistemas e a Constituição assumiu o papel principal de ordenar essas normas relegando a elas a tarefa de serem infraconstitucionais no sentido de que somente possuem validade se estiverem de acordo com a Constituição que passa a integrar o centro de todo o ordenamento jurídico.

Podemos afirmar inequivocamente que o momento atual dos antecedentes teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro apresenta o constitucionalismo como elemento central do ordenamento jurídico pátrio, afastando praticamente por completo o minimalismo constitucional puramente procedimental. A ideia de objetividade do direito e da neutralidade do intérprete cedeu espaço a uma percepção do conhecimento jurídico que através da teoria crítica deu ao direito uma dimensão transformadora e emancipatória, mas ainda observando às potencialidade da

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. p. 35.

legalidade democrática.

Este movimento pós-positivista trouxe um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o positivismo mas não atingem o jusnaturalismo. Ele dá importância aos valores e reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais aproximando assim novamente o direito da moral.¹³⁷

O Estado Constitucional atual não se importa em saber se existe ou não direito absoluto, eterno e imutável como pressupõe a natureza humana. Ele se preocupa somente quanto a fundamentação destes Direitos, negando que seja suficiente fundamentá-los somente no estado da natureza, crença atribuída ao jusnaturalismo.

Esse novo constitucionalismo contemporâneo, embora semelhante ao neoconstitucionalismo, com ele não se confunde. O neoconstitucionalismo tem como principal objetivo criar uma nova teoria do direito que explique e defina às atribuições e funções do juiz como intérprete da constituição. Já o novo constitucionalismo se preocupa com a legitimidade democrática da constituição e com uma nova fundamentação do poder constituinte originário dando papel de participação direta dos cidadãos ao processo de formação da constituição e, após a construção material da mesma, ela possa ser levada ao crivo popular para sua aprovação e não somente ao Congresso Nacional. Entende o novo constitucionalismo que a Constituição desde sua criação até a sua aprovação por meio de referendo popular, exige a participação direta e efetiva do cidadão.¹³⁸

A preocupação principal do novo constitucionalismo poderia ser resumida na efetiva participação popular na construção da constituição, atuando como legítimos constituintes, sem a necessidade de representatividade parlamentar para a elaboração do processo constitucional dos direitos. No entanto, sendo este o passo que podemos perceber como razões para futuras constituições, ele atualmente não apresenta relevância e amadurecimento popular capaz de exigir esta nova forma de entender a concretização dos direitos dentro da constituição.

O novo constitucionalismo caracteriza-se primordialmente pela participação direta do cidadão, pelo empoderamento do processo de participação popular quando da criação e aprovação da constituição. Estaria portanto abarcado no seu contexto o entendimento de que a interpretação da constituição já seria feita em um primeiro

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.

¹³⁸ PASTOR, Viciano Roberto; DALMAU, Rúben Martinez. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. **Revista brasileira de políticas públicas**. v. 9. n 2. 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6079>. Acesso em: 24 abr. 2023. p. 334.

momento pelo povo através da sua direta vontade popular.

Não nos parece difícil perceber que vivemos um período de grande valorização da constituição, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal que ao decidir e interpretar a constituição, está sempre fazendo no sentido de que os direitos fundamentais e a proteção das minorias sejam observadas. Esta nova hermenêutica constitucional pode ser resumida em algumas características plenamente claras conforme Riccardo Guastini, constituição rígida; garantia jurisdicional da constituição; força vinculante da constituição; sobreinterpretação da constituição; aplicação direta das normas constitucionais e interpretação conforme as leis.¹³⁹

Através destes processo evolutivo do papel das constituições, atualmente podemos afirmar que elas se preocupam com os interesses coletivos, meta-individuais e os individuais homogêneos. A terceira geração dos direitos fundamentais estão vivamente impregnados de um ideal de fraternidade, a um ideal de direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento e o progresso da humanidade, a paz social e a comunicação e integração entre os povo.

Devemos rejeitar o radicalismo e respeitar os princípios fundamentais da segurança jurídica, democracia e liberdade. O neoconstitucionalismo deve respeitar o Estado Democrático irradiando os valores constitucionais por todo o ordenamento jurídico, assegurando a proteção e a promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da Democracia sem adentrar nas categorias metafísicas do jusnaturalismo.

A ligação entre o direito e a moral no contexto neoconstitucionalista é de fundamental importância. A moral deve ser definida sobre bases críticas e racionalmente fundamentadas, para se evitar que o moralismo conservador seja superado pela legislação moderna, mas volte por meio da argumentação jurídica dos intérpretes, com lastro em conceitos que não se sustentam, trazendo à tona sua aplicação prática em sua vasta dimensão teórica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo histórico do Constitucionalismo teve início com o Povo Hebreu através da “Lei do Senhor”, com o limite bíblico da democracia direta e diretamente aplicada nas Cidades-Estados gregas na antiguidade. Na idade média o marco fundamental desse processo se deu com a Magna Carta de 1215 assinada pelo Rei

¹³⁹ GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. 1ª Ed. México D.F.: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

João Sem Terra, aceitando limitar o próprio poder em troca de apoio para sustenta a coroa. A idade moderna é representada pelo documento “Bill of Rights” de 1689 como elemento marcante desse período do constitucionalismo, devendo ser incluído ainda neste período a Constituição da Confederação dos Estados Unidos em 1781. O constitucionalismo moderno é marcado pela Constituição Americana de 1787 e da Constituição Francesa de 1791.

O constitucionalismo contemporâneo surge a partir dos direitos de segunda e terceira gerações, com um constitucionalismo globalizado, dirigismo comunitário e com constituições programáticas e com conteúdo sociais bem definidos.

Com o segundo Pós-Guerra, a cultura jurídica que defendia o afastamento do debate filosófico do direito, da ética e da justiça baseada na lei positivada vai perdendo força pois não era mais suficiente para garantir os direitos naturais das pessoas. Surgem então o neoconstitucionalismo, como nova escola do pensamento do direito que defende uma reaproximação entre direito e moral e a instituição de direitos universais invioláveis, sob pena de violação da justiça, da ética e da dignidade da pessoa humana. Esse pós-positivismo defende uma constituição com comandos gerais e normas abertas para que possam servir de instrumento para que a sociedade permaneça em constante movimento e sem a necessidade de elaboração de novas constituições conforme evolui a sociedade.

O neoconstitucionalismo dá força normativa aos princípios constitucionais, vinculando todos os poderes constituídos e impondo limites. Esse novo movimento do pensamento jurídico passou a contrapor com o positivismo e passou a defender, através dos princípios, a aproximação entre o direito e a moral como elemento fundamental para a garantia dos direitos fundamentais.

Foi possível observar também um protagonismo do Poder Judiciário. No entanto isto não significa que o juiz está autorizado a atuar arbitrariamente, pelo contrário, sua atuação deve ser pautada pelos princípios éticos e políticos que se fundamenta o Estado Constitucional e Democrático de Direito. A racionalidade jurídica deve ser estimulada através dos princípios buscando a concretização dos direitos fundamentais.

Neste contexto surgiu o ativismo judicial, que inicialmente viu-se na obrigação de completar o vácuo deixado pela inação e ou omissão dos Poderes Instituídos no cumprimento de suas obrigações. O Judiciário sentiu-se na obrigação constitucional de agir de forma ativa para concretizar direitos através de suas decisões. A atuação contramajoritária do Poder Judiciário não deve ser confundida com contraposição à

democracia já que esta não se conceitua como sendo a vontade da maioria.

O ativismo judicial se dá com a atuação proativa do juiz diante do fato que lhe é apresentado, permanecendo ainda a necessidade de provocação para que o Estado preste sua atividade jurisdicional. Deve o julgador se valer sempre das normas constitucionais, mesmo quando o legislador seja omissor. Neste quesito fundamenta-se o principal argumento dos opositores do ativismo judicial, qual seja, à violação do princípio da separação dos poderes e por consequência da soberania popular. Esta nova hermenêutica jurídica tem se demonstrado como eficiente meio alternativo para solucionar impasses onde o cidadão pleiteia direitos que as leis e demais atos infraconstitucionais ainda não positivaram mas estão explícitos ou implícitos no texto constitucional.

As decisões judiciais devem ser fundamentadas através de uma lógica interpretativa que não afaste totalmente o direito para utilizar unicamente posicionamentos filosóficos morais. O cuidado com a argumentação jurídica deve ser necessária a ponto de não infringir limites funcionais entre os poderes sem que exista pelo menos uma fundamentação principiológica do direito.

Tanto o Direito quanto a Moral são regras sociais e que regulam o comportamento do homem em sociedade. Inegável neste sentido, que exista uma interpelação entre ambos. Não ocorre a subordinação de um ao outro e nem o entrelaçamento completo. O que deve existir é uma relação próxima e conjunta, mas cada um mantendo seu específico conteúdo.

A ciência jurídica não deve ser entendida como unicamente um conjunto de leis e normas estabelecidas. Ela deve relacionar-se com a conduta humana, atrelando-se a ela direta ou indiretamente. Tanto o direito quanto a moral devem estar imbuídos na aplicação das normas constitucionais com objetivo de alcançar a justiça.

Direito e moral, seja na aplicação ou na consolidação, estão intimamente ligados e pautam-se na esmerada efetivação da própria ciência jurídica, necessitando apenas da devida ponderação de valores para evitar extremismos conceituais na prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2022.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Reuters, 2021.

ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de. **Judicialização da política e ativismo judicial**: O estado de exceção presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. 1ª edição. São Paulo: Editora LiberArs, 2020.

ANDRADE, Wendell Antônio Ribeiro de. Dois conceitos de interpretação: os hard cases em dworkin e a racionalidade da jurisdição em Habermas. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.8, n.12. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/55109/40627>. Acesso em: 08 mar. 2023.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Edipro, 2019.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Edipro, 2014.

BARAK, Aharon. The Judge in a Democracy. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf. Acesso em: 01 abr. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240: 1-42. Abr./Jun. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Revolução tecnológica, crise da democracia e constituição**: Direito e políticas públicas num mundo em transformação. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2007.

BRAGA, Ricardo Peake. **Juristocracia e o fim da democracia. Como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder.** 1ª Edição. Londrina: Editora Educação, Direito e Alta Cultura, 2021.

CADEMARTORI, Luiz Henrique. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito.** Curitiba: Editora Juruá, 1995.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 3ª edição. São Paulo: Editora D`Plácido, 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** São Paulo: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição. In. GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. **Judicialização da política e ativismo judicial: contornos democráticos da atuação do judiciário.** São Paulo: Editora Dialética, 2022.

CONSTANTINO, Rodrigo. **Pensadores da Liberdade.** São Paulo: Editora Faro, 2021.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do estado. **Novos Estudos Jurídicos**, 2016. Disponível em:
https://www.researchgate.net/publication/311089083_A_COMMOLIZACAO_DO_DIR EITO_POSITIVO_O_ATIVISMO_JUDICIAL_E_A_CRISE_DO_ESTADO. Acesso em: 20 set. 2022.

DIAS, Saulo de Tarso Fernandes. **A relação entre Direito e Moral em Jürgen Habermas.** 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gaspareto. **Ativismo Judicial e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade.** [s. a.]. Disponível em:
https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/editorajuspodivm/arquivos/2_ativismo%20solt as.pdf. Acesso em: 22 fev. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** 3. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios.** 2ª edição. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2005.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. **O Projeto Inacabado de uma Teoria da Decisão Judicial:** de Habermas a Streck, na luta por decisões democráticas. Belo Horizonte: Dialética, 2019.

FRANCISCO, José Carlos. **Neoconstitucionalismo e atividade judicial:** do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

FROEHLICH, Charles Andrade. **O positivismo jurídico e a diferenciação entre direito e moral.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas:** justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial:** contornos democráticos da atuação do Judiciário. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional.** 1ª Ed. México D.F.: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral.** Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Editora Instituto Piaget, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo:** racionalidade da ação e racionalização social. Vol. 1. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert L. A. **Direito, Liberdade, Moralidade.** Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Editora Fabris, 1987.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito.** Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

JARAMILLO, García Leonardo. **Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción:** uma discusión em clave neoconstitucional. Instituto de Estudios Constitucionales. 1ª edição. Impreso y hecho em México, 2016.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF.** Curitiba: Editora Juruá, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MARQUES, Bruno. Do ativismo no STF ao ativismo do TCU: é possível falar em ativismo legislativo no Brasil? **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 6, n. 3, p 11091-11115 mar. 2020. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/7488>. Acesso em: 22 mar. 2023.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Scondat. **O Espírito das leis**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva 2000.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade**: Impactos e efeitos na evolução da democracia. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

PASTOR, Viciano Roberto; DALMAU, Rúben Martinez. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano, em AA.VV. El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

PASTOR, Viciano Roberto; DALMAU, Rúben Martinez. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. **Revista brasileira de políticas públicas**. v. 9. n 2. 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6079>. Acesso em: 24 abr. 2023.

POSNER, Richard. A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trota, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 10ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2ª Edição. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003.

SÁ, Mariana Oliveira de, BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente ao fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3126/pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e Equilíbrio Democrático**: intercâmbios entre *Civil Law* e *Commun Law* – Volume 2. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>. Acesso em: 23 abr. 2023.

SCHNEIDER, Tania. **A justiça política em Aristóteles**. 2011. Disponível em: <https://philarchive.org/archive/DAFAJP>. Acesso em: 11 abr. 2023.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3139>. Acesso em: 29 abr. 2023.

TASSARINI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: Limites de atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeksi. Ativismo judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito FGV**. São Paulo, v. 8, n. 1 Jan-jun, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966>. Acesso em: 28 abr. 2023.

TOCQUEVILLE, A. de. **A democracia na América**. 2ª edição. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2005.

TOURINHO, Saul Leal. Direito constitucional: ativismo judicial e direitos fundamentais. In: **Ativismo judicial: histórico, análise e perspectivas**. (Cursos) PUC RS, 2023. <https://salavirtual.pucrs.br/curso/direito-constitucional-ativismo-judicial-e-direitos-fundamentais>. Acesso em: 06 set. 2022.

ULIANO, André Borges. **Contra o ativismo judicial: mecanismos institucionais de prevenção e correção de decisões ativistas**. Londrina: Editora Thoth, 2022.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madri: Editorial Trotta, 2011.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Teoria complexa do direito. In: SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre Civil Law e Common Law – Volume 2**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.