



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**CAIO PEDRO ANSELMO GUEDES**

**ATIVISMO JUDICIAL: os limites de atuação dos juízes**

**BRASÍLIA  
2021**

**CAIO PEDRO ANSELMO GUEDES**

**ATIVISMO JUDICIAL: os limites de atuação dos juízes**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Danilo Porfírio de Castro Vieira

**BRASÍLIA**  
**2021**

**CAIO PEDRO ANSELMO GUEDES**

**ATIVISMO JUDICIAL: os limites de atuação dos juízes**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Danilo Porfírio de Castro Vieira

**Brasília, 08 de setembro de 2021**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor(a) Orientador(a)**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

## **ATIVISMO JUDICIAL: os limites de atuação dos juízes**

**Caio Pedro Anselmo Guedes**

**Resumo:** o presente artigo busca estudar a relação entre o ativismo judicial e a hermenêutica jurídica com o intuito de observar como os pronunciamentos judiciais afetam o Estado Democrático de Direito. O método utilizado neste trabalho foi o estudos de casos, como também recorreu-se a pesquisas doutrinárias, bibliográficas e jurisprudenciais. Contudo, busca-se evidenciar que o ativismo judicial despreza a adequada interpretação jurídica, destrói o Estado Democrático de Direito, ou seja, não é solução aos temas mais caros à sociedade, mas pelo contrário, suas consequências afastam os objetivos buscados por ele, não possui fundamentação justificável e gera insegurança jurídica.

**Palavras-chave:** ativismo judicial. relativismo, decisionismo. justicialismo. jurisprudência. neoconstitucionalismo. racionalidade jurídica. princípios.

### **Sumário:**

Introdução. 1. O Ativismo Judicial e seus problemas. 1.1 Levantamento do problema. 1.2 Questionamento sobre relativismo. 1.3 Decisionismo e justicialismo: problemas para a jurisdição do Brasil. 1.4 Compreensão no Brasil sobre jurisprudência, neoconstitucionalismo, racionalidade jurídica e entendimento e aplicação dos princípios jurídicos. 2. Fundamentos do jurisprudencialismo e do neoconstitucionalismo na doutrina e jurisdição brasileira. 3. Análise de decisões. Conclusão.

### **Introdução**

O trabalho possui bastante importância devido, dentre outras razões, à necessidade de se ter segurança jurídica nos pronunciamentos judiciais, uma vez que deve existir previsibilidade nas decisões, por meio da unicidade do direito. Atualmente, é comum encontrar notícias em jornais e na televisão reportagens que abordam os impactos das decisões judiciais sobre temas caros à sociedade, como saúde, segurança pública, justiça etc, o que também mostra a pertinência da pesquisa.

Igualmente, o assunto é relevante, pois o Judiciário notoriamente está em visibilidade, bem como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 contém uma gama de direitos fundamentais, a fim de implantar as promessas modernas, as quais são utilizadas por aquele poder da República em suas deliberações que afetam a sociedade, a política e a área científico-acadêmica.

Com isso, a pesquisa visa responder se os magistrados têm extrapolado os seus limites de atuação, sejam constitucionais ou hermenêuticos, e se é preciso uma construção de uma teoria da interpretação, visto que as decisões judiciais possuem influência da discricionariedade dos juízes. A problemática reside na observação sobre de qual maneira os pronunciamentos judiciais ativistas afetam o Estado Democrático de Direito. Para isso, os marcos teóricos são o neoconstitucionalismo, a jurisprudência, o relativismo, decisionismo, justicialismo, racionalidade jurídica e o entendimento e a aplicação dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia usada para a presente pesquisa foi a análise de jurisprudências e bibliografias.

O trabalho possui três partes: a primeira acerca do ativismo judicial e seus problemas, em que - em subtópicos - é tratado sobre o relativismo, o decisionismo, o justicialismo, jurisprudência, neoconstitucionalismo, racionalidade jurídica e o entendimento e aplicação dos princípios; já na segunda parte, por causa da sua relevância na temática, aborda-se os fundamentos do jurisprudencialismo e do neoconstitucionalismo na jurisdição brasileira e, por último, há análise de decisões, em que se pontua na prática o que foi versado nas partes anteriores.

## **1. O Ativismo Judicial e seus problemas**

### **1.1. Levantamento do problema.**

A presente pesquisa é muito pertinente hodiernamente, pois, com a crescente judicialização da política, os magistrados tornaram-se atores impostes na coletividade por suas decisões divulgadas pela mídia. Outrossim, o tema possui relevância devido a uma notória exposição do Judiciário brasileiro, como também a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 conter uma gama de direitos

fundamentais, o que tem sido usado como argumento para a atuação daquele Poder da República em assuntos mais caros à sociedade.

Nesta esfera, o Ativismo Judicial - segundo sugere o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso - é uma atitude, uma escolha do intérprete da Constituição, a qual sofre em seu alcance uma ampliação e potencialização, e tem, para Barroso, servido bem ao Brasil (BARROSO, s.d., pp. 01/06). Assim, seria o Ativismo Judicial algo realmente necessário ou uma liberdade perigosa para o magistrado? Há extrapolação dos limites de atuação dos julgadores?

Para responder a essas perguntas, neste capítulo, como também nos demais, faz-se necessário questionar sobre o relativismo das normas jurídicas, expor sobre o decisionismo e o justicialismo na jurisdição brasileira e, por fim, analisar a compreensão no Brasil sobre jurisprudência, neoconstitucionalismo, princípios jurídicos e racionalidade jurídica.

## **1.2. Questionamento sobre relativismo.**

Entende-se como relativismo como a não existência de uma única resposta correta para um determinado problema, mas a existência de múltiplas interpretações aplicáveis. É a posição de Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, ao defender que são várias as possibilidades de interpretação de uma norma e todas elas possuem o mesmo *status*, não sendo uma só delas a correta (SIMON, 2006, pp. 119-125). Nesse viés, acerca da hermenêutica jurídica, indaga Streck (2014, p. 429)

“De todo modo, vale a pergunta: qual seria a validade (ou o sentido) de uma hermenêutica jurídica que admite-se 'qualquer resposta', enfim, de uma hermenêutica que admite-se, como Kelsen, que interpretação judicial é um ato de vontade? Qual seria a utilidade de uma hermenêutica que admitisse até mesmo múltiplas respostas para o mesmo caso 'concreto'? Qual seria a razão de ser de uma teoria hermenêutica que admite-se que o direito é aquilo que o 'intérprete autorizado' diz que é? Sem medo de errar, nada mais, nada menos, isso seria retornar ao último princípio epocal da metafísica moderna: a vontade do poder. E, em consequência, estar-se-ia admitir 'um grau zero na significação' e, conseqüentemente, um constante 'estado de exceção hermenêutica'. Hermenêutica seria, pois, pré-lingüística. Mas, já então, não seria mais 'hermenêutica'! Por isso, a necessidade de existir respostas corretas em Direito.”

Em outras palavras, o relativismo pode ser usado como ferramenta para que o intérprete entenda conforme ele mesmo ache mais adequado. Com isso, há a necessidade de estabelecer parâmetros para que seja afastado o relativismo.

Como solução ao problema do relativismo, vale ressaltar que Dworkin oferece uma explicação do fenômeno jurídico a partir da analogia com a construção literária de um romance em cadeia. Esta proposta, segundo Streck e Morbach Júnior (s.d., pp. 51-55)

Para Dworkin (*apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR), como um romance construído em cadeia, num projeto em conjunto, também o direito pode ser considerado um empreendimento coletivo entre autores que se propõem à escrita conjunta de uma única obra. Um processo desse tipo pressupõe, naturalmente, a obrigação daquele que escreve de manter coerência com os elementos que já fazem parte da obra: os elementos que lá já estavam antes de sua participação.

Assim, como os autores envolvidos no romance em cadeia — e trazendo a analogia para a esfera jurídica —, os juízes são, igualmente, “autores e críticos” (DWORKIN *apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR): decidindo os casos concretos, específicos, que a eles são apresentados, juízes contribuem para com a tradição que interpretam, adicionando a ela novos elementos; os juízes subsequentes, portanto, vão encontrar uma tradição que se renova ao mesmo tempo em que guarda coerência de princípio com o passado.

Também Streck e Morbach Júnior (s.d., pp. 51-55) explicam como esse romance se opera,

Em um romance em cadeia, “cada um dos autores”, dirá Dworkin (*apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR, s.d.), “procura fazer um romance único a partir dos materiais que tem à mão, daquilo que acrescenta e (na medida em que pode controlar isso) daquilo que seus sucessores quiserem ou puderem adicionar.” É por isso que ele deve “tentar fazer do romance o melhor que ele pode ser construído como se fosse o trabalho de um único autor” (DWORKIN *apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR). É isso que deve fazer o juiz: fazer do direito o melhor que ele pode ser, como se o ordenamento fosse um todo coerente, construído por um único autor; “como se os direitos e políticas promovidos e protegidos pelas instituições políticas fossem todos derivados de uma série coerente de princípios, passíveis de serem reforçados por um único agente moral” (MARMOR *apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR).

Trata-se, afinal, de exigir do Estado uma atuação em torno de princípios coerentes mesmo quando haja, entre os Cidadãos, desacordos sobre o que os princípios corretos de justiça exigem (DWORKIN *apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR). Nesse processo, o que está em jogo é o valor/sentido da própria prática. Ou seja, sendo o direito a prática social que garante legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc.) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser. Dito de outro modo, a divergência é resolvida com a melhor justificação.

Acrescentam Streck e Morbach Júnior (s.d., pp. 51-55),

É nesse como se que reside o ideal normativo dworkiniano de integridade: uma concepção que entende o direito como uma estrutura de

princípios coerentes de justiça, equidade, e devido processo; que entende que os juízes devem reforçar e guardar coerência com esses princípios, subjacentes à tradição jurídica, diante de novos casos que se apresentem — de modo que, precisamente por uma questão de equidade, as novas situações sejam julgadas de acordo com os mesmos padrões. É difícil? Talvez; mas o predicado dworkiniano fundamental rejeita a ideia de “*not worth trying*”, de que não vale a pena tentar (WALDRON *apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR). O direito é como Dworkin diz que é? É difícil ser taxativo. Mas o mais importante é o como se.

Isso significa que o juiz responsável que adota o direito como integridade como sua concepção interpretativa — juiz que, na metáfora exemplificativa de Dworkin (*apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR), leva o nome de Hércules — deve, portanto, “testar sua interpretação acerca de qualquer parte da grande rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade perguntando se ela é capaz de fazer parte de uma teoria coerente que justifique essa rede como um todo” (DWORKIN *apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR). Aquele que aceita o ideal interpretativo da integridade deve, então, decidir casos difíceis de modo a tentar encontrar a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da prática jurídica da comunidade a partir de e em meio a um todo coerente de princípios de moralidade política (DWORKIN *apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR); deve fazer dessa estrutura e dessa prática, como vimos, o melhor que elas podem ser.

### Concluem Streck e Morbach Júnior (s.d., pp. 51-55) que

À luz do direito como integridade, consagrado na analogia da prática como um romance em cadeia, as proposições jurídicas não são meras descrições mecânicas da história jurídica; daí não se segue que sejam dissociadas da história, da tradição institucional em que inseridas. Proposições de direito, tendo a integridade como princípio-ideal (normativo e explicativo) mais fundamental, são “interpretativas”: combinam elementos de uma tradição institucional que contribuem para que, prospectivamente, o direito seja o melhor que ele pode ser. Direito como integridade é o direito que deve ser aquilo que ele já é interpretado construtivamente sob sua melhor luz. Cada novo capítulo, cada nova lei, cada nova decisão - cada acréscimo deve ser (institucionalmente) ajustado aos princípios daquilo que vem antes e que informam o que deve vir depois.

Integridade é uma concepção distinta da própria ideia de “legalidade”. É uma leitura, afinal, que une o direito, no plano conceitual, à verdadeira noção de império da lei (DWORKIN *apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR). Daí a importância da analogia do romance em cadeia como ilustração que, mais do que simples analogia explicativa, consagra o ideal de integridade: decisões judiciais devem ser decisões de princípio; por trás disso, deve figurar, como premissa mais fundamental, a ideia de que o governo deve tratar todos os cidadãos como iguais.

É nesse sentido que, quando se trata de resolver desacordos — e na exata proporção em que esse é um papel inegável, inevitável do direito —, é muitas vezes preferível que essas decisões, finais, autoritativas, ocorram não no “*battleground*” da política, mas nas Cortes — que, tendo os juízes a responsabilidade política que lhes é exigida, tornam-se um “fórum de princípio”, aptas a resolver de forma contramajoritária e ainda assim democrática; mais: democrática de verdade exatamente porque contramajoritária. Isso porque, afinal, os conflitos mais fundamentais devem, em algum lugar, ser tratados como questões de justiça. Nesse sentido, diz Dworkin (*apud* STRECK; MORBACH: “não chamo a isso de religião ou profecia. Chamo a isso de direito” (DWORKIN *apud* STRECK; MORBACH



JÚNIOR). Trata-se, nas palavras do próprio autor, de um argumento “teorético” e, sobretudo, “institucional” (DWORKIN *apud* STRECK; MORBACH JÚNIOR), que está — como não poderia ser diferente — intimamente ligado à sua concepção interpretativa sobre o fenômeno jurídico tal como ele é.

Em suma, por mais que possa haver mais de uma solução aplicável (e isso não é uma evidência do relativismo), o magistrado tem o dever hermenêutico de interpretar conforme o Direito, preservando a jurisprudência.

Um exemplo de decisão judicial em que foram utilizados argumentos relativistas é a ADI 3510 e a ADPF 54, no tocante ao entendimento dos ministros do STF acerca do nascituro e do princípio da dignidade da pessoa humana, que serão analisadas no tópico 3.

### **1.3. Decisionismo e Justicialismo: problemas para a jurisdição do Brasil.**

Entende-se como decisionismo o ato de vontade do magistrado o qual não necessariamente é guiado pela função de conhecimento da norma jurídica (SIMON, 2006, p. 125). Dessa maneira, pode-se entender como decisionismo a aplicação da opinião pessoal do julgador em detrimento da norma jurídica (STRECK, 2018).

Neste contexto, em Kelsen e em Hart, quanto ao uso da discricionariedade para a solução de casos difíceis, os quais são caracterizados pelas normas jurídicas de um ordenamento não “cobrirem” todas as hipóteses de aplicação (STRECK, 2014, p. 406), pontua Streck (2014, p. 407),

Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, o “ovo da serpente do positivismo contemporâneo”, embora realistas jurídicos, como Alf Ross, tenham, sob outro viés, parcela significativa de responsabilidade nesse *affair*. Kelsen “desiste” de enfrentar o problema dos “casos difíceis” (embora deles não fazem na especificidade), deixando a cargo dos juízes tal solução, a partir de um “ato de vontade” (daí se falar do “decisionismo kelseniano”). Já Hart confia plenamente nos juízes para resolução dos casos difíceis, desde que tal “escolha” se dê no interior da zona de penumbra da norma. Ao transferir o problema da normatividade kelseniana para decisão judicial, Ross conforma aquilo que se pode denominar de positivismo fático (o sentido da norma se dá na decisão). Mas em todos eles está presente a indissociabilidade entre “discricionariedade/arbitrariedade e o sujeito do esquema sujeito-objeto”, problemática que repercute até hoje, reforçada, por exemplo, nas teorias da argumentação jurídica.

Nesta vertente, corrobora Henrique Simon (2006, pp. 119/131), ao constatar que o problema do decisionismo pode ser facilmente percebido, a partir de Kelsen e Hart, pois “uma vez que o direito é fruto da linguagem natural, sem o controle do sistemas de linguagens formais, ele está sempre sujeito à vagueza e à ambiguidade. Daí que não se pode ter um único significado extraído de um texto normativo.” (SIMON, 2006, p. 119). E após ressaltar que são várias as possibilidades de interpretação de uma norma e todas elas possuem o mesmo *status*, não sendo uma só delas a correta; que “Kelsen admite que o juiz pode dar um sentido a uma norma que esteja fora daqueles propostos pela ciência jurídica, ou mesmo que seja contrário à norma.” (SIMON, 2006, p. 119/122) E sendo a decisão transitada em julgado, ela passa a fazer parte do mundo jurídico e torna-se objeto da ciência jurídica. (SIMON, 2006, pp. 122-125)

Quanto à zona de textura aberta segundo Hart, afirma Simon (2006, pp. 125/131) que em razão do “direito é encarado com o instrumental da filosofia da linguagem ordinária, não podia deixar de ser dotado de imprecisões que dão margem à discricionariedade do juiz no momento em que se depara com a impossibilidade de aplicação imediata da norma ao fato” (SIMON, 2006, p. 126). As imprecisões mencionadas - chamadas de textura aberta, ou vagueza dos termos - são as hipóteses que podem ocorrer que não necessariamente estejam perfeitamente descritas na norma (denominada por Hart como zona cinzenta, que são legítimas dúvidas quanto ao fato de o objeto ou situação entrar ou não na denotação), porquanto o legislador não conseguiria prever todas as circunstâncias possíveis ao criar uma norma. Porém, ressaltar Simon (2006, p. 128) que “a discricionariedade do juiz não é total. Ele está vinculado ao que está disposto na regra, não pode simplesmente ignorá-la”, pois o direito não é baseado na discricionariedade dos juízes.

Assim, afirma Simon (2006, p. 130) que

Diante da impossibilidade de se saber se um termo é aplicável a um a um caso por meio dos usos conhecidos, o jurista precisa buscar justificativas para incluir ou excluir o caso da extensão da definição, reduzindo, assim, a vagueza do conceito. Mas ele não pode dar um significado arbitrário ao termo; deve manter-se fiel, na medida do possível, aos usos já estabelecidos que moldam o significado já compartilhado do termo.

Contudo, pode-se concluir que o problema da discricionariedade do magistrado ao decidir um caso concreto não pode ser ignorado, mas é contrária à hermenêutica jurídica, pois ela não abre espaços para arbitrariedades, relativismos, decisionismos e discricionariedades, o que não significa uma proibição de interpretar (STRECK, 2014, p. 429).

Acerca do justicialismo, por sua vez, este é compreendido como a falta de critério dos magistrados em aplicar o Direito, seja pela discricionariedade supracitada ou pela extrapolação dos limites da juridicidade. Sobre este, Castanheira Neves (1993, pp. 207) diz que “o problema dos limites do direito ou da juridicidade é naturalmente correlativo ao do reconhecimento de um espaço livre do direito (lacunas)” e “não é lícito nem relativizá-la analiticamente em função dos diversos e doutrinariamente possíveis conceitos de direito”.

Neste contexto, acrescenta também o autor português que

[...] o princípio da vinculação e obediência à lei, na medida em que implica admitir-se no domínio das lacunas tão-só uma actividade integradora (*praeter legem*) e não de correção ou de alteração da lei (*contra legem*), por isso mesmo impõe que se distingam os casos de verdadeiras lacunas de aqueles outros cuja decisão autónoma, a pretexto de lacuna, traduzirá apenas uma intenção de criticar e corrigir as normas positivas vigentes. (NEVES, 1993, p. 220).

Assim, quanto aos limites, pontua Castanheira Neves (1993, pp. 235-237), quanto ao limite funcional, que

[...] a primeira exigência que [...] se impõe é a de actuar segundo o tipo de racionalidade especificamente jurídico e assim de decidir autonomamente através de um modelo decisório em que se veja assumido esse tipo de racionalidade e, porque o assume, lhe permite a qualificação de uma *decisão jurídica*.”

Sobre as questões políticas, “admitindo-se, no entanto, que nem sempre seja fácil distinguir o jurídico do político, sobretudo no caso das grandes questões, aquelas que impliquem opções importantes de cunho também religioso, ético ou político num contexto problemático, ou sempre que se esteja perante questões cuja solução convoque mais razões de oportunidade do que de fundamentos de validade, o princípio democrático justificará que o decidente jurídico assuma uma auto-limitação a favor do legislador, vendo nessas questões questões políticas a que se absterá de impor uma solução juridicamente decisória. E tanto mais aceitável este limite quanto é certo que deste modo só se preserva o princípio da independência judicial, já que se afasta o decidente de tomar posição em questões para que não está preparado institucionalmente, nem é funcionalmente competente, que também não se enquadram verdadeiramente no sentido do juízo jurídico jurisdicional e em que só correria o risco de menor legitimação e autoridade, e mesmo de fomentar a perda de confiança social no seu poder ou função, pela forte discutibilidade da decisão ou pela oposição que suscitaria qualquer que ela fosse.”

Dessa forma, ao atuar nas competências de outros Poderes da República, principalmente do Legislativo, há um evidente rompimento dos limites de atuação jurisdicional por parte do STF, o que é contrário ao Estado Democrático de Direito e à própria Constituição.

#### **1.4. Compreensão no Brasil sobre jurisprudência, neoconstitucionalismo, racionalidade jurídica e entendimento e aplicação dos princípios jurídicos.**

Neste tópico, vale ressaltar primeiro sobre o que é a jurisprudência, depois sobre o que se compreende por neoconstitucionalismo e, por último, expor sobre o entendimento e aplicação dos princípios jurídicos e sobre a racionalidade jurídica.

Assim, jurisprudência é o conjunto de decisões dos tribunais e fonte formal do Direito, obrigatória a juízes e tribunais, inspirada pelo princípio da segurança jurídica, o qual objetiva garantir alguma previsibilidade para aquele que recorre ao Poder Judiciário (PÉRET, 2016). Com efeito, a jurisprudência deve ser uniforme, ou seja, ser: estável, a qual ocorre quando os entendimentos são observados pelo próprio tribunal ou por instâncias inferiores e só deve ser alterada por procedimentos que assegurem amplo debate e segurança jurídica; íntegra, a qual ocorre quando se utiliza as técnicas de superação ou de distinção para a sua eventual alteração, sendo esta uma permissão para que o juiz demonstre que a jurisprudência em questão não é aplicável, pois se trata de caso diverso e, por fim, coerente, a qual é utilizada quando não houver contradição, isto é, sobre o mesmo caso aplica-se a mesma regra (PÉRET, 2016).

Sobre o assunto, na conjuntura brasileira, ao expor o problema da discricionariedade dos magistrados na aplicação do Direito, alerta Streck (2014, p. 402) que,

“E isso implica discutir o cerne da teoria do direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação, é dizer, das decisões dos juízes e tribunais. Autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim pensar, a autonomia será substituída - e esse perigo ronda a democracia a todo o tempo - exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente ‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do direito’ (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?)”

Dessa maneira, a discricionariedade dos magistrados é prejudicial à segurança jurídica e à democracia.

Por sua vez, neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo contemporâneo, é uma doutrina que se caracteriza como uma nova maneira de se enxergar as normas constitucionais, a qual reflete - de acordo com a doutrina - uma sociedade mais plural e complexa. Ele está pautado nas seguintes bases: a força normativa da Constituição, a qual é o reconhecimento de que ela possui uma força jurídica interna que a diferencia das demais normas jurídicas; expansão da jurisdição constitucional, isto é, o entendimento que as Cortes Constitucionais têm o poder de dar a palavra final sobre a interpretação da Constituição, que, no Brasil, este papel é desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), e os acréscimos de novas técnicas de interpretação, como a ponderação como método de decisão, uso de cláusulas gerais e o reconhecimento dos princípios jurídicos como normas constitucionais. Para essa doutrina, o jurista contemporâneo não apenas analisa a letra fria da lei, mas capta o verdadeiro sentido da norma a partir da análise do caso concreto. São exemplos de aplicação do neoconstitucionalismo pelo STF: interrupção da gravidez de feto com anencefalia, ADPF 54; nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário, ADC 12, e uniões homoafetivas, ADI 4277 e ADPF 132.

Pelo exposto, pode-se inferir que no constitucionalismo contemporâneo, base do Ativismo Judicial atualmente existente no Brasil, há uma margem considerável de discricionariedade do magistrado, a qual pode ser arbitrária.

Acerca do entendimento e aplicação dos princípios jurídicos, cabe mencionar inicialmente o que se entende sobre os princípios jurídicos. Estes, para Canotilho (2000, pp. 1160-1161), são normas jurídicas que possuem cinco características: caráter mais abstrato, carecem de mediações concretizadoras, por serem vagos e indeterminados, natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico [...] ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico, “*standards* juridicamente vinculantes radicados na exigência de justiça ou na ideia de direito” e “estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas”. Acrescenta o constitucionalista português que os princípios são normas jurídicas impositivas de otimização - permitem o balanceamento de valores e interesses,

podendo ser objeto de ponderação e de harmonização -, de convivência conflitual e coexistem, ou seja, não se anulam um ao outro (CANOTILHO, 2000, pp. 1161-1162).

Já para Alexy (2012, pp. 85-87), os princípios jurídicos são normas, pois dizem o que deve ser e podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Diz também que são normas com grau de generalidade relativamente alto e que uma das principais características deles, para o autor, é que são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, portanto, mandamentos de otimização, os quais incluem também as permissões e as proibições (ALEXY, 2012, p. 90).

Quanto à possibilidade de colisão entre princípios, Alexy (2012, p. 93) defende que se dois princípios colidem, um deles terá que ceder, não sendo este considerado inválido ou imposto a ele uma exceção, mas o que ocorre é que um dos princípios terá precedência em face do outro sob determinadas condições e sob outras, a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Assim, um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro (ALEXY, 2012, p. 96).

Já sobre um modelo puro de princípios, diz Alexy (2012, pp. 122-123) que este modelo não leva a sério uma cuidadosa regulação de restrições, ajustada à natureza de cada um dos direitos fundamentais. Assim, é contrário ao texto constitucional, porquanto substituiria vinculação por sopesamento e, com isso, ignoraria o caráter da Constituição como uma rígida, com pretensão de clareza normativa e univocidade. Neste contexto, para Canotilho (2000, pp. 1162-1163):

O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do possível fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

[...] Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos.

Assim, Alexy (2012, pp. 135-141) ao considerar que um modelo puro de regras também fracassaria, sugere que uma forma misto de regras e princípios é

considerável e, dessa forma, haveria um nível de princípios e outro de regras, porém, uma norma específica de direito fundamental é regra ou princípio, mas não os dois. Sobre o nível dos princípios, constata Alexy (2012, p. 139) que

No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões ou, para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias surgem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o estreito mundo do dever-ser definitivo ou real. Neste ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação em relações de preferência.

Por último, Alexy (2012, p. 144-179) expõe qual é, para ele, a relação entre princípios e valores, e afirma que os conteúdos dos princípios e dos valores possuem praticamente os mesmos significados, no entanto, com uma diferença: “o modelo de princípios tem a vantagem de que nele o caráter deontológico do direito se expressa claramente. [...] suscita menos interpretações equivocadas [...]. Ambos os aspectos são importantes o suficiente para que se dê **preferência** ao modelo de princípios.” (ALEXY, 2012, p. 153, grifo nosso).

Mediante ao exposto, vale ressaltar o que observa Streck (2014, pp. 132-133) sobre o entendimento e a aplicação dos princípios no contexto brasileiro:

“Interessante notar como o imaginário que suportava as teses do direito livre a da jurisprudência dos interesses aparece, difusamente, ainda hoje no âmbito do pensamento jurídico brasileiro. Veja-se, por exemplo, a concepção amplamente difundida que afirma serem os princípios constitucionais a consagração dos valores éticos e morais que o desenvolvimento social legou ao Direito. Nessa toada, afirmam, equivocadamente, que o juiz não pode mais ficar inerte e simplesmente ‘reproduzir’ (sic) o discurso legislativo, e que ele deve valorar as circunstâncias do caso de modo a encontrar a ‘melhor solução’ com base na ponderação de princípios colidentes. Essa menção a valores - cujo ranço neokantiano parece evidente - já aparecia nos movimentos antissistemáticos do início do século XX como fica claro nessa passagem de Losano: ‘É efetivamente a alma da filosofia neokantiana que plasma suas ideias, como especifica Radbruch em 1905: o problema da influência dos juízos de valor sobre as sentenças pode hoje ser indicado como a questão mais candente da filosofia do direito” ’

Acrescenta também Streck (2014, pp. 133-134) que

“Esse terreno também é fértil para o surgimento, nos anos 90 do século XX, do assim denominado ‘neonstitucionalismo’, que, embora tenha proporcionado alguns avanços, deu azo, no Brasil, ao pamprinciplismo. [...] é necessário reconhecer que as características desse ‘neonstitucionalismo’ acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da constituição. Ora,

sob a bandeira 'neoconstitucionalista' defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional de efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais quais: *neoprocessualismo* (sic) e *neopositivismo* (sic). Tudo por que, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos 'verdadeiros valores' que definem o direito justo (vide, neste sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação parcial - no plano teórico-interpretativo- do *paleo-juspositivismo* (Ferrajoli) na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e, daquilo que é a versão mais contemporânea desta última: da jurisprudência dos valores.

Portanto, é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com um direito 'novo' [...], fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial."

Em relação ao ativismo judicial, este - para Barroso (s.d., p. 06, grifo nosso) "é uma **atitude, a escolha de um modo específico e proativo** de interpretar a Constituição, **expandindo o seu sentido e alcance.**" Portanto, pelo exposto, não há dúvidas de que o ativismo judicial extrapola os limites da juridicidade, como também possui uma margem discricionária evidente, como claramente pode ser percebido da seguinte afirmação:

"[...] É importante assinalar que [...] o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e **o fez nos limites dos pedidos formulados.** [...] A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. **Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem.** (BARROSO, s.d., p. 05, grifo nosso)"

## **2. Fundamentos do jurisprudencialismo e do neoconstitucionalismo na doutrina e jurisprudência brasileira.**

Como visto no capítulo anterior, jurisprudência, fonte formal do direito, é o conjunto de decisões dos tribunais, obrigatória a juízes e tribunais, e inspirada pelo princípio da segurança jurídica, o qual objetiva garantir alguma previsibilidade para aquele que recorre ao Poder Judiciário (PÉRET, 2016). Para que isso ocorra, é necessário que ele seja estável, íntegra e coerente (PÉRET, 2016), ou seja, resulta na integridade do direito, construída a partir do respeito às decisões judiciais



(STRECK, 2014, p. 422). Tal integridade “está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito” (STRECK, 2014, pp. 422/423).

Sobre essa questão, Streck (2014, p. 422) pontua o problema da discricionariedade, do decisionismo e do relativismo na jurisprudência brasileira:

Frente a esse estado de arte, representado pelo predomínio do positivismo que sobrevive a partir das mais diversas posturas e teorias sustentadas, de um modo ou de outro, no predomínio do esquema sujeito-objeto - problemática que se agrava com uma espécie de protagonismo do sujeito-intérprete em pleno paradigma da intersubjetividade - penso que, mais do que a possibilidade, *a busca de respostas corretas é uma necessidade*.

Entretanto, a resposta correta não significa respostas definitivas ou definitivizadas, como é o caso da institucionalização das súmulas vinculantes [...].

[...] O problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão dos casos concretos. [...] São, assim, anti-hermenêuticas, porque não interrogam a origem dos significados, isto é, pelo procedimento sumular, usam-se as palavras - transformadas em verbetes - sem antes interrogá-las em sua relação com as coisas de que as palavras devem tratar.

Com isso, com as súmulas vinculantes há um círculo vicioso na dogmática jurídica, pois é admitida a discricionariedade e a arbitrariedade, como também a tentativa frustrada de abarcar todas as hipóteses de aplicação que possam surgir (STRECK, 2014, pp. 423/424) e, por consequência, um sistema que admite uma multiplicidade de respostas (STRECK, 2014, p. 424). No entanto, vale ressaltar que “as súmulas podem se constituir em importante mecanismo de reforço à integridade e coerência do direito” (STRECK, 2014, p. 425), porém, devem ser adequadamente utilizadas, conforme a hermenêutica jurídica (STRECK, 2014, p. 425).

Acerca do neoconstitucionalismo, o qual “incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido” (STRECK, 2011, p. 10), é criticável pela doutrina a proposta da teoria quanto à relação entre o direito e a moral, à argumentação jurídica, como também ao problema da interpretação e da aplicação do direito (STRECK, 2011, p. 10). Além dessas pontuações, Streck (2011, p. 12) menciona mais uma,

Destarte, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse neoconstitucionalismo acabaram por provocar condições patológicas, que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Observe-se que, escandalosamente, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao

mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic). Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual).

Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleo-juspositivismo (como bem lembra Luigi Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da escola do direito livre, da jurisprudência dos interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores.

No Brasil, a principal característica do neoconstitucionalismo é a auto-responsabilização de sustentar juridicamente a própria expansão dos poderes judiciais, em especial os do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, “os neoconstitucionalistas pátrios se vêem como um judiciário reformador como alternativa última à concretização de direitos previstos constitucionalmente, mas que não chegam a ser implementados” por culpa do Legislativo e do Executivo (MONTEIRO, 2017, p. 47). Em resumo, eles “defendem ‘mais princípios e menos regras’; mais ‘ponderação do que subsunção’; ‘onipresença da Constituição’; e ‘onipotência judicial em lugar da autonomia absoluta do legislador ordinário’” (CAMARGO; DOMINGOS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 47/48).

Sobre a argumentação jurídica, a ponderação de princípios mostra-se como uma ruína da hermenêutica jurídica, ao passo que dá poder a quem vai decidir de manipular a decisão da maneira que o convier, sem que haja algum limite para a sua atuação, fere à segurança jurídica e, principalmente, o Estado Democrático de Direito, como infere-se da explicação de Streck (2011, pp. 22/23),

[...] o neoconstitucionalismo não pode(ria) e não deve(ria) depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que “ponderação” e “discricionariedade” são faces de uma mesma moeda. Afinal, no modo como a ponderação vem sendo convocada (e “aplicada”) em terrae brasilis, tudo está a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na Jurisprudência dos Interesses, de *Abwägung*, que quer dizer “sopesamento”, “balanceamento” ou “ponderação”. Com a diferença de que, na *Interessenjurisprudenz*, não havia a construção da “regra da ponderação”. Na medida em que, nas práticas dos tribunais (assim como na doutrina) de terrae brasilis as “colisões de princípios” são “solucionadas” a partir de uma ponderação “direta”, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha Jurisprudência dos Interesses, com fortes pitadas da *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores). E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão

condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente. Neste contexto, não surpreende que, embora citada e recitada ad nauseam pela doutrina e pelos tribunais, não seja possível encontrar uma decisão sequer aplicando a regra da ponderação. Há milhares de decisões (e exemplos doutrinários) fazendo menção à ponderação, que, ao fim e ao cabo, é transformada em álibi teórico para o exercício dos mais variados modos de discricionarismos e axiologismos.

Neste contexto, ensina Monteiro (2017, pp. 49/50) que

Em verdade, os princípios possuem como característica intrínseca a “pretensão de complementariedade”, ou seja, o convite ao legislador ordinário a densificar e preencher o espaço proposto pelo constituinte (MORAIS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49). Daí porque, quando o legislador ordinário atua e complementa o espaço deixado em aberto pelo constituinte regrido-o, tem-se então uma norma muito “mais densa e específica” (MORAIS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49). A opção política já foi tomada pelo poder competente, restringindo a margem de manobra do intérprete. Nessa linha, a grande diferença entre uma corrente positivista e uma neoconstitucionalista reside no fato de que “a superação de regras por princípios exigirá justificativas muito mais fortes” no primeiro caso do que no segundo (PEREIRA *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49). Por isso mesmo, não constitui qualquer extravagância concluir que muito mais grave do que desobedecer a um princípio é descumprir uma regra (ÁVILA *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49).

Por outro lado, não se ignora que a positivação de “textos constitucionais programáticos, principiológicos e incertos” acaba por permitir ao Poder Judiciário “actuar anfibiologicamente”. Quando na terra, a justiça constitucional atua como “garante da certeza do Direito”. No entanto, quando “mergulha audaciosamente no ativismo hermenêutico”, passa a ser um “factor de perturbação dessa mesma certeza” (MORAIS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49).

Acrescenta Monteiro (2017, pp. 55/56) que

O grande problema da ponderação, como reconhecem os próprios “pós-positivistas”, é que ela pode ser utilizada como pretexto para justificar “voluntarismos e soluções ad hoc” (BARROSO *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 55/56). A ponderação exerce uma atração quase irresistível para “um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete” (BARROSO *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 55/56).). Nesse contexto, a previsibilidade do resultado das condutas passar a depender cada vez menos das regras estabelecidas no direito posto e cada vez mais das “pré-compreensões hermenêuticas dos juizes” (PEREIRA *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 55/56).). Disso resulta sua natural tendência para um espaço de indeterminação lógico-jurídica que concebe a função criadora da atividade judicante como algo inevitavelmente ligado a questões de cunho filosófico ou moral. Cientes dos riscos inerentes à discricionariedade decisória decorrente da inexistência de uma fórmula de peso definida aprioristicamente, procuram os neoconstitucionalistas alcançar soluções destinadas a evitar o puro e simples arbítrio judicial. Os resultados que apresentam, contudo, são muito pouco “palpáveis” (MORAIS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 55/56).

Com isso, neste viés, a relação entre direito e moral no prisma neoconstitucionalista também é preocupante, uma vez que o julgador possui uma gama de opções para decidir, neste esquema neoconstitucionalista, pode valer-se da retórica ao usar argumentos morais para validar a sua decisão, como nota-se da seguinte explicação de Monteiro (2017, p. 50)

Para sustentar a ampla liberdade de conformação normativa pela via judicial, os doutrinadores adeptos dessa corrente comumente invocam o adágio do juiz *bouche de la loi* como argumento de escada a sustentar um precário silogismo em que a este argumento contrapõe-se necessariamente outro, segundo o qual o juiz deve ter participação criativa na função de interpretar a norma. A isso soma-se a indefectível lembrança ao horror nazista como argumento *ad terrorem*.

Sobre este aspecto, Monteiro (2017, pp. 48/49) pontua outra questão relacionada aos direitos fundamentais e o conteúdo valorativo dos princípios,

Primeiramente, há de se recordar que “nem todos os direitos fundamentais se reconduzem a princípios” (MORAIS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49). Como admite um expoente do neoconstitucionalismo, “o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios” (BARROSO *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49). E assim foi positivado na Constituição Federal de 1988. Na verdade, quando se pontifica uma “principiologia desenfreada”, acaba-se abrindo caminho para “arbitrariedades baseadas no relativismo moral”, de que são exemplo as manifestações exacerbadas de ativismo judicial (PEREIRA *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49).

Na verdade, essa “principiologia” serve apenas como pano de fundo para a ação impune de “uma discricionariedade judicial abusiva” (RAMOS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49), fenômeno já observado pela doutrina (RODRIGUES JÚNIOR *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49). Com efeito, a Constituição não pode simplesmente ser “encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49). Como exemplifica o Prof. Blanco de Moraes, um mesmo princípio (dignidade da pessoa humana) já foi utilizado para defender uma coisa (a legalização da prostituição) e seu contrário (a sua proibição) (MORAIS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 48/49).

Portanto, os princípios constitucionais não dão margem para que as decisões judiciais sejam decisionistas, arbitrárias e ativistas.

Acerca do problema da interpretação e aplicação do direito, no Constitucionalismo Contemporâneo, “abandonam-se critérios exclusivamente jurídicos para optar-se por critérios políticos, formulados a partir de (pré)concepções íntimas do próprio doutrinador” (MONTEIRO, 2017, p. 46). Dessa maneira, “dar-se o

primeiro passo na lenta ladeira escorregadia a conduzir ao sincretismo metodológico, misturando premissas de uma hipótese com conclusões de outra, tornando as soluções propostas intelectualmente desonestas” (RODRIGUES JÚNIOR *apud* MONTEIRO, 2017, p. 46). “Assim, as opções legislativas produzidas pelo constituinte deixam de ser firme limite hermenêutico e passam a ser somente um mero inconveniente retórico” (MONTEIRO, 2017, p. 46).

Como consequência,

A construção doutrinária abandona o campo da ciência e reduz-se à pura especulação. Com isso, o leitor perde a capacidade contra-argumentativa, fazendo com que o modelo sugerido torne-se aparentemente isento de problemas. Talvez por isso mesmo, tantos doutrinadores deixam-se seduzir por este canto de sereia (MONTEIRO, 2017, p. 46).

Para escapar do encanto da saída fácil do sincretismo metodológico, o primeiro passo é seguir um método seguro e cientificamente atestado na doutrina jurídica. Nesse quesito, o método dogmático-jurídico não encontra rival à altura (BOBBIO *apud* MONTEIRO, 2017, p. 46). De fato, é a dogmática jurídica que garante, a um só tempo, o respeito do intérprete pela opção do constituinte e do legislador democraticamente legitimados e o limite à “fuga normativa” como meio de elaborar hipóteses respaldadas unicamente no imaginário do autor (MONTEIRO, 2017, p. 46).

Por fim, ao relacionar o jurisprudencialismo com o neoconstitucionalismo, o maior problema que se constata é “a ausência de método para interpretação de normas e solução de casos (RAMOS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 53/55). Remete-se quase sempre à tópica o dever de encontrar a dita “justiça do caso concreto” (RAMOS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 53/55)”. Pode-se notar que há uma inversão do caminho que o intérprete deve realizar, o que é inaceitável (MORAIS *apud* MONTEIRO, 2017, pp. 53/55).

Porém, diz MONTEIRO (2017, pp. 53/55) que

Não se ignora que a força da realidade impõe constrangimentos à atuação da justiça constitucional. Todavia, isso, por si só, não constitui escusa absolutória para que o Poder Judiciário “preste vassalagem aos fatos (por mais impactantes que sejam)”, sem que para isso encontre apoio no ordenamento ao qual, assim como os outros poderes, deve obediência (RAMOS, 2010, p. 245). Em verdade, valer-se da tópica para solucionar problemas jurídicos é, na mais condescendente das avaliações, algo simplista (BARROSO, 2005, p. 237 e ss). Embora tenha servido com sucesso no período imediatamente pós-II Guerra, a tópica nunca se propôs a ser um substituto definitivo “ao método jurídico clássico” (RODRIGUES, 2009, p. 110). Verdadeiramente, a tópica representa tudo o que o ordenamento pretende evitar: o casuísmo e a delegação da resolução de todo e qualquer conflito às pré-concepções pessoais – filosóficas ou ideológicas – do julgador. Oblivia-se a segurança jurídica, princípio que garante a previsibilidade do resultado da conduta. E, como consequência, desestrutura-se o eixo que mantém coesa a sociedade sob o império da lei. No mais das vezes, seus adeptos atuais, “ao invés de adaptar o facto à

norma”, procuram operar o inverso: “dobrar a norma ao facto” (MORAIS, 2000, p. 628). O resultado a que conduzem não raro desemboca numa “forma de corrupção do Direito”, em franco desrespeito às decisões do legislador democraticamente legitimado (MORAIS, 2000, p. 628). Caindo no casuísmo, as regras estabelecidas universalmente aos cidadãos tornam-se fluidas e a previsibilidade do resultado das condutas esvai-se como grãos de areia ao vento. Atinge-se, com isso, o centro do ordenamento jurídico, perdendo o sistema aquilo que talvez lhe seja mais caro: a coerência (KELSEN, 2011, p. 282). A aversão dos neoconstitucionalistas ao método é, de resto, tendência generalizada na “nova hermenêutica”. Em sua maioria, os seus defensores enxergam no método técnico-jurídico o fantasma do positivismo, algo tido por eles como ultrapassado. Furtam-se, todavia, a apresentar critérios de cientificidade metodológica na interpretação. Por mais que tenham tentado, os adeptos do paradigma neoconstitucionalista jamais conseguiram organizar uma metodologia interpretativa de base científica apta a substituir o método jurídico-dogmático. Trata-se, na verdade, da junção por vezes caótica de institutos hermenêuticos. Por isso mesmo, os neoconstitucionalistas fogem do método como “o diabo da cruz” (MORAIS, 2010, p. 22-28).

Contudo, o neoconstitucionalismo, por mais que tenha sido arguida como uma proposta para superar a problemática do positivismo, influencia negativamente na jurisprudência, ocasionando retrocessos.

### **3. Análise de decisões**

No primeiro tópico foi abordado sobre o ativismo judicial e seus problemas, em que explanou-se a pertinência do assunto, o problema do relativismo nas decisões judiciais, o decisionismo, o justicialismo, a compreensão do jurisprudencialismo e do neoconstitucionalismo e o entendimento e aplicação dos princípios na jurisprudência brasileira. Já na segunda parte, devida a importância do assunto e a sua influência nas decisões da Suprema Corte, tratou-se dos fundamentos do neoconstitucionalismo e do jurisprudencialismo no Brasil. Nesse viés, cabe nesta subdivisão arrazoar acerca das decisões judiciais consideradas ativistas.

Duas das mais citadas decisões que repercutiram em debates jurídicos foram a ADI 3510 (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510) e a ADPF 54 (Arguição de Descumprimento a Preceito Fundamental 54). Nesta o STF julgou procedente o pedido da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I

e II, do Código Penal Brasileiro, por maioria dos votos, somente os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso votaram em sentido diverso. Já naquela decisão o STF abriu espaço, em 2008, para discutir a liberação de pesquisas com células-tronco embrionárias contra a Lei de Biossegurança, em que foi julgada a constitucionalidade da lei que autoriza pesquisas com células-tronco embrionárias.

Chama a atenção dois pontos de ambas as decisões: o entendimento da Suprema Corte acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e o que leciona o Pacto de San José da Costa Rica. Nesse viés, segundo Barreto (2015, p. 22),

O Ministro Ayres Brito, enquanto relator da ADI 3510, que tinha como objeto o artigo 5º da Lei 11105/2005 - Lei de Biossegurança ressalta que “a dignidade humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento”. Já no Voto-vista da ADPF 54, decisão que trata da anencefalia, o então Ministro afirma que “a dignidade da pessoa humana que é um princípio de valiosidade universal para o Direito Penal dos povos civilizados, independentemente de sua matriz também de Direito Constitucional”. Em ambos os votos o que prevalece é o argumento retórico, em sentido impróprio, como argumento de autoridade.

Ainda na ADI 3510, o Ministro do STF Gilmar Mendes pontuou que havia a necessidade de “delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto” (BARRETO, 2015, pp. 22/23), porém, careceu de ser dada ao termo uma estabilidade semântica (BARRETO, 2015, p. 23).

Quanto ao voto do Ministro Celso de Mello na ADI 3510, segundo Barreto (2015, p. 23)

Nota-se [...] uma preocupação explícita ao destacar que é preciso “conferir sentido real ao princípio da dignidade humana e atribuir densidade correta à proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde”.

Para a Ministra Carmem Lúcia, a “dignidade não tem valoração, é, pois valor absoluto. Pela sua condição, sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispendo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço”. E, posteriormente, afirmou a Ministra que “a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada [...]”. (BARRETO, 2015, p. 24)

Em contrapartida, o Ministro Ricardo Lewandowski, ainda na ADI 3510, afirmou que “é possível definir a dignidade da pessoa humana como postulado

normativo, ou seja, uma metanorma, que confere significado aos direitos fundamentais [...]”. (BARRETO, 2015, p. 24)

Em suma, para Barreto (2015, p. 25), é possível

[...] concluir que os ministros compreendem a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, definem como ela é em seus votos, citam doutrinadores que possuem um conceito sobre esta expressão. Entretanto, reconhecer a legitimidade desta expressão não é critério suficiente para proporcionar a segurança jurídica e aplicação coerente desta em seus votos. Assim, é visível a lacuna e a instabilidade ao fazerem uso desta expressão comprometendo não só a lógica, mas a coerência ao elaborarem os votos, os quais serviram de precedentes para demais casos.

Acerca do lecionado pelo Pacto de San José da Costa Rica, Salles e Cruz (s.d., pp. 12/13) apontam que

Impende ressaltar que o STF, nos julgamentos das referidas ADI 3510 e ADPF 54 não reconhece vida no embrião extracorpóreo e a grande maioria dos ministros, em seus votos, fundamentaram o momento do início da vida em critério biológico. A Ministra Rosa Weber, por exemplo, trouxe à baila dados do relatório Warnock, documento em que se criou a figura do pré-embrião como elemento de persuasão ao Parlamento Inglês para aprovação da legislação que permitia a pesquisa embrionária. No entanto, na data do julgamento, vários membros da comissão já haviam reconhecido publicamente a manipulação dos termos biológicos para possibilitar a permissão das pesquisas embrionárias. A única embriologista da comissão, autora da tese da fase pré-embriônica, já havia admitido publicamente que fora ela que introduziu o termo pré-embrião por influência de pressão da comunidade científica, o que foi reforçado por outro membro da comissão, D. Davies disse que “estava manipulando as palavras para polarizar uma discussão ética” (D. Davies, Embryo research: Nature 320(1986) 208 apud MORATALLA, Nathalia López e GARCÍA-PRIETO, José Antonio, 2004). Assim fica evidente que o marco teórico biológico utilizado já tinha sido refutado por seus próprios autores, o que esvaziava o principal argumento metajurídico que serviu de alicerce para os dois julgados.

Já sobre o Pacto de San José da Costa Rica, afirmam Salles e Cruz (s.d, p. 13)

Com relação ao fundamento jurídico, também merece ser refutado. Isso porque o ordenamento jurídico já previa a época dos julgados, e da própria edição da L-Bio, um instrumento normativo cogente que disciplinava o assunto: o art. 4.1, do PSJCR-69 (Dec. 678/92), que reconhece o direito à vida desde a concepção. Em que pese a ADPF 54 ter sido julgada posteriormente ao RE n.º 466.343 (Rel. Min. César Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 03/12/2008, Dje-104 04/06/2009, Publicação 05/06/2009), acórdão em que a tese vencedora foi a natureza de supralegalidade do PSJCR-69, o único que fundamentou seu voto nesta Convenção de Direitos Humanos, reconhecendo direito à vida do feto anencéfalo, foi o Ministro Ricardo Lewandowski.

[...] Não obstante, o que há de se notar é que já na ADI 3510 ou na ADPF 54 não foi levado em consideração, pela maioria do STF, um aspecto importante que se impõe o enfrentamento que é a tutela à vida humana estabelecida pelo PSJCR-69: “Artigo 4º . Direito à vida. Toda pessoa tem o



direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” Como este tratado já tinha sido internalizado, seja como norma materialmente constitucional, seja como supralegal, não restam dúvidas, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece como marco inicial da vida humana o momento da concepção.

É relevante trazer a este trabalho entendimento firmado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos que é o órgão com legitimidade orgânica para a interpretação do PSJCR-69, dando as devidas soluções aos casos controversos, além de dirimir conflitos existentes. No momento do julgamento das ADI 3510 e da ADPF 54, mantinha-se a posição de forma majoritária acerca da interpretação de que o início da vida se dá desde a concepção. Tal posicionamento foi firmado na resolução 23/81 que decidiu o caso 2141 (Estado Unidos). Foi neste examinado um aborto autorizado pela Corte Suprema do Estado de Massachusetts, no *Commonwealth vs. Dr. Kenneth Edelin* (caso de Baby Boy).

No Brasil, inobstante ser signatário do PSJCR-69, o julgamento da ADI 3510 delegou o status de objeto de direito ao embrião extracorpóreo, sob o principal fundamento de que não há vida antes da nidadação. Desprezou-se, desta forma, norma imperativa cogente, o aludido art. 4.1 do PSJCR-69. No entanto, há que se frisar que naquele momento o STF ainda esposava o entendimento que os TDH se equiparavam a lei ordinária. Posteriormente, ao julgar a ADPF 54, retirou-se o direito à vida do embrião nidado, o feto anencéfalo, julgamento que foi posterior ao RE 466.343, e que contrariou norma supralegal (ou materialmente constitucional).

Um outro levantamento acerca dos pronunciamentos judiciais do Supremo Tribunal Federal se refere à segurança jurídica e a unicidade do sistema normativo.

No Habeas Corpus nº 124.306/RJ, impetrado perante a Suprema Corte para garantir a liberdade de Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira, os pacientes, presos por conta de supostos crimes de formação de quadrilha (Código Penal, artigo 288) e de provocar aborto com o consentimento da gestante (CP, art. 126); o ministro Marco Aurélio, relator, deferiu a liminar devido a insubsistência dos fundamentos da prisão preventiva (QUEIROZ, 2018, p. 17). A demanda tratava-se de uma análise meramente formal, que decidiria sobre a necessidade ou não da manutenção da restrição de liberdade.

No entanto, o ministro Luís Roberto Barroso apresentou questionamento acerca da inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação nos primeiros três meses (QUEIROZ, 2018, pp. 17/18), evidenciando o risco da discricionariedade do ministro.

No discorrer de seu argumento, Barroso teceu críticas ao direito penal, o qual - para ele - impõe à mulher a impossibilidade de interromper uma gravidez que não deseja, de acordo com o seu entendimento sobre a autonomia da mulher, a violação

aos direitos sexuais e reprodutivos e à discriminação social e impacto desproporcional sobre as mulheres pobres e chegou a conclusão de que o direito à interrupção da gravidez é aplicável até o primeiro trimestre da gestação, sem fazer qualquer explicação de como chegou a essa informação (QUEIROZ, 2018, pp. 20/21). Claramente um conteúdo opinativo do ministro e um desprezo à hermenêutica jurídica.

Ainda sobre o argumento do ministro Barroso, mostra Queiroz (2018, p. 21) outro trecho,

Ademais, com o objetivo de firmar o seu entendimento, utiliza-se de decisões estrangeiras, como do Tribunal Federal Alemão, da Suprema Corte dos EUA, da Corte Suprema de Justiça do Canadá e, ainda, da análise de como o caso é tratado em países desenvolvidos, tais como: Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. Entretanto, para se buscar uma mudança de entendimento, é necessário encontrar um sentido nas referências externas que se adequem a nossa realidade.

Desta forma, o ministro conclui, sem levar em consideração os direitos de personalidade do nascituro, que “a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto

No mesmo Habeas Corpus, o ministro Edson Fachin acompanhou o voto do ministro Barroso e argumentou em favor da descriminalização, juntando uma anotação sobre uma notícia da Carta Apostólica ‘Misericórdia et Misera’ do Papa Francisco, referente à possibilidade de absolvição, após a confissão de pessoas envolvidas em uma interrupção de uma gravidez (QUEIROZ, 2018, pp. 21/22). Embora a carta não tenha sido usada como argumento, houve o uso de argumento de autoridade e cunho religioso em seu voto (QUEIROZ, 2018, p. 22), o que deveria gerar abstenção do ministro.

A ministra Rosa Weber também acompanhou o voto-vista do Ministro Luís Barroso e pontuou que há a necessidade de diálogos institucionais entre os poderes para que a descriminalização seja debatida, pois - para ela - o assunto precisa de um desfecho (QUEIROZ, 2018, p. 22). No prosseguimento de seu voto, a ministra utilizou as fases da ponderação, entre o direito à vida como forma de tutela do nascituro e o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher, as quais - para

Humberto Ávila (*apud* QUEIROZ, 2018, p. 22)- são três: preparação (refere-se ao objeto sujeito ao sopesamento), a realização (os motivos que fundamentam a primazia de um princípio sobre outro) e a reconstrução (formulação das regras para se justificar a validade da escolha).

Contudo, somente a primeira etapa foi abordada pela ministra, ao concluir que a ponderação seria entre o direito à vida como forma de tutela do nascituro e o direito à liberdade e autonomia reprodutiva da mulher, sem mencionar o porquê não haveria a influência de outros princípios, como também não discutiu o direito à vida do nascituro (QUEIROZ, 2018, pp. 22/23).

Nota-se que a decisão afastou a proteção à vida do nascituro até o primeiro trimestre da gestação, considerada inconstitucional, o que gerou insegurança jurídica e restrição à personalidade do nascituro (QUEIROZ, 2018, pp. 23/24).

Já o Recurso Especial nº 1.415.727/SC, o qual foi interposto por Graciane Muller Selbmann contra a Seguradora Líder de Consórcio de Seguro DPVAT S/A, baseado no recebimento do seguro DPVAT em razão da perda do nascituro de 4 (quatro) meses, depois de um acidente de automóveis (QUEIROZ, 2018, p. 24).

Na primeira instância, julgou-se procedente o pedido e a seguradora foi condenada ao pagamento no montante de R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) pela morte do nascituro. Já no julgamento da Apelação interposta, foi negada a indenização, pois entendeu-se que o Código Civil Brasileiro de 2002 adota a teoria da personalidade condicionada, ou seja, reconhece ao nascituro a titularidade de direitos personalíssimos e os direitos patrimoniais estão condicionados ao nascimento com vida (QUEIROZ, 2018, p. 24).

O ministro Luis Felipe Salomão, relator do Recurso Especial posteriormente interposto, entendeu que o nascituro possui personalidade jurídica desde a concepção, não havendo no direito objetivo dissolução entre nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e titularização de direitos (QUEIROZ, 2018, p. 24). De maneira unânime “a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aplicou a teoria concepcionista da personalidade do nascituro para assegurar o direito ao recebimento do DPVAT” (QUEIROZ, 2018, p. 26).

Assim, pode-se observar que pelas decisões do HC 124306 e do REsp 1415727 há a necessidade de firmar uma unidade do sistema normativo brasileiro,

para que não seja desprezada a segurança jurídica almejada. São algumas das evidências de que existe risco à sociedade se o direito continuar sendo meramente casuístico (QUEIROZ, 2018, p. 27).

Outra atuação do STF que se questionou a extrapolação dos limites constitucionais foi a prisão do ex-deputado federal Daniel Silveira. Esta se deu por conta de um vídeo divulgado pelo deputado no qual criticou seis ministros do Supremo: Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio Mello e Dias Toffoli.

A prisão foi determinada pelo ministro Alexandre de Moraes. Na decisão, Moraes definiu que o mandado deveria ser cumprido 'imediatamente e independentemente de horário por tratar-se de prisão em flagrante delito' e determinou a retirada do vídeo do ar, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e ordenou que a polícia armazene cópia do material.

Sobre essa decisão, para o doutrinador Aury Lopes Júnior, os Ministros do STF não possuem competência para decidir o caso, pois a prerrogativa da vítima não afeta a competência, embora haja a possibilidade de se deslocar em caso de exceção da verdade do artigo 85 do Código de Processo Penal. Portanto, um Ministro do STF, ou qualquer outro detentor de cargo, ofício ou função com prerrogativa, for vítima de um crime - e de qualquer crime -, a competência não será afetada, será do Juízo de 1º grau. Vale ressaltar que conquanto o Deputado Federal Daniel Silveira tivesse foro por prerrogativa de função, a partir do entendimento consolidado pelo próprio STF na AP 937, somente será julgado no STF se o crime for praticado durante o exercício do mandato e for propter officium, ou seja, em razão do exercício das funções. E, nesse caso, a própria denúncia já ofertada no STF afirma categoricamente que não há imunidade material pelas palavras porque não tem relação com o mandato. Ou seja, em todos os casos similares a esse, o STF declinou a competência para o primeiro grau. Portanto, a decisão foi contrária à segurança jurídica, ao estado democrático de Direito e ao juiz natural.

Em segundo lugar, quem deve investigar neste caso é a Polícia Civil ou Federal, conforme o caso seja afeto à justiça estadual ou federal de primeiro grau (artigo 109, CRFB).

Contudo, o Ativismo Judicial é evidência de absurdos, autoritarismos e de preocupação.

### **Considerações finais**

Mediante aos aspectos supracitados, repara-se que embora o ordenamento constitucional brasileiro aponta para um Estado forte que regula e intervém, ou seja, Estado Democrático de Direito e o Direito, o qual possui autonomia, deve ser visto, hodiernamente, “como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas” (STRECK, 2014, p. 48), não são desprezíveis as vias Executivo e Legislativo e dos movimentos sociais, os quais possuem legitimidade se estão em conformidade com o Direito, bem como existe uma crise no tocante a inefetividade dos dispositivos constitucionais, o que mostra um certo exagero de se entender que o Judiciário é o principal, ou até único, garantidor da implantação dos direitos fundamentais.

Nesta vertente, é possível oferecer balizas e delimitações à atividade interpretativa, à medida que o direito não é casuístico, por isso, não se reduz ao contexto fático, ou seja, “é uma questão de controle democrático das decisões” (STRECK, 2014, p. 51).

Vale ressaltar também que, neste contexto, o ativismo judicial vem atuando em matérias ordinariamente reservadas ao poder constituinte derivado e, por vezes, adjudica o próprio poder constituinte originário (NOGUEIRA, 2019), pois “não é um exercício autorizado pela Constituição” (NOGUEIRA, 2019) e, na aplicação dos princípios, a Carta Política é contornada e dispositivos legais ignorados (STRECK, 2014, p. 51), evidências da ausência de uma teoria da interpretação por uma aposta na discricionariedade (STRECK, 2014, p. 51), o que tem gerado absurdos, autoritarismos e preocupações para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

### **Referências:**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 04, pp. 3279-3297, 2018.

BARRETO, Cinara Sampaio. *As falácias da argumentação jurídica pautada no princípio da dignidade humana na suprema corte*. 2015. 39f. Monografia (Graduação), Brasília, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <[www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf](http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf)> Acesso em: 10 out. 2020

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do judiciário e suas implicações*. Disponível em: Acesso em: 12 out. 2020.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin de; GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e a ideia de democracia. *Revista UniCuritiba*, Curitiba, v. 1, n. 18, pp. 104-125, 2016.

MENEZES, Narciso Ferreira de; LEITÃO, André Studart. O princípio da precaução sob a perspectiva da judicialização dos direitos fundamentais: riscos do ativismo judicial para a harmonia entre poderes. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Belém, v. 5, n. 2, pp. 176-193, jul./dez. 2019.

MONTEIRO, Arthur Maximus. Direito como ciência: crítica à doutrina neoconstitucionalista. *Revista Direito e Liberdade*. Rio Grande do Norte, v. 19, n. 3, p. 43-67, set./dez. 2017.

NASCIMENTO, Aline Trindade do; WEIERS, Karine Schultz. Considerações sobre o ativismo judicial no Brasil. In: *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: . Acesso em: 16 abr. 2017

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; FERNANDES, Rafael Laffitte. Da capacidade de inovação normativa do Poder Judiciário: uma análise a partir do sistema jurídico brasileiro. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, v. 20, n. 39, 2015, pp. 11-28.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Ativismo judicial destrói o estado democrático de direito. *Conjur*. Opinião, mar. 2019.

PIERDONÁ, Zélia Luiza; CARVALHO, Verbena Duarte Brito de. Criação “do Direito” e criação “de direitos”: a diferença entre interpretação e ativismo judicial e respectivas consequências. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Belém, v. 5, n. 2, pp. 78-92, jul./dez. 2019.

QUEIROZ, Dayane Rabelo. *O problema da coerência argumentativa e a unicidade do sistema normativo: a questão do reconhecimento da personalização do nascituro*. 2018. 17f. Artigo Científico (Graduação), Brasília, 2018.

RIBEIRO, Sirlene Elias. Separação de poderes e ativismo judicial: legislação simbólica e os direitos fundamentais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA, n. 29, 2019, Curitiba. *Percurso - Anais do VIII CONBRADEC*. Brasília: 2019.

SALLES, Lucivânia Guimarães; CRUZ, Marca A. R. Cunha e. *A vida se inicia com a concepção: uma análise da adi 3510 e da adpf 54 à luz do pacto de san José da Costa Rica*. 20f.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIMON, Henrique Smidt. *Direito, Hermenêutica e Filosofia da Linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. 1. ed. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Contra o neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>> Acesso em: 17 maio 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH JÚNIOR, Gilberto. *Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia*. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1795/pdf>>. Acesso em: 15 maio 2021.