ARTIGO COMPLETO
FULL ARTICLE
ARTÍCULO COMPLETO

ENVIRONMENTAL SMOKE
(www.environmentalsmoke.com.br)
ISSN 2595-5527
v. 3, n. 2, p. 1-30, 2020

O ATIVISMO JUDICIAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, UM AZO DA (IN) SEGURANÇA JURÍDICA

João Victor Fernandes NOGUEIRA[1*]; Mirella de Almeida BRAGA[2]

[1]Bacharel em Direito/Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ); Pós-graduando em Prática Judicante/Escola Superior da Magistratura da Paraíba e em Filosofia/Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Estudante de mobilidade acadêmica/Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, Portugal.

[2]Doutoranda em Antropologia/Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Mestra em Antropologia/Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Especialista em Direitos Humanos/Universidade Federal de Campina Grande (UFCG); Bacharela em Direito; Licenciada em História; Avaliadora da Revista *InterScientia* e Professora Assistente/UNIPÊ, João Pessoa, Paraíba, Brasil.

*Autor para correspondência. E-mail: joaopsmtc@gmail.com

Resumo. O presente estudo tem por objetivo explanar a relação do Ativismo Judicial com o Estado Democrático de Direito, formato estatal moderno. Após a Constituição de 1988, o papel do magistrado tornou-se mais proativo, inclusive procedendo a demandas de teor político, o que representa deficiência dos demais Poderes. Além-mais, a atuação contemporânea da judicatura, fundamentada em textos de conceituação aberta, a que chamamos de principiologismo, implicou insegurança jurídica na prestação jurisdicional. Logo, o protagonismo do Poder Judiciário, decorrente também de um processo de mutação social - haja vista o Direito ser elemento constitutivo da sociedade –, tem gerado atritos com o Princípio da Separação de Poderes. Para tanto, vale-se de pesquisa bibliográfica exploratória, através de autores como Lenio Streck, Roberto Barroso e Montesquieu, de cunho descritivo, mediante abordagem dedutiva, baseada no silogismo aristotélico.

Palavras-chave: Protagonismo do Judiciário; Montesquieu; Principiologismo; Princípio da Separação de Poderes; Constituição de 1988.

JUDICIAL ACTIVISM AND THE DEMOCRATIC STATE OF LAW, AN AZO OF JURIDICAL (IN) SECURITY

Abstract. The present study aims to explain the relationship between Judicial Activism and the Democratic State, a modern state format. After the 1988 Constitution, the role of the magistrate became more proactive, including political demands, which represents deficiency of the other powers. The contemporary performance of the judicature, based on open to interpretation texts, which we call principiologism, has implied legal uncertainty in the provision of jurisdiction. Thus, the protagonism of the judiciary, also due to process of social change – given that the law is a constitutive element of society – has generated friction with the Principle of Separation of Powers. To this end, it uses exploratory

Submitted on: 19 Feb. 2020; Accepted on: 15 Aug. 2020; Published on: 31 Aug. 2020
DOI: 10.32435/envsmoke.2020321-30

bibliographic research through such as Lenio Streck, Roberto Barroso and Montesquieu, with a descriptive approach, through a deductive approach based on Aristotelian syllogism.
Keywords: Judiciary Protagonism; Montesquieu; Principiologism; Principle of Separation of Powers; 1988 Constitution.

EL ACTIVISMO JUDICIAL Y EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, UN AZO DE (IN) SEGURIDAD JURÍDICA

Resumen. Este estudio tiene como objetivo explicar la relación entre el activismo judicial y el Estado de derecho democrático, un formato de estado moderno. Después de la Constitución de 1988, el papel del magistrado se volvió más proactivo, incluida la realización de demandas de carácter político, lo que representa una deficiencia de los otros poderes. Además, el desempeño contemporáneo del poder judicial, basado en textos abiertamente conceptualizados, que llamamos principiologismo, implicaba incertidumbre legal en la disposición jurisdiccional. Por lo tanto, el protagonismo del Poder Judicial, también resultante de un proceso de cambio social, dado que el Derecho es un elemento constitutivo de la sociedad, ha generado fricción con el Principio de Separación de Poderes. Para ello, utiliza la investigación bibliográfica exploratoria, a través de autores como Lenio Streck, Roberto Barroso y Montesquieu, de carácter descriptivo, a través de un enfoque deductivo, basado en el silogismo aristotélico.
Palabras clave: Protagonismo del poder judicial; Montesquieu Principiologism; Principio de separación de poderes; Constitución de 1988.

INTRODUÇÃO

Nos últimos séculos, com a edificação do Estado Democrático de Direito viu-se mais urgente um mecanismo a comedir ímpeto humano de tomar para si competências de um Poder republicano, surgindo, deste modo, o Princípio da Separação de Poderes. Julgar os indivíduos é tarefa nobre e de custosa habilidade. Não fazer deste múnus palanque expositor de sua moral e convicções pessoais é mais difícil ainda.

Nos últimos tempos, um tema de exponencial relevância no debate da jurisdição constitucional é aquele comumente chamado de Ativismo Judicial. Seu conceito fora trabalhado por diversos jusfilósofos. No Brasil, após a Constituição de 1988, com sua densa carga principiológica, o assunto ganhou maior enfoque, conferindo suma pertinência à discussão deste instituto.

Em momentos de instabilidade social e política, haja vista a omissão dos demais Poderes, o Judiciário é demandado com vistas a efetivar a gama de direitos fundamentais, previstos na Carta Magna. Embora existam ferrenhos defensores desta atuação, há pensadores

que entendem um confronto com o Princípio da Separação de Poderes, consagrado na Lei das leis como cláusula pétrea - art. 60, § 4°, III, da Constituição da República Federativa do Brasil– CRFB (BRASIL, 1988), desaguando em uma insegurança jurídica.

O Princípio da Segurança Jurídica é elemento basilar do Estado moderno. Sem este, a estrutura governamental pode virar um caos. Deste fim, decorre o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), tendo em conta refrear atuações que exorbitem sua função. Surge, então, a necessidade de responder ao questionamento: o Ativismo Judicial é expressão de um judiciário moderno, desejoso em tutelar as previsões constitucionais ou manifestação arbitrária e desconexa dos valores consagrados na Carta cidadã?

Além disso, o protagonismo do judiciário também é resultado das vultosas transformações sociais vividas. O direito é unidade de composição social. As metamorfoses atravessadas pela comunidade lhe alcançam, deduzindo-se que o Ativismo é corolário de uma sociedade da instantaneidade ou, melhor, de uma modernidade líquida (BAUMAN, 2003). Devendo, o direito, adaptar-se às novas tecnologias - não tornar-se antagonista -, com vistas a fomentar a tecnicidade e a isenção na missão de julgar.

Nesse diapasão, o presente trabalho, fundamentado na revisão crítica da literatura, de natureza qualitativa, de tipo descritiva e método indutivo (silogismo aristotélico), baseada em doutrina, dispositivos legais, artigos jurídicos e jurisprudências, visa analisar a relação do Ativismo Judicial com o Estado Democrático de Direito, à luz do Princípio da Segurança Jurídica, este, consequência de uma conceituação histórica do Princípio da Separação de Poderes.

Preliminarmente, aborda-se o Ativismo Judicial, denotando a evolução histórica deste instituto – impossível não ingressar na órbita do Direito Constitucional americano e o papel de sua Suprema Corte na edificação do *judicial review* –; além dos conceitos que o perfazem, transitando pelas tantas hermenêuticas de autores, como Lenio Streck, Luis Roberto Barroso (Ministro do Supremo Tribunal Federal), Elival da Silva Ramos e Carlos Alexandre de Azevedo Campos; e suas implicações no sistema judiciário brasileiro.

Posteriormente, discute-se a problemática da Segurança Jurídica, escopo do Princípio da Separação de Poderes, apresentando-se a evolução do Estado, até o Democrático de Direito, baseado em escritos de Montesquieu, Noberto Bobbio e Miguel Reale; ademais, elucida-se a discricionariedade interpretativa dos juízes, que tem relação com um movimento contemporâneo, denominado de "Principiologismo"; e, por fim, a relação das transformações sociais com o direito e o instituto aludido.

ATIVISMO JUDICIAL

Com o passar dos séculos, o judiciário foi dispondo de certo espaço de protagonismo no âmbito social. Permanentemente, os conflitos chegados aos gabinetes dos juízes terminam, em sua maioria, gerando choque entre os poderes republicanos. Daí tanto se falar em "ativismo judicial", decorrente de um processo de hiperjudicialização da vida (BARROSO, 2018), no qual a demanda social excede a competência institucional do mencionado poder.

Por óbvio, a judicialização não se confunde com o ativismo judicial, porquanto este ser conexo à atividade jurisdicional que alcança o múnus de um outro poder. A propugnação da separação dos poderes (vide subseção 3.1), idealizada por Montesquieu, no século XVIII, vive uma instabilidade, como se a harmonia entre os elementos positivados não necessitasse de independência e de um mecanismo de freios e contrapesos - *checks and balances*.

A segurança jurídica, paulatinamente, torna-se um conceito escasso, apartado da vida dos jurisdicionados, pois a abertura dos textos legais contemporâneos e a densa carga principiológica incessante na Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 1988) abre espaço para uma discricionariedade avizinhada ao arbítrio.

Este é um cenário hodierno, haja vista a Carta Magna já mencionada ter potencializado a atribuição do Poder Judiciário. O inciso XXXV, do artigo 5°, assevera a inafastabilidade jurisdicional: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, 1988). De modo a fazê-lo solucionador de qualquer contenda social, inclusive as que fogem de sua seara, protagonizando-o no cenário republicano, em detrimento dos demais ramos estatais.

Evolução histórica

Falando-se em Ativismo Judicial, impossível suprimir o papel da Suprema Corte Americana, já que "os Estados Unidos são o principal palco da discussão em torno do papel dos juízes e cortes no sistema político em que operam o berço do próprio termo 'ativismo judicial". Entretanto, esta discussão perpassa o marco histórico deste termo, podendo até ser confundida com a história do constitucionalismo (CAMPOS, 2014).

A tradição americana do protagonismo do judiciário chegara, inclusive, a alcançar nações de "tradição romano-germânica baseadas no sistema da *civil law*, tais como Alemanha, Itália e Brasil" (RAUPP, 2016, p. 10). Isto é, um sistema baseado na codificação do direito a partir de legisladores, oposto ao *common law* que tem os tribunais e suas decisões como definidores da lei.

Além-mais, faz-se mister ressaltar o formato sintético sobre o qual está construída a Carta Magna dos EUA. Esta, ademais, é uma das causas do surgimento de tal instituto, apontada por Tassinari (2013, p. 14):

> Há uma sensível diferença entre a Constituição dos Estados Unidos e a do Brasil [...], pois, ao passo que a Constituição norte-americana possui sete artigos e vinte e sete emendas, a brasileira é composta por 250 artigos e, até 2011, sessenta e oito emendas constitucionais. Ou seja, neste sentido, o texto constitucional brasileiro possui uma riqueza de detalhes que dispensaria a *ginástica* norte-americana para responder constitucionalmente a alguma contenda jurídica. É por isso que a tradição norte americana é muito mais propícia à existência de posturas ativistas, pois não possui o mesmo número de amarras do que a brasileira.

Deve ressaltar-se a Constituição Brasileira ter 99 emendas, atualmente, consubstanciando uma longa distância entre os referidos textos magnos. O modo sucinto como o legislador norte-americano quis construir a carta de direitos ocasionou uma conjuntura na qual juízes têm o dever de estender a letra positivada a uma gama de direitos.

Como se tratasse de uma característica ontológica do tribunal constitucional americano, o protagonismo do judiciário é anterior à própria terminologia que o define. "Decisões da corte podem ser identificadas como ativistas desde os primórdios da prática da *judicial review* e algumas são tão relevantes que transformaram não só o perfil da Suprema Corte, mas também a sociedade norte-americana" (CAMPOS, 2014, p. 49). As decisões clássicas dos casos *Marbury* v. *Madison*, *Dred Scott* v. *Sandford* e *Lochner* v. *New York* configuram tal perfil.

O primeiro caso fora ocorrido em 1801, por ocasião da nomeação de John Marshall como chefe de justiça dos EUA e, depois, tornando-se membro do Tribunal Constitucional americano. "O legado de Marshall foi o da alta relevância política e social da Suprema Corte". A decisão culminante do ativismo sobreveio em 1803 no famigerado julgamento *Marbury* v. *Madison*, "quando o voto de Marshall afirmou o poder da corte para julgar inconstitucional e deixar de aplicar leis federais incompatíveis face à Constituição" (CAMPOS, 2014, p. 51). Desta resolução, inicia-se o instituto de controle de constitucionalidade, *judicial review*.

O fato deu-se após ação proposta por William Marbury, diretamente na Suprema Corte, contra James Madison - o então Secretário de Estado - com o escopo de efetivar sua nomeação como Juiz de Paz de determinado Distrito. Esta nomeação havia sido realizada pelo antecessor do Presidente Thomas Jefferson (vencedor na eleição de 1800). Este, ao tomar posse, ordenara ao seu Secretário não dar provimento à demanda de Marbury.

Apesar de reconhecer o direito do demandante, Marshall, presidente da Corte constitucional, "negou o pedido formulado no *mandamus*, sob o fundamento de que a Constituição [...] não lhe outorgara essa jurisdição originária, mas tão somente jurisdição em

sede de recurso para julgar esse tipo de demanda" (CAMPOS, 2014, p. 51). Neste ato, identificou certa incongruência constitucional com o texto positivado.

O fundamento da sua decisão amparava-se no sentido de que a Constituição é ordem suprema, inalterável mediante instrumentos ordinários "e pensamentos contrários 'subverteriam o próprio fundamento de todas as constituições escritas'; ato legislativo contrário à Constituição então não é lei, é ato nulo, e cabe à Corte declarar a nulidade". (CAMPOS, 2014, p. 52)

Segundo o autor retro citado, duas dimensões configuraram o ativismo de *Marshall*. A primeira, ausência de respeito à atribuição constitucional do Congresso, ao recusar a competência normativa, mesmo sem haver tal hipótese na Lei das leis; a segunda, afirmação de um poder não previsto na letra da lei. Conforme o autor referido, o instituto aludido "foi mais extraído da natureza e dos propósitos da Constituição do que dos significados normativos do seu texto" (CAMPOS, 2014, p. 52). Em outras palavras, os juízes puderam, mediante subjetivismo, abduzir a possível intenção do constituinte.

Por isto, debruçamo-nos sobre o *case Marbury versus Madison*, para uma inserção no contexto de compreensão do ativismo judicial. Seu desenrolar remonta à implantação de um sistema judiciário. Para alguns, excessivo; para outros, congruentes com o hálito constitucional vigorante. Os conceitos deste protagonismo são divergentes. É do que se ocupam os tópicos seguintes.

Conceito(s) de ativismo judicial

Após analise acerca da experiência americana, concernente ao originador do ativismo judicial, verifica-se a órbita das derivações conceituais e divergências doutrinárias.

A judicialização e o ativismo judicial, muitas vezes, confundidos, são fenômenos incipientes nos últimos séculos, desinentes de um movimento que colocara o Judiciário no âmago social. "Ou seja, é sabido que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito justamente se caracteriza pelo deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário" (TASSINARI, 2012a, 39).

Todavia, há uma distinção significativa entre estes dois institutos. Imprescindivelmente, impõe-se sua clara pormenorização, asseverada por Tassinari:

> Ocorre que essa maior participação do Judiciário resultou confundida com uma atividade ilimitada. Em outras palavras, se a partir do Constitucionalismo Contemporâneo duas principais expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional (judicialização política e ativismo judicial), um dos problemas que surge é a inexistência de uma diferenciação. Em um contexto em que

> frequentemente o Judiciário é acionado para resolver conflitos, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável, evitando que o Direito seja resumido tão somente a um produto das decisões judiciais, o que afeta as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro (TASSINARI, 2012a, p. 39).

Entre tentativas de classificá-lo, Garapon (1998, p. 54), brilhantemente, afirma: "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". Isto é, a hermenêutica subjetiva do magistrado sobrepõe-se aos ditames literais da letra legal com o escopo de que a atividade jurisdicional ande 'em pé de igualdade' com as transformações sociais.

Sobre tal caracterização, Streck compreende que um magistrado ou um colegiado consuma o ativismo quando ampara-se em fundamentos políticos ou morais, de modo a permutar o direito pelas convicções particulares de cada julgador; por outro lado, entende a judicialização como um fenômeno gerado "a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) [...]" (STRECK, 2014a, p. 589).

Deste modo, para o autor, o ativismo é uma deformação do programa constitucional de Estado Democrático de Direito, enquanto que a judicialização está inerentemente ligada ao contexto sociopolítico de determinada comunidade. Streck sustenta não importar "o quanto de judicialização", mas como serão decididas estas demandas. Logo, situa-se o real perigo, devendo culminar um verdadeiro controle, já que "a Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica" (STRECK, 2013a, p. 1).

Feita tal diferenciação, para melhor esmiuçarmos o ativismo judicial, objeto de estudo, é indispensável desnudar suas definições pejorativas, carregadas de paixão ideológica, frequentemente manipuladas como uso de "um código para afirmar mera discordância dos resultados dos julgamentos" (CAMPOS, 2014, p. 150). De certo, aspiramos, honesta e criticamente, a identificar um conceito holístico. Pois, "este tom crítico e puramente pejorativo, tem se mostrado forte obstáculo à definição coerente do termo e levado muitos autores a propor a substituição ou mesmo o abandono" (CAMPOS, 2014, p. 150).

Não se trata de fornecer uma noção absolutamente pacífica do ativismo judicial, tendo em vista esta ser uma tarefa inexequível, aliás, "é possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema" (CAMPOS, 2014, p. 150). Outrossim, apresentaremos elucidações que, de algum modo, enfrentam-se, mas acrescem ao debate e à construção sensata de uma definição do tema.

Por exemplo, para o jusfilósofo Streck, o ativismo judicial é um ato de vontade do julgador que, nascido no próprio espaço jurídico, caracteriza-se como "uma 'corrupção' na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos" (STRECK, 2014a, p. 65).

Em contrapartida, Barroso (2011, p. 366) entende o ativismo sob nova leitura, como "uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance", ou ainda, "[...] associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes" (BARROSO, 2013, p. 233).

Os dois autores retro mencionados, representam, antagonicamente, no Brasil, vertentes hermenêuticas sobre o ativismo judicial. A fim de azularmos um pouco de uma possível dicotomia conceitual, Ramos interpreta-o como o desempenho do múnus jurisdicional extrapolando as demarcações legais. O ordenamento prevê a atuação do Judiciário na resolução de litígios de caráter subjetivo (conflitos de interesse); e as demandas estritamente objetivas (conflitos normativos). "Há [...] uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes" (RAMOS, 2015, p. 131).

Em suma, o ponto elementar do ativismo está no ato de vontade do julgador, "um certo protagonismo do intérprete no momento da prolação da decisão jurídica, fruto da substituição dos juízos ético-morais do legislador por suas próprias convicções de mundo [...]" (RAUPP, 2016, p. 62).

Por isso, essa conceituação é imperiosa antecipadamente, a fim de haver uma inserção no contexto temático, pois não há "como se posicionar perante o ativismo se não se sabe quais magistrados e decisões são ativistas[...]" (DIMOULIS; LUNARDI, 2013, p. 460). Introduzidos neste universo, o presente estudo expõe as dimensões deste instituto no Brasil.

Ativismo judicial no brasil

A extensão do ativismo judicial, no Brasil, é relativamente recente, "diferente do que ocorre em países como Alemanha, Itália, Canadá e, principalmente, nos Estados Unidos" (CAMPOS, 2014, p. 209). A Constituição de 1988, com sua densa carga principiológica e a vasta gama de direitos fundamentais, muito contribuíra para a consolidação deste instituto no Judiciário brasileiro.

> A partir da Constituição de 1988 e com a redemocratização do país, assistiu-se ao reforço do papel institucional do Judiciário. Transformações institucionais, como a ampliação do acesso à justiça (v.g. Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Juizado Federal, Defensoria Pública, etc.), o fortalecimento do Ministério Público, o aperfeiçoamento de instrumentos processuais de defesa dos cidadãos, tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa somaram-se à crescente consciência e mobilização da sociedade civil em torno de seus direitos e fizeram do Judiciário ator proeminente no controle dos poderes políticos e na solução dos conflitos envolvendo a efetivação desses direitos (CAMPOS, 2014, p. 210).

A Constituição, a qual Ulisses chamara de Cidadã, é classificada, na interpretação de Carbonnel (2007), como neoconstitucionalista. Não há como alcançar a percepção do hodierno protagonismo do Judiciário sem compreender o paradigma constitucional vigorante. Este movimento advém de discussões aprofundadas sobre o constitucionalismo europeu, após a Segunda Guerra Mundial. "[...] as diversas constituições existentes apresentavam insuficiências e encontravam entraves à sua aplicação, devido a um imaginário pautado por uma supremacia legislativa, que era identificada com o positivismo" (TASSINARI, 2012a, p. 35).

Para Pires (2013), o neoconstitucionalismo é a expressão de um movimento decursivo do positivismo clássico. Dispondo a Constituição no âmago do sistema jurídico vigente, figurando, preponderantemente, os princípios e os direitos fundamentais, consequência do Pós-Guerra:

> Esse é o cenário brasileiro da atualidade. Em grande medida, ele decorre dos grandes debates jurídicos, filosóficos e políticos que tomaram corpo na Europa e nos EUA após o Segundo Pós-Guerra, e que chegaram ao Brasil na esteira da redemocratização e da consolidação da Lei Fundamental de 1988. Todo esse quadro corresponde a uma nova maneira de ver o direito (e o Direito), denominada, provisoriamente, de *pós-positivismo*. No plano constitucional, o pós-positivismo se manifesta como o marco filosófico do chamado *neoconstitucionalismo*, movimento que defende uma nova forma de ver o direito, partindo da normatividade, da supremacia e da centralidade da Constituição, para chegar a um modelo marcado, entre outros, pelo papel normativo dos princípios e por uma maior amplitude do espaço de atuação do intérprete (PIRES, 2013, p. 30).

Portanto, surge o intento de ressignificar o valor da Constituição: a premissa positivista é substituída por uma proposição de que o Direito tem um papel essencial na busca por uma justiça capaz de interpretar a letra da lei como um instrumento de garantia social e não como prerrogativa para aplicação 'cega' do texto normativo. Tassinari entende que, depois de todo o enfrentado, era indispensável romper com o antigo sistema legislativo, pois sua legitimidade estava embasada em um "formalismo rigoroso, de mera observação do procedimento adequado para criação das leis" (TASSINARI, 2012b, p. 29).

Considerando-se nem sempre a maioria estar com a razão, Sarmento (2013, p. 77) proclama: "a percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a

barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional". Estas constituições foram robustecidas de tal modo a incluir mecanismos de tutela de direitos fundamentais, até mesmo limitando a atuação legiferante para estas matérias.

Assim sendo, o positivismo é suplantado pelo neoconstitucionalismo. Consoante Bunchaft (2012), o modelo de supremacia do parlamento é superado pela preeminência da Constituição. Nas palavras de Streck (2014b, p. 106), "[...] a constituição não é um documento meramente 'político' (declarativo, pessoal, partidarista), que conteria um finalismo político-social, do qual o Direito seria um instrumento".

Foi este documento, posto no topo da hierarquia democrática, que configurou o Judiciário não somente como proclamador do direito, mas o elevou ao *status* de Poder do Estado. Portanto, o fez protagonista do múnus de dirimir contendas nas quais o Direito contemporâneo impõe a presença do Judiciário. Segundo o Bonavides, houve tempos, início do constitucionalismo moderno, em que o Poder Judiciário era "o mais fraco dos Poderes que emergiram da Revolução Francesa". Realidade amplamente contrastante, pois "poder desarmado, é ele, de natureza, poder débil. Mas, de necessidade, urge que seja poder forte, apto a dirimir grandes conflitos políticos e sociais cuja profundeza afeta a manutenção das estruturas institucionais" (BONAVIDES, 2004, p. 1).

Deste modo, o elemento positivado, ora enunciado, deixara de ser mero operador de uma técnica aplicativa da legislação, tornando-se um agente político, imbuído de guardar a higidez das instituições democráticas. Entretanto, por mais atraente que possa parecer o novo constitucionalismo, ele se caracteriza como uma jurisdição discricionária. Conforme sustentado por Tassinari (2012a, p. 42), "[...] as teses neoconstitucionalistas – e seus reflexos no Brasil – acabaram impulsionando a defesa do ativismo judicial".

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem grande destaque na propositura e manutenção deste instituto. Por óbvio, este fenômeno está para além de instâncias. Um juiz singular pode ser ativista, mas, em nosso país, o órgão de cúpula despontara como principal atuante. "[...] o Brasil tem sido palco do ativismo judicial, mais destacadamente do ativismo do Supremo Tribunal Federal." (CAMPOS, 2014, p. 209). Isto se deu, dado o formato como fora construída a Constituição, de extensão analítica e prolixa. Em seu artigo 102, o STF consagra-se guardião da Lei das leis. "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]" (BRASIL, 1988).

Segundo Campos, não há como falar em ativismo judicial sem voltar-se para a ascensão do Poder Judiciário, nomeadamente, do Supremo Tribunal, o que está inerentemente ligado à

promulgação da Carta Magna de 1988. Antes deste marco, a atuação do terceiro Poder republicano estava restrita à aplicação da lei. Daí o professor Oscar Vilhena Vieira falar em 'supremocracia', destacando-a como definição do protagonismo do órgão mais alto do Judiciário brasileiro (CAMPOS, 2014, p. 211). Observemos seu escólio:

> A enorme ambição do texto constitucional de 1988 somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa [...]. *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro (VIEIRA, 2008, p. 444).

O ministro e jurista Barroso esmiúça o alcance do Judiciário brasileiro nos últimos tempos. O Tribunal precisou firmar parâmetros no âmbito dos costumes e da ética, quando decidiu "se é legítimo casamento entre pessoas do mesmo sexo", por exemplo; adentrou no plano econômico, para saber "se os juros devidos pelos Estados da Federação na renegociação de suas dívidas com a União são simples ou compostos"; e até, em matérias sociais, a título de exemplo: "É compatível com a Constituição o estabelecimento de cotas raciais para ingresso em universidades?" (BARROSO, 2018, p. 21).

No momento presente, o STF decide questões como moral, ética, economia, relativização dos direitos fundamentais, delimita atribuições federais ou até afastamento do legislativo negativo. Há uma crise nas instituições pátrias, o que induz o Tribunal a deliberar sobre temas controvertidos (OLIVER, 2016). Isto, segundo Streck (2013b), instala um ativismo desenfreado, com raízes na moral e na vontade de quem o pratica, configurando-se um autêntico perigo ao regime democrático.

Vieira (2008) assegura a indispensabilidade do controle das atividades desenvolvidas pelos Poderes, a fim de que as competências atribuídas a estes não sejam usurpadas. Nos tempos remotos, o Supremo tem exercido o múnus legiferante, ainda que subsidiariamente. Contudo, "esta última atribuição, dentro de um sistema democrático, deveria ficar reservada a órgãos representativos, pois quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática" (VIEIRA, 2008, p. 445).

Contemporaneamente, não há como se pensar em um Brasil sem a intervenção diuturna do Judiciário na vida da sociedade, resultando em um "Império do Direito" (DWORKIN, 1999). Julgar temas polêmicos os quais o Legislativo omitiu-se de enfrentar, inseriu o Judiciário no cerne de discussões políticas, por vezes até impelido a decidir, conforme clamor popular. Os mandatários não querem se indispor com seus eleitores.

Deste modo, há um risco tremendo. Mancuso (2009) reconhece a ameaça de um ativismo exacerbado, o qual confronta o pacto federativo e resulta em letargia nas decisões de grandes temas por parte dos demais poderes, haja vista a viabilidade de judicialização.

A Carta Magna de 1988 é a verdadeira fomentadora deste ativismo, mesmo que não propositalmente; fora quem colocou o Judiciário no epicentro dos grandes conflitos sociais. A partir dela, tornara-se imprescindível a efetivação dos direitos fundamentais, o que ensejou e justificou tal fenômeno.

A PROBLEMÁTICA DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica é princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Para ingressar no sistema judiciário, entendeu-se substancial uma precisão de percepção cultural-social e solidez da direção sobre a qual estão edificadas a legislação em vigor e o entendimento dominante nos julgamentos. Destarte, no tempo presente, prevaleceu o direito escrito sobre os costumes, dada a sua capacidade de adelgaçar interpretações exageradas e arbitrárias.

Sarlet sustenta que, mesmo não havendo expressa manifestação constitucional a este princípio, está enraizada, na contemporaneidade, a compreensão de que todo Estado de Direito é também um Estado de segurança jurídica, "[...] do contrário, também o "governo das leis" (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades". Hoje, o magistério constitucional entende a segurança jurídica como elemento inafastável do Estado de Direito. "Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional" (SARLET, 2010, p. 4).

Por óbvio, esta segurança não deve subordinar-se ao sedentarismo, mas à dinamicidade, como natureza deste Estado regido pela ordem das leis, deixando-se alcançar pelas transformações que a sociedade sofre. Reale (1994), com sua inteligência insubstituível, salienta:

> [...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina "espírito de revolta (REALE, 1994, p. 87).

O espírito de revolta do Judiciário não pode colocar em xeque o múnus constitucional – quase sagrado – de um outro poder. A perfectibilidade também é um exercício. Tomar para si atribuições que o constituinte não chancelou, seria, no mínimo, ilegítimo. Ademais, diante de tais circunstâncias, o juiz depara-se com o dever de decidir, mesmo que em face da ausência de norma positivada, para atender às necessidades e anseios dos indivíduos no novo contexto social, pós Constituição Federal de 1988.

Este movimento de encontrar a linha tênue da precisão jurídica (a que chamamos de segurança), no que diz respeito à atividade legiferante, deve estar concentrada nas mãos do Poder Legislativo. Não é nosso intento tornar o judiciário imóvel, mas fazê-lo desenvolto na órbita que lhe é própria. Só assim, o constituinte poderá ter direito a uma percepção mínima de conclusão do seu processo em curso. Enfim, os malabarismos jurisprudenciais poderão ser sepultados nesta sofrida e agitada república.

Nesse ínterim, ao desfazer essa estrutura, amparada pelos princípios constitucionais-democráticos, desmorona-se também uma luta de séculos para não se viver, de nenhum modo, sob regimes autocráticos. Assim como o princípio da segurança jurídica, o instituto da separação de poderes decorre do Estado Democrático de Direito.

O princípio da separação de poderes

Antecipadamente, insta acentuar breves considerações sobre o Estado Democrático de Direito, pois o princípio ora analisado advém deste. Oliver (2016) sustenta que Estado e sociedade são distintos. Aquele é mecanismo de organização das sociedades humanas, enquanto esta seria uma característica do gênero, pois o homem está sempre inclinado a viver em comunidade. O binômio poder e direito formam o Estado, através das convenções humanas.

O Estado, no curso da história passara por três fases: (1) liberal, (2) social e (3) democrático de direito. A primeira iniciou-se na Revolução Francesa, rachando com gestões autoritárias e consagrando a liberdade de expressão. No entanto, haja vista as vultosas desigualdades sociais, desponta um novo formato: Estado Social. Ou seja, o poder público intervinha na seara privada para garantir o equilíbrio social. Há um empenho pela organização das funções públicas (legislar, administrar e julgar). Embora possua fulcro social, o intervencionismo confrontava ideais democráticos, desencadeando novo modelo (OLIVER, 2016).

Por conseguinte, surge a terceira, com o escopo de proclamar o povo como elemento ontológico do poder - a etimologia da palavra *democracia* representa "poder que emana do povo". Tal qual proclama o parágrafo único, do artigo 1°, da CRFB/88, "Todo poder emana do

povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988).

Tudo isto sob o manto das leis. Na verdade, esta configuração de Estado entrelaça-se ao império das leis. Pois, nas palavras de Ruy Barbosa, "com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação" (DANTAS, 1995, p. 68).

Para que o ideal de Estado pudesse ser efetivado, suas funções foram subdivididas em Poderes. Esta separação confere autonomia e independência aos elementos positivados, além da possibilidade de um poder fiscalizar o outro, não havendo hierarquia entre estes, frustrando qualquer tentativa de poder cesarista.

Ao contrário do que se pensa, Montesquieu não fora o primeiro a pensar sobre esta matéria, apesar de ter sido seu maior difusor. Na Grécia Antiga, Aristóteles supõe esta divisão, por se tratar de funções distintas. E delimita as funções: criar normas gerais aplicáveis a todos; dirimir contendas decorrentes da observância (ou não) da legislação e executar os regulamentos instituídos. Posteriormente, surge Locke (1994) disciplinando as mencionadas atribuições em: Legislativo, Executivo e Federativo. Este último, responsável pelas relações internacionais de Governo, em outras palavras, vínculo diplomático. Para ele, o Legislativo estava acima de todos. Contudo, somente com o barão de *La Brède,* os poderes ganharam independência.

Na obra o *Espírito das Leis*, o citado francês proclamará a conhecida tripartição de poderes: o Legislativo tem o dever de criar as leis, corrigi-las e revogá-las; o Executivo é responsável pela segurança da *pólis*; e o "poder de julgar" imbui magistrados a sentenciar os indivíduos (MONTESQUIEU, 1962, p. 181).

Segundo ele, todo homem está inclinado a abusar do poder que lhe é confiado, portanto, ele ser opositor à condensação de funções em uma só pessoa. Acreditava na liberdade como tranquilidade de espírito, de modo que só se poderia alcançar tal valor, caso houvesse um governo moderado (conjugação de monarquia, aristocracia e democracia, isto é, Rei, Parlamento e Juízes) (OLIVEIRA, 2019).

O filósofo não anui a margem de interpretação para aplicação da lei pelos juízes, os quais são *la bouche de la loi* (a boca da lei) e diz, "os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor" (MONTESQUIEU, 1962, p. 187). Em outras palavras, a judicatura está profundamente atrelada aos ditames da letra positiva. "O poder de julgar limita-se a realizá-lo em concreto. Montesquieu objetiva, com isso, garantir segurança jurídica porque, do contrário, 'viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos" (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 57).

Havendo ortodoxia ao princípio aludido, não existirá *"*espaço criativo franqueado ao julgador no desempenho de suas atribuições funcionais, afastando-se a possibilidade de qualquer manifestação ativista". Nas ações de controle de constitucionalidade, por exemplo, seria ideal que o juiz ficasse adstrito a atuar como legislador 'negativo', restringindo-se a declarar a nulidade da lei, não obstante, jamais 'positivo', ou seja, tratando as omissões ou até retificando normas, a fim de que não caia "na tentação de inovar a ordem jurídica*"* (OLIVEIRA, 2019, p. 367).

Pode-se dizer, por este motivo, que Montesquieu estava mais intencionado em um fim político do que jurídico: "impedir a concentração de poder, distribuindo-o entre órgãos distintos para limitá-lo e garantir a liberdade do cidadão contra os abusos do absolutismo monárquico" (OLIVEIRA, 2019, p. 380). Esta argumentação fundamentou o sistema dos freios e contrapesos, nos Estados Unidos chamado de *checks and balances*. Uma forma de burlar qualquer possibilidade de transbordamento dos limites institucionais (OLIVEIRA, 2019).

O sistema sobredito demarca funções típicas e atípicas de cada Poder. O Legislativo, precipuamente, tem o dever de elaborar as leis. Atipicamente, a Carta Republicana de 1988, em seu artigo 52, incisos I e II, admite hipóteses em que o mencionado Poder deverá julgar autoridades pertencentes a outros ramos estatais. Do mesmo modo, o Judiciário fica a cargo de solucionar as lides envolvendo indivíduos, conforme hermenêutica legal. Como atribuição atípica, cita-se a administração dos seus órgãos (v.g. nomeação de servidores). Por fim, o Executivo tem o papel de gestar a máquina pública, além de garantir a segurança interna e externa do Estado. Como responsabilidade atípica, o artigo 62, da CRFB/88, vaticina a possibilidade de o Presidente da República estabelecer medidas provisórias com força de lei.

Isto ocorre como escopo à efetivação da segurança da sociedade, a fim de que a propensão humana de se fazer rei não destrua, na prática, o valor máximo da modernidade: a democracia. Sem limites recíprocos, tal regime político torna-se lenda. Estas fronteiras não querem dizer antagonismos, mas revelam um espaço vital para as garantias constitucionais. Logo, a chave da harmonia entre os poderes é o equilíbrio entre o respeito pelas atribuições alheias e uma vigilante fiscalização mútua. Assenhorar-se de papel que não lhe compete é ingressar em premissa desarmônica.

> Os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco, para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro (SILVA, 2005, p. 112).

Esta harmonia não significa dizer abster-se de interferências, pois, se necessárias, haverá algumas, pretendendo estabelecer tal sistema na "busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o demando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados" (SILVA, 2005, p. 110).

Destarte, este princípio guarda distinção com o atual ordenamento jurídico. O artigo 49, da CRFB/88, determina as competências exclusivas do Congresso Nacional. Ressalta-se o inciso XI: "[...] zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes" (BRASIL, 1988). Logo, escancaradamente, o constituinte originário não criara lacunas para o protagonismo de um Poder. De acordo com o Ministro Ives Gandra Martins Filho (RIBAS, 2019), a fim de proteger o Princípio da Separação de Poderes, o Congresso deveria utilizar-se deste remédio. Segundo ele, "a raiz da insegurança jurídica do Brasil se chama ativismo judicial" (RIBAS, 2019, p. 1).

Ademais, a Constituição de 1988 instituíra a Separação de Poderes como Princípio fundamental (artigo 2°), além de inseri-lo no rol das cláusulas pétreas, uma vez estando protegido pelo parágrafo quarto, do artigo 60. *In verbis*: "Art. 60. [...] § 4° Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III – a separação dos poderes; [...]" (BRASIL, 1988).

Esta classificação expressa a relevância deste princípio para o marco histórico que fora a promulgação da Carta Cidadã. Afrontar esta previsão é ofender o constituinte originário e trair o aflato constitucional que propulsara um texto amplo e condizente com uma sociedade que viu, com seus olhos, a devastidão provocada pelas tiranias.

A própria ideia de Montesquieu é que o juiz reproduza fielmente a lei, não lhe reservando qualquer discricionariedade para o exercício de uma "fantasia legislativa". Caso isto não ocorra "o princípio da separação de poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador" (BOBBIO, 1996, p. 40).

O Princípio em comento objetiva garantir a segurança jurídica. "Percebam a independência e a harmonia dos Poderes da República – Legislativo, Executivo e Judiciário, e nessa ordem estão no artigo 2° da Lei das leis -, a pressupor que cada qual atua na área que é reservada constitucionalmente". Esta é condição *sine qua non* para "se alcançar patamar civilizatório aceitável" (BRASIL, 2019).

Passadas eras de instabilidades e totalitarismos, a sociedade moderna desenvolveu uma estrutura, aspirando ao máximo de justeza no cumprimento dos ofícios públicos. O Estado de

Direito não sobrevive, se houver disparidade nas posições dos poderes. O sistema, indispensavelmente, carece de mecanismos que tolham descomedimentos existentes. Até os tempos nupérrimos, a Separação de Poderes fora a mais arguta ferramenta apta a comedir a usurpação de competências.

Os juízes e a discricionariedade interpretativa

A atuação jurisdicional, consoante Princípio discutido concisamente, dado o enfoque e limitação do artigo, na subseção anterior, deve adstrir-se a dirimir contendas sociais. Contudo, a luta do positivismo e jusnaturalismo rendera consequências à matriz alicerçante das Constituições contemporâneas. O positivismo distanciava o direito da moral. Kelsen (1998) sustentava uma purificação do direito: entendia que a moral estava condicionada ao ser, enquanto o direito ao dever ser.

O jusnaturalismo fez o caminho inverso, admitindo o uso de conceitos morais e princípios para interpretações na aplicação das normas jurídicas. Entendia-se que a letra legal também é composta por lacunas, dificultando a resolução de casos complexos, o que seria possível a partir de conceitos amplos, decididos, em *ultima ratio*, pelo julgador.

Como encontrar um equilíbrio entre o positivismo e a discricionariedade? Negar a habilidade dos princípios em lidar com *hard cases* é tolice. Opor-se ao fato da arbitrariedade, camuflada por conceituações abertas, é desonesto. Não é possível haver cisão absoluta entre as duas vertentes supracitadas. As regras e os princípios postos antagonicamente seriam como criar uma ruptura entre compreender, interpretar e aplicar (STRECK, 2009; 2010).

Há uma certa codependência, visto que *"as regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para determinação da resposta adequada"* (STRECK, 2014a, p. 517). O autor entende, de uma vez por todas, que qualquer regra advém de um princípio instituidor. Só assim a norma pode ser aplicada, pois, do princípio decorre a legitimidade democrática.

No entanto, o conceito ontológico de princípio não está sendo alcançado por seus aplicadores, já que o empregam, de sorte que corrobore com o fim pretendido. Isto tem facilitado e fomentado o ativismo judicial. Lenio Streck denominou o fenômeno de "principiologismo", isto é, *"um álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional"* (STRECK, 2014a, p. 538). O autor aludido adverte:

> É preciso insistir nisso: não é qualquer um e nem é qualquer coisa que pode ser princípio. Do contrário, teremos que abandonar a tese dominante de que princípios

> são normas. Lembremos, ademais, que o positivismo era mais sincero nesse ponto. Nele, princípios não eram deontológicos. Por isso, nessa tradição, poderia não haver limites para "criação dos princípios". Afinal, na tradição positivista, eles eram efetivamente abstratos. [...]. De tudo o que foi dito, é ainda possível – e necessário – ressaltar que não se pode partir do princípio para resolver um caso. Isso seria fazer raciocínios teleológicos. Haverá uma regra (norma, em geral) apta a resolver o caso, a partir de uma reconstrução principiológica (reconstrução da história institucional). Esse é o espaço e o papel dos princípios (STRECK, 2014a, p. 526).

Ou seja, o julgador não deve utilizar o princípio de modo exclusivista como catapulta para resolução de um caso, sem levar em conta a motivação de sua construção. Seria como escolher qual fim ele desejara para demanda em suas mãos, mas empregá-lo de modo a reconstruir o lídimo intento do princípio. Caso contrário, os malabarismos jurisprudenciais somar-se-ão à história desta sofrida república.

Há precedentes judiciais do STF, por exemplo, que estão sofrendo alterações, através da chamada mutação constitucional (mudança informal da Constituição) em um curtíssimo prazo. Posso mencionar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, que modificaram entendimento firmado no ano de 2009, pelo mesmo Tribunal.

Nos últimos anos, com a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e sua densa carga principiológica, surgiram inúmeros princípios que provocam dubiedades na interpretação da letra positiva. A começar pelo preâmbulo da CRFB/88 – conteúdo integralmente principiológico. O artigo 3°, do referido diploma constitucional, fixa objetivos fundamentais da República. Uma redação ampla, sujeita às mais variadas interpretações.

Além destes, existem princípios comumente apontados nas mais variadas petições, como se se enquadrasse em qualquer causa de pedir. São eles: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da CRFB/88); da livre manifestação de pensamento (art. 5°, IV, da CRFB/88); da razoabilidade (art. 5°, LXXVIII, da CRFB/88); e o mais subjetivo de todos, previsto no artigo 113 do Código Civil (2002), princípio da boa-fé objetiva. Quem poderá pormenorizar as definições destes preceitos? O subjetivismo há de imperar!

> [...] as Constituições contemporâneas não se limitam a fixar estaticamente o Direito, impondo programas de ação futura e estabelecendo linhas mestras vinculantes de todos os poderes de Estado, para cuja realização o controlador da constitucionalidade exerce papel fundamental, de forma que a interpretação das normas da Lei Fundamental cada vez mais se assemelha à atividade do legislador e do governo, haja vista inovar a ordem jurídica de maneira substancialmente diversa da função habitual desempenhada pelos juízes, de simples aplicação da lei aos casos concretos, carreando-lhes poder normativo atípico consubstanciado na possibilidade de alteração do sentido das normas mediante fixação de exegese alegadamente conforme a Constituição, com prevalência de enfoque jurídico-político por sobre os demais métodos hermenêuticos empregados pela dogmática (gramatical, lógico, histórico, teleológico e sistemático) [...] (OLIVEIRA, 2019, p. 378).

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça – no relatório "Justiça em números" – (CNJ, 2019, p. 73), há 18.141 magistrados, no Brasil. Cada homem tem uma formação e inclinações distintas. Os valores que os movem são tantos quantos possam haver. O ativismo judicial deposita nos gabinetes dos juízes, mesmo que tacitamente, os destinos de uma nação, desaguando uma tremenda imprecisão na vida dos jurisdicionados. É direito daqueles que ingressam no sistema judiciário um mínimo de previsibilidade concreta. Em outras palavras, é imprescindível ter ideia de qual decisão o juiz poderá tomar, na resolução do caso.

A pergunta de Streck continua pertinente: "o Direito, ao fim e ao cabo, é o que dele se diz por aí ou, melhor, ele é o que o judiciário diz que ele é?" e segue, "Mas se isso é assim, se já se 'naturalizou' essa concepção, porque continuamos a estudar ou escrever sobre o Direito? Não seria melhor deixar que 'quem decide é quem sabe'?" (STRECK, 2016).

Na prática, a última palavra é do judiciário. Uma amostra deste argumento é o processo para declaração de inconstitucionalidade de lei no Brasil: apesar de sua decisão não vincular o Congresso Nacional; após o Supremo, não há mais a quem recorrer. *"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"* (STRECK, 2011, p. 23).

Em julho de 2019, o Tribunal Constitucional brasileiro julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n° 26. Não pretendemos analisar a discussão da matéria em si (haja vista não fazer parte do objeto da pesquisa), mas a argumentação do Ministro Marco Aurélio Mello, que coaduna com o presente texto. Sua Excelência fez ver:

> Não é admissível transformar a Lei Maior em um 'sino sem badalo', na dicção do professor José Carlos Barbosa Moreira, sob pena de ter-se o prejuízo à força normativa do texto constitucional e a perda de legitimidade do Judiciário. [...] Não vivêssemos tempos tão estranhos, o pleito soaria extravagante. A estrita legalidade, no que direciona à ortodoxia na interpretação da Constituição Federal [...], não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto [...] (BRASIL, 2019, p. 5 e 11).

Destarte, é bem verdade que decisões do STF, a título de exemplo, seguem uma linha de proteção aos direitos fundamentais. No entanto, dadas as oscilações hermenêuticas e a ausência de objetividade, não se pode garantir que, posteriormente, teremos um protagonismo judicial de caráter essencialmente constitucional, até porque o próprio ativismo já não o é por natureza. Como vaticinado pelo Ministro Ives Gandra Filho, quando as disposições constitucionais e legais são claras *"e cada juiz interpreta de uma forma diferente – não porque*

a lei soa diferente, mas porque eu gostaria que ela dissesse aquilo que eu vou dizer agora – isso também se chama voluntarismo jurídico" (RIBAS, 2019, p.1).

Vale ainda anotar as ações que estão sendo realizadas para coibir tais discricionarismos. O Projeto de Lei n° 4.754/2016[1] altera a Lei dos crimes de responsabilidade, especificadamente, o artigo 39 da Lei n° 1.079/1950. O PL tipifica crime de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em casos de usurpação da competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

Por fim, é necessário recordar a Escola do Direito Livre, encabeçada por Herman Kantorowicz, presente no início do século XX. Tal seguimento defendia a plena liberdade do juiz no momento da decisão, podendo, inclusive, acarear o texto legal (STRECK, 2015). Pode-se pensar que, deste modo, tutelar-se-ia, de forma concreta, as liberdades constitucionais, o que não é verdade, pois sem os limites da lei – "[...] *fora da lei não há salvação*" (DANTAS, 1995, p. 68) –, a tão sonhada garantia esvai-se por entre os sofismos retóricos, além da ostensiva insegurança jurídica. Ora, o Estado só alcançará a efetivação dos direitos elencados em seu principal documento normativo, se também estipular limites à atuação dos seus poderes.

A segurança jurídica *versus* as transformações sociais

Nos últimos tempos, a sociedade atravessa, de forma mais intensa, uma transformação em sua estrutura. O avanço tecnológico e a horizontalização das relações sociais impactaram um novo formato de comunidade. Inequivocamente, o Direito também fora envolvido por este movimento.

As mudanças ocorrem dentro de uma dinâmica. Fluidez e transitoriedade compõem a contemporaneidade. Claro, este é um processo que a sociedade, como um todo, atravessa. Bauman (2003), em sua obra "Modernidade Líquida", sustenta um período de profunda transformação social. Ingressando no túnel da história, o estudioso assegura que as gerações passadas carregavam certezas e seguranças subjetivas não tão fáceis de obtenção por seus descendentes. O autor acentua a perda do valor das palavras, ao referir-se a expressão "longo prazo". O que significará tal vocábulo na era da instantaneidade?

Vive-se um tempo vertiginoso de metamorfoses sociais. Conceitos, anteriormente sólidos, isto é, norteadores da atividade jurídica, enfrentam uma certa relativização. Por ser o direito elemento constitutivo do Estado, impossível não ser alcançado por este marco.

1 A título de curiosidade, deixo à disposição a página do sítio que contém o inteiro teor do Projeto de Lei 4.754/2016, tramitando no Congresso Nacional (Brasil, 2016).

Além-mais, há uma "revolução informacional" (analogia à Revolução Industrial). As relações sociais foram, seguramente, influenciadas pelas novas formas de comunicação (LISBOA, 2006). Surge, então, o que se convencionara chamar de "sociedade da informação"; em outras palavras, um período no qual as informações interferem na vida da sociedade.

Logo, questões demasiadamente heterogêneas foram colocadas ao direito. O Judiciário, nos tempos que correm, tem precisado conviver com litígios jurídicos com os quais não estava apto a lidar.

> Assim, a economia, o direito, a sociologia, enfim as mais variadas áreas do conhecimento (e da vida) viram-se invadidas por uma nova forma de interação. Neste sentido, no que tange ao Direito, por exemplo, diversas questões inéditas foram postas aos operadores do Direito: a privacidade e os limites de exposição permitidos, contratos de compra e venda que, subitamente passaram a ser celebrados entre pessoas de diversas partes do globo sem que houvesse, portanto, os limites territoriais a fixar a legislação aplicável, o direito ao esquecimento, mais recentemente, reclamando aos provedores que o passado seja, efetivamente, deixado em seu lugar, e tantas outras questões mais que poderiam ser mencionadas (REIS; ZIEMANN, 2016, p. 8).

O advento desta época trouxera consigo incompatibilidades com o Direito vigente, haja vista ser novidade não regulada pelos meios jurídicos. A melhoria das condições sociais é indubitável: otimização do tempo, diminuição do esforço humano e facilidade na conectividade consubstanciam tal premissa. Todavia, não se pode negar a predisposição desta era em tornar tudo transitório. Inclusive, as leis que são aprovadas hoje, podem ser consideradas obsoletas em um curto prazo de tempo, estímulo para o protagonismo do Judiciário.

É bem verdade que o avanço tecnológico fomentara uma aproximação do Judiciário com a sociedade. A "TV Justiça", no Brasil, inaugurada em 2002, é um exemplo contundente. Há 30 anos, o cidadão comum, residente no interior do país, não imaginava poder assistir a uma seção de julgamento de um Tribunal Superior. Isto acarretou uma cobrança inevitável da sociedade em face de tal Poder. Os juízes, antes anônimos, tornaram-se *popstars* (FONTE, 2016).

O corpo social percebeu que o 'poder da caneta' era mais resolutivo, traduzindo-se em um perigo, pois o clamor popular ganhou espaço na motivação e celeridade desta resposta. Falando sobre isso, o Ministro Barroso, em parceria, admite:

> A permeabilidade do Judiciário à sociedade não é em si negativa. Pelo contrário. Não é ruim que os juízes, antes de decidirem, olhem pela janela de seus gabinetes e levem em conta a realidade e o sentimento social. Em grande medida, é essa a principal utilidade das audiências públicas que têm sido conduzidas, com maior frequência, pelo STF. Os magistrados, assim como as pessoas em geral, não são seres desenraizados, imunes ao processo social de formação das opiniões individuais. O que não se poderia aceitar é a conversão do Judiciário em mais um canal da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pelas pressões da mídia.

> Ausente essa relação de subordinação, o alinhamento eventual com a vontade popular dominante é uma circunstância feliz e, em última instância, aumenta o capital político de que a Corte dispõe para poder se impor, de forma contramajoritária, nos momentos em que isso seja necessário (BARROSO; MENDONÇA, 2013, p. 1).

A atividade judicante está atrelada aos ditames da lei. A execução do seu labor não se sujeita à filiação a correntes majoritárias (ou não), mas condiciona-se ao que está posto na ordem positiva, de modo a evidenciar uma dissidência com a legitimidade democrática, corroborando a asserção de que o ativismo não beneficia ramo nenhum, em uma república.

Valores plurais e multifacetados foram incorporados ao Direito, mesmo que não formalmente. É fato que o Legislativo não consegue acompanhar as bruscas reformas vividas pela comunidade. Daí surgir o ativismo judicial. A inércia legiferante desagua no Judiciário, causando uma terrífica insegurança.

O Direito foi um instrumento pensado para comunidades que codividissem as mesmas filosofias e um alicerce cultural análogo. Hodiernamente, há sociedades permeadas das mais diversas perspectivas de cultura, "nas quais resulta difícil afirmar o predomínio de um grupo de pessoas que pensem do mesmo modo em todos os temas, o que faz com que tanto a lei, quanto a decisão judicial se concentrem antes nos procedimentos que nas decisões substantivas" (LORENZETTI, 2009, p.62).

Em qualquer comunidade humana, não subsiste uniformidade. As divergências fazem parte daqueles dotados de capacidade intelectiva. Não obstante, a regulamentação e decisão sobre as matérias surgentes não dependem precipuamente do Poder Judiciário. Dada sua propriedade no teor, unir-se a discussão só irá alargar as benesses daí advindas – desde que não esqueça o fim para o qual fora criado e os limites aos quais está sujeito.

Assim sendo, não faz sentido tornar-se antagônico às tecnologias, pelo contrário, para isso existe o Direito 4.0. Ou seja, um movimento que tem como fim a modernização da ciência jurídica, introduzindo ferramentas que tornem seu desempenho mais técnico, transparente e isonômico. De acordo com Machado, Silva e Santos (2008), estes novos meios poderão aumentar a produtividade, facilitar o acesso à justiça, simplificar bancos de dados e o favorecimento da comunicação.

Em virtude disto, nos Estados Unidos, foi criado o projeto *Supreme Court Forecasting*, para estipular resultados de casos futuros, baseado na análise massiva de demandas já julgadas pela Suprema Corte americana. 75% das previsões corresponderam às sentenças do Tribunal, na medida em que profissionais do direito somente acertaram 59,1% das decisões (CARVALHO, 2017).

A tecnicidade das máquinas pode, profusamente, contribuir para a assertividade das decisões judiciais e a ideal distância dos discricionarismos. Em suma, imperioso se faz um sistema, por exemplo, que possa auxiliar os julgadores, forcejando obstaculizar uma atuação ativista, com vistas a tutelar os ditames constitucionais-democráticos, notadamente, o Princípio da Segurança Jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo empenhou-se em explanar, a partir da ótica de pensadores do direito, as discussões relativas ao Ativismo Judicial, em seu contexto histórico e desenvolvimento no âmbito jurídico brasileiro.

Na introdução, ficou evidente que o seu objeto de estudo é a hodierna jurisdição constitucional, não obstante, a pesquisa ter apresentado a perspectiva sobre o tema de vários estudiosos e autores. Existem duas principais correntes: (a) defende a atuação proativa do Judiciário, de modo a garantir efetividade aos direitos fundamentais; (b) sustenta a tese de um procedimento arbitrário, haja vista confrontar Princípio elementar do Estado moderno (Separação de Poderes). Apesar da ausência de pacificidade, a abordagem da matéria faz-se imperiosa, pois quanto mais se discutir, maior a probabilidade de se alcançar um denominador.

Por conseguinte, apurou-se a atuação da Suprema Corte norte-americana na formação do *judicial review*. Aliás, não há como se ter uma compreensão apurada de tal instituto, sem adentrarmos no caso de *Marbury versus Madison*. A história do constitucionalismo estadunidense remonta à inauguração de um sistema que protagoniza o judiciário: uma estrutura que prioriza o direito consuetudinário em detrimento do *jus positum*.

Entretanto, embora adepto ao sistema *civil law*, o Brasil fora alcançado por esta forma de jurisdição constitucional, sobretudo através do Supremo Tribunal Federal. Isto muito se deve ao formato que está construída a Carta magna de 1988, texto esse, denominado como dirigente - em outras palavras, traça objetivos a serem perseguidos pelo Estado. São conceituações abertas, que dão espaço a oscilações hermenêuticas e a malabarismos decisórios.

Ademais, evidenciou-se a formação histórica do Estado, até chegar ao Democrático de Direito, certo de que tal estrutura fora erguida, mediante uma luta de séculos, intentando obstaculizar governos autoritários. A legitimidade do poder é do povo (art. 1°, parágrafo único, da CRFB/88). Assim sendo, imperioso fez-se aprofundar o Princípio da Separação de Poderes - imprescindível para manutenção desse Estado -, consolidado por Montesquieu, no século XVIII, que tripartiu as funções republicanas, destinando-as a órgãos estatais diversos, por estar convencido da inclinação humana em abusar do poder que lhe é confiado.

Além do mais, o múnus da judicatura deve estar limitado a dirimir contendas sociais, assim não sendo, a usurpação de competência torna-se fato jurídico. Daí a indispensabilidade de ações que visem comedir as exorbitâncias dos ramos estatais.

Consequentemente, verificou-se o liame entre o Ativismo Judicial e as transformações sociais. Na era da instantaneidade, o Judiciário é o poder de maior rapidez na elucidação de querelas comunitárias, estímulo para o deslanche do retro mencionado instituto. As novas tecnologias, também advindas nos últimos tempos, têm de desenvolver sistemas a inibir este protagonismo e fomentar um exercício judicante técnico e independente.

Conclui-se que os limites fazem parte da natureza do Estado de Direito. Aos detentores do poder, que estejam sujeitos ao controle da lei. Somente assim, conseguir-se-á assegurar um sistema equilibrado. Não se trata de retirar as competências a eles atribuídas; pelo contrário, reafirmá-las, desde que estejam adstritas às demarcações estabelecidas constitucionalmente. Tornar as ferramentas de controle mais robustas é tornar o Estado mais dinâmico, destemido e democrático.

Por fim, sobressai-se a ausência de pretensão em exaurir o assunto, muito menos a mera explanação teórica do tema, mas dispor, em linhas gerais, luzes matinais sobre pontos que envolvam o protagonismo do Judiciário com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, J.L.M. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de "O espírito das leis". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 53-68, 2008.

BARROSO, L.R. **A judicialização da vida**: e o papel do Supremo Tribunal Federal. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, L.R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, A.L.F.; PAULA, D.G.; NOVELIO, M. (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial.** 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 225-270.

BARROSO, L.R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, L.R; MENDONÇA, E. **STF entre seus papéis contramajoritário e representativo**. Conjur.com.br, São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jan-03/retrospectiva-2012-stf-entre-papeis-contramajoritario-representativo. Acesso em: 11 nov. 2019.

BAUMAN, Z. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico** – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1996.

BONAVIDES, P. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.754/2016**. Altera Lei n° 1.079 de 10 de abril de 1950 que dispõe sobre os crimes de responsabilidade. Brasília, DF, 2016. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700&fbclid=IwAR06X3hdVzb_IggZqwnRBk7ayWAyHLcdck7vRgE7jPTytI8lcPzZnkCG7yA. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em: https://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp?. sob código A44A-7B46-E1D2-3CCE e senha BADE-DE6B-B04D-3451. Acesso em: 04 set. 2019.

BUNCHAFT, M.E. A temática das uniões homoafetivas no Supremo Tribunal Federal à luz do debate Honneth-Fraser. **Revista Direito FGV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 133-156, jan./jun., 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a06.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

CAMPOS, C.A.A. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARBONNEL, M. **El constitucionalismo en su laberinto**. In: CARBONNEL, M. (org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Madri: Trotta, 2007.

CARVALHO, A.G.P. **O uso da inteligência artificial no mundo jurídico**. Jota.info, Brasília, 2017. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-uso-da-inteligencia-artificial-no-mundo-juridico-16062017. Acesso em: 13 nov. 2019.

CNJ. **Justiça em Números**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 08 nov. 2019.

DANTAS, S.T. Rui e a renovação da Sociedade. In: LACERDA, Virgínia Cortes. op. cit. **Rui Barbosa**: escritos e discursos seletos. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa/ Editora Nova Aguilar, 1995.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S.G. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, A.L.F.; PAULA, D.G.; NOVELINO, M. (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 459-473.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FONTE, F.M. O Supremo Tribunal Federal antes e depois da TV Justiça: rumo à sociedade aberta de telespectadores? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 14, n. 52, jan./mar. 2016, p. 131-141. Disponível em: https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/37230. Acesso em: 13 nov. 2019.

GARAPON, A. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LISBOA, R.S. Direito na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 847, maio, 2006, p. 78-95.

LOCKE, J. **O Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LORENZETTI, R.L. **Teoria da Decisão Judicial**: Fundamentos de Direito, tradução Bruno Miragem e Notas e Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO, H.; SILVA, S.; SANTOS, F. **Justiça tecnológica**: promessas e desafios. Porto: Ecopy, 2008.

MANCUSO, R.C. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTESQUIEU, C.L.S., barão de La Brède e de. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. (Coleção Clássicos Garnier).

OLIVEIRA, R.A. **O ativismo judicial à luz da separação de poderes e da crise do parlamento na idade contemporânea**. In: Federalismo e Poder Judiciário. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019. p. 359 – 421. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/16-federalismo.pdf?d=637006247774866622. Acesso em: 05 nov. 2019.

OLIVER, L.Z. **Ativismo judicial no Brasil e as consequências de sua consolidação**. 2016. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19085/2/Luciana%20Zanchetta%20Oliver.pdf. Acesso em: 31 out. 2019.

PIRES, T.M. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, A.L.F.; PAULA, D.G.; NOVELINO, M. (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 29–72.

RAMOS, E.S. **Ativismo judicial**. Parâmetros dogmáticos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAUPP, M.S. **Ativismo Judicial**: Características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

REALE, M. **Teoria tridimensional do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, J.R.; ZIEMANN, A.S. Direitos Fundamentais na Sociedade da Informação e a Influência dos blogs. **Mostra nacional de trabalhos científicos**. Santa Cruz do Sul, 2016. Disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14735 Acesso em: 11 nov. 2019.

RIBAS, M. **Ives Gandra sugere que Congresso use Constituição para barrar decisões judiciais**. Jota.info, Brasília, 2019. Disponível em: https://www.jota.info/jotinhas/ives-gandra-sugere-que-congresso-use-constituicao-para-barrar-decisoes-judiciais-08112019. Acesso em: 11 nov. 2019.

SARLET, I.W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar.-mai. 2010. Disponível em: https://www.paginasdedireito.com.br/images/stories/PDF_artigos/aeficacia_ingo_wlfgang_sarlett.pdf. Acessado em: 02 nov. 2019.

SARMENTO, D. O Neocostitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 73–113.

SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, L.L. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011. Disponível em: http://wwww.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

STRECK, L.L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, L.L. **O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei!**. Conjur.com.br, São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei. Acesso em: 09 nov. 2019.

STRECK, L.L. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, L.L. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Conjur.com.br, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author. Acesso em: 07 nov. 2019.

STRECK, L.L. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Conjur.com.br, São Paulo, 2013a. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns. Acesso em: 09 nov. 2019.

STRECK, L.L. **O Supremo não é o guardião da moral da nação**. Conjur.com.br, São Paulo, 2013b. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao. Acesso em: 09 nov. 2019.

STRECK, L.L. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

STRECK, L.L. A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em *terrae brasilis*. **Sequencia**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 83-108, dez. 2014b. Disponível em:

https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2014v35n69p83/28384. Acesso em: 29 set. 2019.

TASSINARI, C. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n.2, p. 31-46, jul./dez. 2012a. Disponível em: https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/7abc42e3c238ed40fa16761147b48b1d.pdf. Acesso em: 08 set. 2019.

TASSINARI, C. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiencias brasileira e norte-americana. 2012, 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012b. Disponível em: http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/ClarissaTassinari.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIEIRA, O.V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf. Acesso em: 31 out. 2019.