Journal of Legal Sciences
Pensar
e-ISSN: 2317-2150
Universidade de Fortaleza

10.5020/2317-2150.2025.15825

O constitucionalismo substancial, o empoderamento do Poder Judiciário e o ativismo judicial no Brasil: uma análise a partir do resgate da influência da moral no direito

Substantive constitutionalism, the empowerment of the Judiciary, and judicial activism in Brazil: an analysis based on the revival of morality's influence in law

El constitucionalismo sustancial, el empoderamiento del Poder Judicial y el activismo judicial en Brasil: un análisis a partir del rescate de la influencia de la moral en el derecho

Gilmar Antonio Bedin * , Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil
Gabriel Cadore Rodrigues ** , Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil

Editorial

Histórico do Artigo
Recebido: 08/05/2025
Aceito: 03/06/2025

Eixo Temático 2: Constituição, Instituições e Democracia no Brasil

Editores-chefes
Katherinne de Macêdo Maciel Mihaliuc
Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil
katherinne@unifor.br

Sidney Soares Filho
Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil
sidney@unifor.br

Editor Responsável
Sidney Soares Filho
Universidade de Fortaleza, Fortaleza, Ceará, Brasil
sidney@unifor.br

Autores
Gilmar Antonio Bedin
E-mail: gilmarb@unijui.edu.br
Contribuição: Conceptualization, Writing – Review & Editing, Supervision e Funding acquisition.

Gabriel Cadore Rodrigues
E-mail: gcadrigues@gmail.com
Contribuição: Methodology, Investigation, Writing – Original Draft.

Como citar:
BEDIN, Gilmar Antonio; RODRIGUES, Gabriel Cadore. O constitucionalismo substancial, o empoderamento do Poder Judiciário e o ativismo judicial no Brasil: uma análise a partir do resgate da influência da moral no Direito. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas,** Fortaleza, v. 30, e15825, 2025. DOI: https://doi.org/10.5020/2317-2150.2025.15825

Declaração de disponibilidade de dados

A Pensar – Revista de Ciências Jurídicas adota práticas de Ciência Aberta e disponibiliza, junto à presente publicação, a Declaração de Disponibilidade de Dados (Formulário Pensar Data) preenchida e assinada pelos autores, a qual contém informações sobre a natureza do artigo e a eventual existência de dados complementares. O documento pode ser consultado como arquivo suplementar neste site.

Resumo

O constitucionalismo atual possui muitas características específicas. Entre elas, destacam-se uma maior clareza da supremacia da constituição, uma ampliação do número de direitos fundamentais protegidos e uma nova dinâmica na relação entre os poderes instituídos. Essa importante transformação histórica do constitucionalismo se concretizou no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, foi nesse momento que o Brasil se integrou ao chamado constitucionalismo substancial e o concretizou adotando a forma do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o Poder Judiciário teve suas atribuições ampliadas e sua participação no conjunto do espaço público brasileiro cresceu de forma extraordinária. O resultado desse processo tem diversos aspectos e formulações teóricas próprias. O presente trabalho tem como objetivo analisar o referido quadro, em especial a partir do resgate da moral como método de interpretação do direito pelo chamado neoconstitucionalismo, sua relação com a discricionariedade e sua influência na legitimação do ativismo judicial. O método de pesquisa utilizado na abordagem foi o hipotético-dedutivo e a técnica usada foi a da pesquisa bibliográfica, com a consulta a livros e artigos sobre o tema.

Palavras-chave: Ativismo judicial; divisão dos poderes; empoderamento do Poder Judiciário; Estado Democrático de Direito; neoconstitucionalismo.

Abstract

Contemporary constitutionalism presents many specific characteristics. Among them, the greater clarity of constitutional supremacy, the expansion in the number of protected fundamental rights, and a new dynamic in the relationship between established powers stand out. This important historical transformation of constitutionalism was consolidated in Brazil with the promulgation of the 1988 Federal Constitution. Thus, it was at this moment that Brazil joined the so-called substantive constitutionalism and realized it by adopting the form of a Democratic State under the Rule of Law. In this context, the Judiciary had its responsibilities expanded, and its participation within the broader Brazilian public sphere increased extraordinarily. The result of this process has various aspects and its own theoretical formulations. This paper aims to analyze this scenario, especially through the recovery of morality as a method of legal interpretation under so-called neoconstitutionalism, its relationship with discretion, and its influence in legitimizing judicial activism. The research method used was the hypothetical-deductive approach, and the technique employed was bibliographical research based on books and articles on the subject.

Keywords: *judicial activism; separation of powers; empowerment of the Judiciary; Democratic State under the Rule of Law; neoconstitutionalism.*

Resumen

El constitucionalismo actual presenta muchas características específicas. Entre ellas, se destacan una mayor claridad respecto a la supremacía constitucional, una ampliación del número de derechos fundamentales protegidos y una nueva dinámica en la relación entre los poderes instituidos. Esta importante transformación histórica del constitucionalismo se concretó en Brasil con la promulgación de la Constitución Federal de 1988. Así, fue en ese momento cuando Brasil se integró al llamado constitucionalismo sustancial, concretándolo mediante la adopción de la forma del Estado Democrático de Derecho. En este contexto, el Poder Judicial tuvo sus atribuciones ampliadas y su participación en el conjunto del espacio público brasileño creció de forma extraordinaria. El resultado de este proceso posee diversos aspectos y formulaciones teóricas propias. El presente trabajo tiene como objetivo analizar dicho cuadro, en especial a partir del rescate de la moral como método de interpretación del derecho por el denominado neoconstitucionalismo, su relación con la discrecionalidad y su influencia en la legitimación del activismo judicial. El método de investigación utilizado en el abordaje fue el hipotético-deductivo y la técnica empleada fue la investigación bibliográfica, con la consulta de libros y artículos sobre el tema.

Palabras clave: *activismo judicial; división de poderes; empoderamiento del Poder Judicial; Estado Democrático de Derecho; neoconstitucionalismo.*

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com Pós-Doutorado pelo Instituto de Estudios Avanzados da Universidade de Santiago de Chile (IDEA/USACH). Professor dos Cursos de Graduação em Direito e dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) e da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Governança e Democracia (Mundus).

** Graduado em Direito e Mestrando do Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direitos Humanos da UNIJUÍ.

© 2025 Revista Pensar – Revista de Ciências Jurídicas. Este é um artigo publicado em acesso aberto sob a licença Creative Commons Atribuição (CC-BY 4.0 Internacional).

1 Introdução

O constitucionalismo moderno já possui uma longa caminhada e passou por várias transformações importantes. Entre as mudanças ocorridas, uma que mais se destaca é a que ocorreu no Segundo Pós-Guerra Mundial e está diretamente vinculado à supremacia e à rigidez constitucional. De fato, as constituições que existiam até aquele momento eram vistas mais como uma lei fundamental, mas não possuíam a dimensão superior hoje claramente estabelecida e nem as limitações substanciais atualmente existentes na maior parte das constituições em vigor. Assim, pode-se dizer que houve, no momento histórico em questão, um claro deslocamento de um constitucionalismo legal para constitucionalismo garantista e substancialista, tendo como finalidade a proteção dos direitos fundamentais e o regime democrático como uma questão central das respectivas ordens jurídicas envolvidas (Ferrajoli, 2022).

A transformação referida chegou ao Brasil com a proclamação da Constituição Federal de 1988. Isso ficou claro quando a referida Marca Magna passou a ser denominada de Constituição-Cidadã e quando o art. 60 de seu texto legal estabeleceu um conjunto de limites para a sua alteração. Além disso, tal dimensão também se revelou explicitamente quando foi fixado, em seu art. 1º, que o modelo de Estado adotado pela constituição era o Estado Democrático de Direito (e não simplesmente Estado de Direito)[1]. Compreender essa especificidade é fundamental para o tema central do presente artigo. É que, com o constitucionalismo garantista ou substancialista do Segundo Pós-Guerra, o Poder Judiciário não é mais um poder mudo como foi inicialmente pensado por Barão de Montesquieu (1982). Ao contrário, o Poder Judiciário, nesse novo contexto constitucional, passou a ser o poder que tem a última palavra[2].

Portanto, é nesse contexto que adquire relevância a chamada judicialização da política (ampliação das demandas ao Poder Judiciário) e o chamado ativismo judicial (utilização do Poder Judiciário como uma forma de fazer política). Esses fenômenos são ainda impulsionados por uma nova formulação teórica (chamada de neoconstitucionalismo) que, ao reforçar o papel dos princípios constitucionais, reintroduziu a moral, após um longo período de afastamento provocado pelo predomínio do positivismo normativista no pensamento jurídico, como uma das formas predominantes de compreensão do Direito. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar o referido quadro, em especial, a partir do resgate da moral como método de interpretação do direito pelo chamado neoconstitucionalismo, sua relação com a discricionariedade judicial e sua influência na legitimação do ativismo judicial. Isto é feito a partir de uma análise da defesa da democracia constitucional e de uma visão garantista do Direito (Ferrajoli, 2022).

Metodologicamente, o presente trabalho exploratório e qualitativo utilizou o método de abordagem hipotético-dedutivo, a técnica de pesquisa bibliográfica no que se refere ao procedimento e à interpretação sistemática na análise dos conteúdos. O desenvolvimento do texto foi estruturado em três partes. Em primeiro lugar, demonstrou que atualmente os juristas resgataram, notadamente por meio do chamado neoconstitucionalismo, a influência da moral no Direito. Em segundo lugar, destacou que esse movimento passou a dar um grande relevo aos princípios jurídicos e que isso permitiu, a partir da utilização de regras de ponderação, uma certa relativização dos direitos fundamentais. Por fim, chamou a atenção para os vínculos existentes entre o neoconstitucionalismo e o ativismo judicial e para os riscos que esse fenômeno representa.

2 O resgate da influência da moral no Direito e o neoconstitucionalismo

A separação entre Direito e moral foi um dos temas centrais da obra de Hans Kelsen. O referido autor, de fato, em seu celebre livro *Teoria Pura do Direito*, estabeleceu claramente a especificidade do fenômeno jurídico: um conjunto de normas válidas (Kelsen, 2006)[3]. Portanto, ele estabeleceu uma distinção precisa entre o Direito e a moral e afirmou que o Direito é uma ordem autônoma e autossuficiente, e que, portanto, não se submete ao critério de valoração de um suposto direito ideal (extraído do cosmos, no caso do direito natural cosmológico, típico do mundo antigo; de Deus, do direito natural teológico, típico da idade Média; ou da natureza humana, no caso do direito natural antropológico, típico do início do mundo moderno) (Lucas; Bedin, 2015).

---

1 Essa é uma distinção fundamental entre o constitucionalismo legal anterior à Segunda Guerra Mundial e o constitucionalismo substancial posterior à Segunda Guerra Mundial. Em relação ao conceito de Estado Democrático de Direito, pode ser visto o texto sobre o tema de Gilmar Antonio Bedin (2022).

2 O que impulsionou essa transformação foi a facilidade com que os líderes dos movimentos totalitários conseguiram modificar a constituição de seus países e, em consequência, dar um manto de legalidade à maioria das atrocidades cometidas antes e durante a Segunda Guerra Mundial (Ferrajoli, 2022).

3 Uma ótima explicação da proposta positivista de Hans Kelsen pode ser encontrada em seu texto *O que é o positivismo jurídico?* (Kelsen, 2023).

Assim, o direito não se submete à moral e tem um critério próprio no que se refere à validade das suas normas. Qual é esse critério? Esse critério é a sua conformidade com a chamada norma fundamental (que pode ser a primeira constituição histórica de um país ou uma norma hipotética pressuposta) do respectivo sistema jurídico (Kelsen, 1986). O objeto da Ciência Jurídica é, portanto, o direito válido, o direito em vigor: não um direito ideal e nem um direito que assim deveria ser considerado, porque o seu conteúdo é justo. Dessa forma, o único direito que existe é o direito positivo (válido).

Em outras palavras, Kelsen (2006) sustenta que o jurista deve sempre, na realização de seu trabalho científico (descritivo) do Direito, se afastar de tudo o que não é estritamente jurídico e considerar como relevante apenas o direito válido (sem qualquer valoração deste). Posicionado dessa forma, o cientista do direito conseguirá fazer (segundo Hans Kelsen e os demais defensores do positivismo jurídico) uma ciência que seja isenta de considerações políticas e das projeções morais dos grupos sociais existentes e, em consequência, garantirá sua exatidão e seu rigor (restando a preocupação apenas, portanto, com os elementos formais da experiência jurídica; seus elementos universais e, em certo sentido, os elementos constantes de sua longa trajetória história).

Dessa forma, fica claro que o trabalho do cientista é, portanto, diferente do trabalho do político ou do filósofo do direito. O trabalho destes deve questionar o direito vigente e indagar sobre seus valores (o trabalho do cientista não; ele deve descrever o direito existente; o direito válido). Isto é, o político ou o filósofo do direito deve perguntar sobre o direito existente: Esse direito é um direito democrático? Esse direito é um direito justo? Essas são questões muito importantes para os representantes do positivismo jurídico, mas não são relevantes para a Ciência do Direito em sentido estrito.

Além de Kelsen, a obra de Herbert Hart (2009) também foi importante para estabelecer os critérios básicos do pensamento positivista e da relação do direito com a moral, concentrando-se em afirmar que as normas jurídicas independem de critérios de moralidade para sua validade. Dessa forma, ainda que contenham semelhanças enquanto reguladoras da vida social, o direito encontra sua validade no que Hart concebe como a norma de reconhecimento, pela qual estabelece os critérios reconhecidos e compartilhados pelos operadores jurídicos para a legitimidade ou não como normas jurídicas. Nesse sentido, a visão de Hart é que as normas jurídicas não precisam quaisquer juízos de cunho moral para sua validade. Portanto, fica claro que o núcleo central do positivismo jurídico é, em poucas palavras, que a Ciência do Direito é uma ciência exata e rigorosa e que o seu objeto é apenas o direito positivo válido (Lucas; Bedin, 2015).

Essa perspectiva é ainda aceitável hoje? É difícil responder de forma contundente. O certo é que essas ideias ocuparam um lugar significativo na Ciência Jurídica e auxiliaram na construção da democracia constitucional (Ferrajoli, 2022). Isso, claro, não significou a formação de um consenso. Ao contrário, muitos juristas importantes, como Miguel Reale (2006), questionaram tais pressupostos. De fato, o autor brasileiro referido sempre defendeu, por exemplo, a chamada "t*eoria do mínimo ético*", a qual consiste em dizer que o Direito representa apenas um mínimo de moral declarado como obrigatório. Isso evidentemente não leva o autor a confundir o direito com a moral, mas sim a sustentar que a lei, como principal fonte formal do Direito, carrega exigências axiológicas resultantes dos processos sociais (Reale, 2006).

Assim, fica evidente que as ideias positivistas sempre tiveram grandes questionamentos. No entanto, foi apenas recentemente, com a emergência do chamado neoconstitucionalismo[4], que a aproximação do direito com a moral foi reforçada nos espaços jurídicos mais amplos. É que essa nova formulação teórica, ao reforçar o papel dos princípios, conforme lembra Sarmento (2009), abriu um significativo espaço para a influência da moral na argumentação jurídica. Isso aconteceu porque os princípios passam a ser as principais fontes das decisões jurídicas, estabelecendo uma nova base para a interpretação e aplicação das normas e, com isso, ajudando a incorporar, no mundo do Direito, argumentos de cunho moral[5]. Com isso, é estabelecido um grande debate jurídico, uma vez que não há um consenso e critérios comuns aceitos a respeito de como tais novos valores jurídicos incorporados pelo

---

4 O neoconstitucionalismo pode ser caracterizado, em poucas palavras, como uma forma de interpretação jurídica centrada nos princípios e que procura construir soluções jurídicas mais densas num cenário jurídico chamado de pós-positivista. No Brasil, a sua presença, como lembra Barroso, está relacionada com o processo de redemocratização do país, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a busca de uma maior efetivação dos direitos fundamentais (2006). Em relação ao neoconstitucionalismo em geral pode ser vista a obra organizada por Miguel Carbonell (2003).

5 Isso não significa, contudo, que as fronteiras do Direito e da moral sejam abolidas, mas fica clara a existência de uma conexão, "[...] na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a ´levá-los a sério'" (Sarmento, 2009, p. 5).

novo constitucionalismo devem ser utilizados ou aplicados, e, sobretudo, até onde esses preceitos se distinguem de meros juízos morais.

Apesar desse desencontro, parece evidente que o chamado neoconstitucionalismo estabelece uma distinção entre o constitucionalismo tradicional (mais centrado nas regras constitucionais) e um novo constitucionalismo (baseado mais em princípios). Essa é a percepção, por exemplo, de Luís Alberto Barroso (2005). Por isso, o autor sustenta a distinção referida e afirma que a diferenciação entre o antigo e novo modelo de constitucionalismo está relacionada não só ao papel das normas, como também ao papel do magistrado. Sustenta Barroso que, em relação ao papel da norma, verificou-se que as normas abstratas já não conseguem solucionar todos os litígios de forma satisfatória, visto que, em diversos casos, "[...] só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente" (p. 1). Por outro lado, no que se refere à função do magistrado, há o entendimento de que este deve ter uma participação na criação do Direito ao entregar uma solução ao caso, complementando a tarefa do legislador, não cabendo apenas uma função de conhecimento técnico.

Isso se trata de uma mudança bastante significativa e que indica uma clara superação do quadro jurídico típico do positivismo jurídico. Daí é importante perguntar: Qual é a origem desse movimento? Esse movimento se desenvolveu, segundo lembra Luís Roberto Barroso, na Europa,

> [...] ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais. Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional (2005, p. 3).

Dessa forma, fica claro que, na visão do autor, a atual constituição brasileira inaugurou no país um novo movimento e que ele trouxe consigo um novo enfoque que auxiliou na institucionalização do Estado Democrático de Direito e no desenho emancipatório para o conjunto das atividades do Poder Judiciário. Tal percepção levou à formulação, por um conjunto de importantes juristas, da teoria neoconstitucionalista, que a defende pela perspectiva de efetivação de direitos fundamentais por meio da jurisdição e tem como objetivo maior a promoção da democracia. Isso deve ser feito a partir da atuação do Poder Judiciário e de uma hermenêutica alicerçada nos princípios fundamentais.

Assim, o destaque é dado, juntamente ao papel do Direito e da Constituição, aos operadores do direito na aplicação e interpretação da lei e, em consequência, ao papel do Poder Judiciário dentro de um Estado Democrático de Direito. Do ponto de vista dessa referida perspectiva teórica, a ideia da existência do direito como um sistema autossuficiente e autônomo já não possui mais a mesma contundência dentro do pensamento jurídico. Ao contrário, pode-se dizer que o autor revela um pressuposto de uma clara insuficiência jurídica, sendo necessária a sua complementação por meio de recursos extranormativos e talvez, porque não dizer, extrajurídicos.

Isso estabelece um cenário chamado pós-positivista, o qual estimula, como lembra Barroso, uma leitura de caráter moral do Direito. Dito de outra forma, isso passa a permitir uma interpretação valorativa das normas pelo seu aplicador e reaproxima claramente o direito da moral e a Ciência do Direito da Filosofia do Direito. Essa é uma mudança significativa e, obviamente, não é aceita por todos os juristas. Nesse sentido, destaca Dimoulis que, ao contrário

> dos posicionamentos do Prof. Barroso e de outros autores nacionais, no debate internacional não é considerada decisiva a (suposta) ruptura entre um antigo e um novo constitucionalismo. Aquilo que

> é considerado decisivo é o posicionamento de cada intérprete da Constituição em relação à tese da conexão entre direito e moral que, modernamente, é defendida com referência a princípios e valores constitucionais e considera como protagonistas as Cortes Constitucionais "ativistas" que empregam técnicas de ponderação. Seriam, nessa ótica "constitucionalistas" (ou "neoconstitucionalistas") os pensadores moralistas que consideram a vinculação entre direito e moral como presente, necessária e efetiva nos Estados constitucionais modernos (Dimoulis, 2009, p. 12).

Dessa forma, pode-se dizer que, por mais que possa ser constatado um conjunto de alterações no movimento constitucional, o debate ainda está aberto. Por isso, insiste Dimoulis, que, mesmo que a tese do neoconstitucionalismo incorpore a ideia da supremacia constitucional e a necessidade de criação de mecanismos para a sua preservação, o grande impasse é o uso da moral como fundamento legítimo para atingir tais objetivos no que chama de "moralismo jurídico" (p. 13). Por isso, destaca o jurista referido que é importante refletir sobre esse tema, pois as práticas interpretativas do chamado neoconstitucionalismo podem estar a reviver métodos de jurisdição já ultrapassados.

Além de Dimoulis, outro jurista importante a se manifestar de forma contrária é Lenio Luiz Streck (2011). Em sua opinião, a posição dos defensores do chamado neoconstitucionalismo não traz qualquer inovação, sendo apenas uma clara manifestação de fragilização da autonomia do Direito. Assim, pode-se verificar que o chamado neoconstitucionalismo é um movimento polêmico, mas que revela a existência de um quadro constitucional mais complexo e a existência de uma maior presença na sociedade do Poder Judiciário. Além disso, revela a importância que os princípios adquirem e, em consequência, verifica-se a ampliação da discricionariedade praticada pelos magistrados e pelo ativismo judicial.

3 A preferência atual dos juristas pelos princípios e os riscos contido na ideia de ponderação

O constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra Mundial é, como já foi referido, mais substancial e mais rígido. Isso significa que as constituições típicas desse movimento são mais densas e mais detalhistas. Uma das consequências da adoção desse perfil é que elas também são mais principiológicas. Em outras palavras, elas são alicerçadas, mais explicitamente, em escolhas valorativas fundamentalmente da vida coletiva e daí a ideia do neoconstitucionalismo que os princípios devem ter prevalência sobre as regras. Essa é, contudo, uma escolha interpretativa (Ávila, 2006).

É que as constituições em questão possuem em seu corpo constitucional tanto princípios quanto regras, e que, na verdade, há mais claramente a presença destas do que daqueles no seu conjunto. Nesse sentido, pode-se dizer, por exemplo, que a Constituição Federal Brasileira de 1988 possui tanto um caráter principiológico como que regulatório e que essa configuração constitucional pode expressar o desejo do poder constituinte originário por uma estrutura equilibrada. Dito de outra forma, trata-se de um texto constitucional que tivesse valores fundamentais da convivência humana em sua base e, ao mesmo tempo, oferecesse um conjunto de normas que proporcionasse uma formulação precisa, previsível e segura, restringindo a possibilidade de discricionariedade ou de arbitrariedade do aplicador do direito devido à natureza mais objetiva de sua formulação jurídica.

Daí, portanto, a afirmação de Humberto Ávila de que uma leitura atenta da Constituição não permite a conclusão categórica que

> [...] os princípios são quantitativa ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico[-constitucional] brasileiro [atual]. Pode-se, apenas, afirmar que há um ordenamento composto de regras e princípios, com funções eficaciais complementares e diferentes. Assim, a assertiva, feita de chofre e sem qualquer ressalva, no sentido de que o paradigma normativo passou ou deveria passar 'da regra ao princípio', e o metodológico, consequente do anterior, moveu-se 'da subsunção à ponderação', não encontra corroboração no ordenamento constitucional brasileiro. Em suma, o enunciado, estritamente universal, de que todas as Constituições do pós-guerra são principiológicas, e o enunciado, numericamente universal, de que as normas da Constituição Brasileira de 1988 são principiológicas, ou de matriz principiológica, não encontram referibilidade no ordenamento jurídico brasileiro (Ávila, 2009, p. 6).

Assim, pode-se dizer que a defesa contundente feita pelo chamado neoconstitucionalismo da supremacia dos princípios e, em consequência, da forte leitura principialista das constituições do Segundo Pós-Guerra é uma

consequência, ainda que não exclusiva, de seus pressupostos políticos, jurídicos e valorativos mais importantes (ou seja, de uma visão mais progressista da vida em sociedade). Esses pressupostos impulsionam uma visão jurídica mais próxima de um conjunto de setores importantes da sociedade, mas também a afastam de outros setores significativos. Além disso, coloca um conjunto de problemas jurídicos relevantes. Um dos mais relevantes é a ideia de ponderação para solução de conflitos de direitos fundamentais.

A ideia de ponderação é objeto de estudo central da obra do jurista alemão Robert Alexy[6]. De fato, o autor constrói um conjunto de reflexões sobre a possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais e a metáfora que, nesses casos, eles devem ter pesos diferentes. Assim, eles podem ser aplicados de forma proporcional pelo Poder Judiciário. No entanto, isso, claro, deve ser feito, defende o autor, com cuidado, pois "quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem" (p. 78). Por isso, a ponderação deve obedecer a três fases distintas: "na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio" (Alexy, 1999, p. 77).

A partir dessa formulação teórica, o chamado neoconstitucionalismo passou a defender a possibilidade de ponderação dos direitos de forma bastante ampla. Isso desencadeou várias críticas. Entre elas, destaca-se a formulada por Humberto Ávila (2009). Para ele, a forma de ponderação utilizada pela Teoria Neoconstitucional é muito ampla, pois passou a ser utilizada também no caso de conflito entre princípios e regras constitucionais. No primeiro caso, a dificuldade surge devido à natureza destes, visto seu caráter abstrato e o amplo alcance. No segundo, a situação é ainda mais complexa, pois o procedimento permite ao julgador, em frente de uma norma infraconstitucional cabível, recorrer a um princípio constitucional para declarar a sua prevalência e solucionar o conflito a partir disso (Ávila, 2009). Isso amplia a possibilidade de discricionariedade e permite a substituição do antigo processo subsuntivo pela vontade do juiz.

Assim, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo transforma os princípios constitucionais em praticamente as únicas referências jurídicas relevantes e produz uma grande incerteza, pois, como alerta Ávila, os princípios e as regras têm funções diferentes dentro da sistemática da ordem normativa (Ávila, 2009). Enquanto é função característica das regras solucionar de forma resoluta os eventuais conflitos sociais, o mesmo não ocorre com os princípios, pois são sempre passíveis de interpretações diferentes. Nas palavras do autor (2009, p. 5):

> Reitere-se: as regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, da primazia de uma norma sobre outra. Mesmo assim, e seguindo o raciocínio aqui criticado, poder-se-ía afirmar que os princípios, agora do ponto de vista qualitativo, teriam uma importância maior do que as regras, isto é, mesmo havendo mais regras do que princípios, esses, pelas suas funções eficaciais, teriam, de qualquer modo, uma importância relativa superior à das regras. Isso poderia ocorrer de duas formas: no caso de regras constitucionais, os princípios constitucionais atuariam, quer afastando as regras constitucionais imediatamente aplicáveis, quer modificando suas hipóteses por extensão ou restrição teleológicas, mesmo além do significado mínimo das palavras; no caso de regras infraconstitucionais os princípios constitucionais agiriam por meio das funções interpretativas, bloqueadoras e integrativas das regras infraconstitucionais existentes. Mesmo do ponto de vista qualitativo, porém, não se pode atribuir uma prevalência dos princípios sobre as regras [...].

Dito de outra forma, o alerta feito por Humberto Ávila é que, apesar da inegável importância dos princípios, as normas infraconstitucionais não podem ser desvalorizadas, pois têm um papel central no disciplinamento da vida coletiva além de serem fruto legítimo da atuação do Poder Legislativo. Assim, somente em casos excepcionais (por exemplo, no caso de inconstitucionalidade) as regras podem ser afastadas, uma vez que são fruto da mesma ordem constitucional democrática. O risco, portanto, é de uma acumulação das decisões jurídicas baseadas apenas nas normas do topo do sistema e uma eventual ruptura da estrutura integral do direito.

Assim, a tese central é que o neoconstitucionalismo pode levar, ao fortalecer de forma demasiada os princípios e a regra da ponderação, ao subjetivismo judicial, possibilitando a depreciação do caráter heterolimitador do Direito. Por isso, a questão fundamental, destaca o autor, não é negar a existência e a importância dos princípios, mas chamar a atenção que nem sempre serão estes os que devem ser utilizados como principal fundamentação para as decisões judiciais, afastando a aplicabilidade das demais normas existentes. Por isso, sustenta ele que,

---

[6] O autor tem vários livros traduzidos no Brasil. Um de seus livros traduzidos mais importantes é a *Teoria dos direitos fundamentais* (2008).

> Sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que explica tudo, mas não orienta nada. E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma "caixa preta" legitimadora de um "deciosionismo" e formalizadora de um "intuicionismo moral". Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento (Ávila, p. 12, 2009).

Assim, pode-se dizer que é um alerta importante, pois os critérios adotados pelo chamado neoconstitucionalismo podem vir a fragilizar a aplicação do direito e fomentar a discricionariedade judicial, levando, no longo prazo, a um excesso de subjetivismo e a negação do próprio conteúdo da Constituição. É que, para o autor, sem esse cuidado, um magistrado pode se utilizar de diversos pretextos para justificar a tomada de uma decisão, mesmo não tendo uma maior referência jurídica sólida e estando perpassado um claro caráter subjetivo. A crítica aqui pertinente é que o uso de qualquer princípio pelo julgador, sem valer-se de uma fundamentação adequada, combinado com a atribuição excedente de seu significado, pode mostrar-se como um recurso excessivamente subjetivo e, portanto, transpassado por valores morais.

Além de Ávila, diversos outros juristas também criticam a possibilidade de utilização da ideia de ponderação. Lenio Luiz Streck (2014), por exemplo, afirma que o modo de ponderação da tese do neoconstitucionalismo pode estar realizando uma interpretação equivocada das ideias formuladas por Robert Alexy, perdendo boa parte de seu recorte hermenêutico, uma vez que passou a estar carregado de excessiva tendência subjetiva e de muitos valores de cunho moral.

Em terceiro lugar, pode-se lembrar também dos entendimentos de Cláudio Pereira de Souza Neto e de Daniel Sarmento. Para esses autores, deve-se lembrar que acontece que muitos juízes,

> [...] deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico (2007, p. 144).

Assim, essa possibilidade tem um enorme risco. É que a existência de eventuais decisões discricionárias leva, normalmente, ao sentimento de insegurança jurídica e, em consequência, pode gerar uma crise de legitimidade do Poder Judiciário. Daí, portanto, o desafio colocado para o Poder Judiciário de sempre conseguir apresentar para a sociedade, mesmo diante de uma eventual lei vaga, argumentos claros e sólidos de que a decisão tomada é a que melhor realiza os valores integrantes do ordenamento jurídico. Por isso, o Poder Judiciário deve sempre evidenciar que está concretizando, por meio de suas decisões, os valores contidos nas normas e, com isso, reduzir as incertezas do Direito. É isso que justifica algumas das críticas mais contundentes feitas ao chamado neoconstitucionalismo, pois alguns de seus pressupostos têm um grande potencial para ampliar o espaço da discricionariedade nas decisões do Poder Judiciário, e, em consequência, reforçar, em algumas situações, a legitimidade do chamado ativismo judicial.

4 Neoconstitucionalismo, ativismo judicial e judicialização da política

A presença do ativismo judicial no Brasil é impulsionada por vários motivos. Entre eles, o presente texto optou por destacar as contribuições do chamado neoconstitucionalismo. Daí, portanto, o resgate das críticas a esse movimento feito no item anterior. No entanto, é importante agora, antes de avançar nesta análise, distinguir a

prática do ativismo judicial propriamente dito do fenômeno da judicialização da política. Este segundo acontecimento é muito mais o resultado de uma situação fática vivenciada pela sociedade brasileira atual diante da ineficiência do Estado do que uma escolha própria do Poder Judiciário. Assim, a judicialização da política é o resultado, em muitos casos, da incapacidade ou mesmo omissão dos outros poderes em conseguir responder de forma adequada e rápida a determinadas demandas da sociedade e que acabam sendo enfrentadas pelo Poder Judiciário porque ele não tem alternativa ao ser provocado[7].

Nesse sentido, a judicialização da política é uma circunstância decorrente do modelo constitucional adotado e da complexidade das sociedades atuais, e não um exercício deliberado da vontade política do Poder Judiciário (Barroso, 2011). Muito diferente é o caso do ativismo judicial. Nessa hipótese, a realidade evidencia que há uma escolha do Poder Judiciário de expandir a interpretação da constituição e de seu alcance por motivação política. Nesse sentido, Barroso assevera que o ativismo é uma forma intencional de participação do Poder Judiciário na busca da efetividade constitucional, gerando uma interferência no espaço dos demais poderes.

Por isso, lembra Barroso que a postura ativista do Poder Judiciário pode se manifestar

> [...] por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Barroso, 2011, p. 6).

Nesse sentido, o ativismo judicial é gestado por meio de condutas adotadas pelos órgãos do Poder Judiciário no exercício de suas atribuições, as quais possuem a aparência de serem corretas, no entanto, acabam por extrapolar, como lembra Lenio Luiz Streck, as suas funções e geram consequências para os demais poderes, visto que, ao apresentar uma resposta supostamente acolhida pelo constitucionalismo democrático, refletem, na verdade, a vontade do julgador[8]. Assim, nas palavras do autor, "[...] tem-se uma concepção de ativismo que pode ser sintetizada como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente" (2014, p. 10-11). É justamente por meio da defesa do referido protagonismo e supremacia exagerada do Poder Judiciário que se manifesta o ativismo judicial.

Essa forma ativista de atuação do Poder Judiciário é muito diferente do que acontece, como já mencionado, com o fenômeno da judicialização da política, que tem aspectos não necessariamente negativos. O ativismo judicial, ao contrário, é sempre nefasto, pois fragiliza o princípio da divisão dos poderes e, portanto, enfraquece o princípio do Estado Democrático de Direito[9]. Nesse sentido, lembra Streck que, em tempos de ativismo judicial desenfreado, "[...] instaura-se uma espécie de império da vontade. O ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o pratica, algo muito perigoso ao regime democrático. A violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia" (2014, p. 59).

Assim, refletir sobre o ativismo judicial e combater a sua manifestação é uma tarefa fundamental. Por isso, torna-se fundamental a seguinte pergunta: Qual é a origem dessa prática judicial? A resposta elaborada por Clarissa Tassinari (2013) é que o ativismo judicial atualmente existente no Brasil teve forte influência do direito praticado nos Estados Unidos da América. A autora lembra que, de fato, os Estados Unidos discutem a respeito do problema do ativismo judicial desde o início do século XIX, mas lembra também que o sistema jurídico norte-americano (*common Law*) é muito diferente do sistema jurídico brasileiro (*civil Law*). Destaca ainda que a importação das práticas jurídicas do Poder Judiciário norte-americano para o Brasil a partir da promulgação da Constituição de

---

7 Por isso, a sua redução, como lembra Lenio Luiz Streck, "[...] não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos" (Streck, 2014, p. 10).

8 Por isso, a ideia do autor de que, mesmo nas situações que envolvem crises democráticas, como o Brasil viveu recentemente, as possibilidades de maior participação do Poder Judiciário devem ser vistas com cuidado (Streck; Motta, 2020).

9 Em sentido contrário, sustenta Barroso (2011) que a prática do ativismo judicial pode ajudar a produzir avanços. Nesse sentido, ele reconhece que o Poder Judiciário tem exibido, em certas situações, uma postura claramente ativista mais recentemente e que essas práticas têm sido parte da solução dos problemas. No entanto, reconhece que a possibilidade tem riscos, já que não é de competência dos magistrados promoverem reformas políticas ou corrigir a ineficiência governamental. A corroborar certos benefícios de uma postura ativista, Barroso se utiliza de exemplos de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal frente a seu papel como guardião da Constituição. Esses casos, segundo ele, são, entre outros, os seguintes: ADI 3.510/DF (constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias), o *Habeas Corpus* 91.952/SP (restrições ao uso de algemas), a ADI 2.649/DF (passe livre aos portadores de deficiência no transporte coletivo) e o *Habeas Corpus* 87.585/TO (possibilidade de prisão do devedor do caso de dívida alimentícia).

1988 é um grande equívoco. O erro está em imaginar que a efetivação da constituição depende exclusivamente das decisões judiciais.

De fato, isto é um grande erro, pois a efetividade da constituição depende de diversas iniciativas e envolve todos os poderes e todos os setores da sociedade. Assim, é um equívoco imaginar que a constituição possa ser efetivada, como defendem muitos ativistas, por meros atos de vontade do julgador. Nesse sentido, ela relaciona o fenômeno do ativismo judicial ao chamado neoconstitucionalismo e sua defesa do protagonismo do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais. Essa iniciativa é importante para algum caso concreto, mas acaba, em geral, apenas legitimando a prática ativista.

Nesse sentido, Tassinari (2013) lembra de alguns casos. O mais importante é o que envolve o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 4277 (originalmente a ADPF de número 178), uma tentativa da Procuradoria Geral da República em regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo e garantir-lhes os mesmos direitos da união heterossexual por meio de decisão do Poder Judiciário. A questão levantada pela autora é que o texto constitucional e o Código Civil são claros quando tratam da matéria ao se referir especificamente a homem e à mulher, não podendo assim o Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, usurpar as competências do Poder Legislativo, dando significado diverso ao que dispõe expressamente nas normas já claramente estabelecidas.

Nesse sentido, argumenta a jurista que, mesmo que tal matéria deva ter amparo jurídico e se constituir em ser uma causa relevante para ser regulamentada, o Poder Judiciário não poderia ter decidido contrariamente ao que está fixado no texto constitucional. Por isso, entende a autora que,

> ao tratar deste caso, o enfoque não está direcionado a debater, tal como fez o Supremo pelos votos de seus ministros, os elementos sociológicos, biológicos e psicológicos que contornam a existência das uniões homoafetivas, como a julgar se merecem ou não serem protegidas pelo Direito. A proposta é demonstrar que os meios utilizados para tanto não são adequados, e observar criticamente, a partir de parâmetros jurídicos, como se comportam juízes e tribunais diante de questões tão controversas. A pergunta final, portanto, vai no seguinte sentido: e se o Supremo tivesse decidido pelo não reconhecimento? É nesta linha que, independente do resultado, o ativismo judicial, mesmo diante de posturas progressivas, não pode ser considerado meio hábil para concretizar direitos, pelo simples fato de que, com isso, a sociedade fica à mercê de opiniões oscilantes, das quais passam a depender a garantia de direitos (Tassinari, 2013, p. 87).

Assim, o destaque dado pela autora não foi aos importantes aspectos de uma análise da conveniência política e das boas intenções, mas sim a forma, o procedimento e seus possíveis impactos. Em outras palavras, preocupou-se se tal direito estava fixado pela legislação e não se tal decisão ajudava a formatar um avanço político importante, pois isso não é uma das atribuições do Poder Judiciário. O destaque dado a esse caso pela autora foi apenas no sentido de chamar a atenção para o fato de que houve uma criação judicial do Direito, além de um notório precedente.

Um segundo exemplo importante é mencionado por Lenio Luiz Streck. Esse segundo caso se refere ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Mandado de Segurança de número 32.326. A situação envolvia o deputado federal Natan Donadon e dizia respeito a sua condenação judicial pelos crimes de peculato e formação de quadrilha e suas consequências. O argumento do jurista é que, no mandado de segurança impetrado supervenientemente pelo deputado Carlos Henrique Sampaio, o Supremo ignorou determinação expressa contida na Constituição de que a determinação de cassação do mandato de parlamentar condenado judicialmente é uma atribuição exclusiva da respectiva Casa Legislativa, e não do Poder Judiciário (Brasil, [2023], art. 55, §2º). Isso foi totalmente ignorado pelo Supremo Tribunal Federal, pois o Ministro Luís Roberto Barroso, relator da ação, optou por suspender, mesmo havendo o posicionamento da Câmara dos Deputados em manter o mandato do deputado, os efeitos da decisão legislativa liminarmente. Esse foi mais um erro que pode ser registrado como parte do ativismo judicial (2014).

Dessa forma, fica claro, com os dois exemplos citados, que o ativismo judicial não pode, mesmo havendo boas justificativas morais ou políticas, ser aceito. O motivo é que é fundamental o respeito ao princípio da divisão dos poderes e, portanto, dos princípios do Estado Democrático de Direito e da atual ordem constitucional. Por que essa defesa? Porque a atual constituição é uma das conquistas mais importantes das últimas décadas e entre os seus avanços está a proteção dos direitos fundamentais. Assim, aceitar que sejam incluídos elementos metajurídicos – ou seja, elementos que não pertencem ao Direito – para fundamentar decisões proferidas por

qualquer outro órgão do Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, é um grande risco. Assim, deve-se reconhecer que há uma clara relação entre meios e fins.

5 Conclusão

O constitucionalismo rígido ou substancial formado no Segundo Pós-Guerra Mundial empoderou o Poder Judiciário e teve enorme repercussão no conjunto do funcionamento da ordem jurídica e institucional. A primeira consequência é que a divisão dos poderes se tornou mais complexa, pois as prerrogativas do Poder Judiciário alcançaram de modo mais proeminente o mundo político, servindo em diversas situações como um sistema de freios ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Daí as atuais acusações de supostos excessos praticados pelo Poder Judiciário e a necessidade de estabelecimento de um sistema de autocontenção por ele.

Esse movimento chegou ao Brasil com a Constituição Federal de 1988 e foi fortalecido por uma maior presença na comunidade jurídica de diversas formulações teóricas importantes. Entre elas, destaca-se o chamado Neoconstitucionalismo, que defende o protagonismo do Poder Judiciário como melhor meio de buscar a efetivação de direitos fundamentais ao promovê-los como as principais normas jurídicas constitucionais em vigor no país. Esse destaque é importante, mas também reforça uma releitura moral sobre tais direitos e permite a introdução da ideia de ponderação. Isso reforça o papel do Poder Judiciário, mas, ao mesmo tempo, legitima o ativismo judicial.

Assim, pode-se dizer que a sociedade brasileira está claramente diante de um paradoxo. É que os avanços do constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra foram importantes para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e suas respectivas estruturas institucionais. No entanto, o encontro dessa significativa mudança com o chamado neoconstitucionalismo criou também um conjunto de possibilidades que levaram à produção de alguns excessos, e isso gerou um quadro crescente de conflito entre os poderes constituídos. Esse fato pode levar à desestabilização da ordem constitucional. Assim, buscar o equacionamento desse quadro é um desafio imenso.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 127, p. 67-79, jul./set. 1999. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado,** Salvador, n. 17, p. 1-19, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595. Acesso em: 11 maio 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Jus Navigandi**, Teresina, v. 240, n. 851, p. 1-42, 2005. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618. Acesso em: 29 set. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In:* COUTINHO, Jacinto de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (org.). **Constituição e ativismo judicial:** limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

BEDIN, Gilmar Antonio. Estado democrático de direito: tema complexo, dimensões essenciais e conceitos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, v. 10, n. 20, e13549, jul./dez. 2022. DOI: https://doi.org/10.21527/2317-5389.2022.20.13549

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *In*: DIMOULIS, Dimitri. (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-226. Disponível em: http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jurídico. Acesso em: 14 abr. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. A construção da democracia: teoria do garantismo constitucional. Florianópolis: Emais Editora, 2022.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. O que é positivismo jurídico. Tradução Cristiano de Aguiar Portela Moita. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 28, n. 4, p. 1-8, 2023. DOI: https://doi.org/10.5020/2317-2150.2023.13471

LUCAS, Douglas Cesar; BEDIN, Gilmar Antonio. O positivismo jurídico maduro e o projeto de construção de uma teoria pura do direito: uma aproximação do núcleo central do pensamento de Hans Kelsen. *In:* GELAIN, Itamar Luís (org.). **Uma introdução à filosofia**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2015. p. 213-238.

MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: risco e possibilidades. *In:* SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 113-146.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011. Disponível em: https://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/27. Acesso em: 24 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-12, 2020. DOI: https://doi.org/10.5020/2317-2150.2018.11284

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