

Novos direitos e ativismo judicial



Juliana Guimarães Müller

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP) e pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestranda em Direito na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Servidora Pública Federal. Assessora II no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.



Carolina Noura de Moraes Rêgo

Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França). Licenciada em História pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Assessora Jurídica no Ministério Público Federal. Coordenadora na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professora nos Programas de Graduação, Mestrado e Doutorado (FADISP).

RESUMO: Este artigo busca, a partir de uma perspectiva histórica, analisar os fundamentos de aplicabilidade das normas e sua natureza ao longo do tempo, bem como a sua atual configuração face às mudanças sociais e aos novos direitos, a fim de verificar a resposta dada pelo ordenamento jurídico para tais fenômenos. Examina-se o caminho percorrido desde a doutrina jusnaturalista, para a qual o direito é uma ordem natural; com passagem pelos ideais positivistas com o fundamento da norma retirado sempre de outra norma hierarquicamente superior, consoante capitaneado por Kelsen; até as discussões hodiernas quanto à centralidade da Constituição nos ordenamentos jurídicos e a busca da efetividade dos direitos fundamentais nela assegurados. Discutem-se, ainda, os limites do neoconstitucionalismo na atividade de interpretação autêntica, a distinção entre princípios e regras, e a sedimentação da teoria da normatividade dos princípios jurídicos, entendidos como espécies normativas dotadas de substancialidade e aplicabilidade, bem como a postura ativa do Judiciário frente às lacunas e omissões legislativas estatais, com o escopo de refletir se é positiva ou negativa para a unidade do ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: Teoria Geral do Direito. Novos direitos. Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial.

ABSTRACT: This article seeks, from a historical perspective, to analyze the fundamentals of applicability of the norms and their nature over time, as well as their current configuration in the face of social changes and new rights, and the response given by the legal system to such phenomena. The path taken from the natural law doctrine is examined, for which law is a natural order, passing through positivist ideals and the basis of the norm always taken from another hierarchically superior norm, led by Kelsen, to today's discussions regarding centrality of the Constitution in the legal systems and the search for the effectiveness of the fundamental rights guaranteed therein. It also discusses the limits of neoconstitutionalism in the activity of authentic interpretation, the distinction between principles and rules and the sedimentation of the theory of normativity of legal principles, understood as normative species endowed with substantiality and applicability, as well as the posture action of the Judiciary in face of state legislative gaps and omissions and whether they are positive or negative for the unity of the legal system.

KEYWORDS: General Theory of law. New rights. Neoconstitutionalism. Judicial activism.

SUMÁRIO: 1 Considerações históricas. 2 O atual sistema de interpretação das normas. 3 Novos direitos e ativismo judicial: lacunas preenchidas ou espaços invadidos? 4 Considerações finais. Referências.

1 Considerações históricas

Normas, em um sentido amplo e não técnico, passaram a existir quando a humanidade saiu do estado de natureza da era pré-social, na qual a única regra que vigorava era o poder da força e, para fazer cessar o estado de vida ameaçador, decidiu passar à sociedade civil por meio de um *contrato social*, com a renúncia à liberdade e a transferência a um terceiro – o soberano – do poder para criar e aplicar as leis¹, a fim de garantir a segurança e evitar o caos social.

Com o advento do Estado, surgiram os regimes absolutistas, nos quais o poder repousava nas mãos do soberano. Toda essa concentração de poder despertou, ainda que de forma incipiente, mecanismos para promover o controle da atividade estatal. Os hebreus (entre 2000 a.C. e 930 a.C.), por exemplo, já viviam em um Estado teocrático limitado pela Torah². Destacam-se, também, as experiências gregas, com a criação da política como forma de harmonizar as necessidades

1 CHAUI, Marilena. *Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000, p. 220-223.

2 FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. A evolução da teoria constitucional e as perspectivas para o constitucionalismo do futuro. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-da-teoria-constitucional-e-as-perspectivas-para-o-constitucionalismo-do-futuro/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

gerais e individuais, em prol da sobrevivência coletiva e harmônica, a partir da crença de que havia uma ordem jurídica natural para o convívio em sociedade.

Em suma, para que fosse de fato viabilizada a vida em comunidade, tornou-se necessário estabelecer um código de conduta baseado em uma espécie de padrão coletivo a ser seguido pelo indivíduo que, ao descumpri-lo, produziria uma reprovação daquela sociedade como reação ao violador.

Destarte, pode-se concluir que o Direito, enquanto ciência social, teve sua gênese a partir da vida em sociedade e da busca pela manutenção de uma ordem mínima, com base no poder dado ao soberano, legitimando-o a usar a força e a violência, se necessário, para cumprir o encargo de zelar pelo cumprimento das regras sociais de convivência estabelecidas. O Estado é, pois, um meio de organização social, que impõe coercitivamente um conjunto de normas com o fim de promover tal organização.

E qual era o fundamento de aplicabilidade de tais normas? Era o jusnaturalismo. De acordo com essa doutrina, há um direito natural, anterior ao conjunto de leis postas e aprovadas pelo Estado, composto de princípios absolutos e imutáveis, cuja existência é imanente à própria natureza humana, que não depende de lei para seu reconhecimento, nem de instrumentos de positividade para sua aplicabilidade. Portanto, deriva de uma ordem natural em que as leis jurídicas pertencem à natureza, ainda que possam ser materializadas nas leis do Estado. Esse primeiro estágio correspondeu ao jusnaturalismo clássico, cujos expoentes foram Sócrates, Platão e Aristóteles.

Na idade média, essa ordem natural deixou de ser o modo próprio de entendimento das coisas, substituída pela vontade divina e o Direito, expressão das leis positivadas pelo Estado com observância da ordem normativa superior divina, consoante as ideias de São Tomás de Aquino e Santo Agostinho. Assim, configurou-se um jusnaturalismo teológico, que defendia a existência de direitos naturalmente adquiridos, inalienáveis e com caráter transcendental.

Posteriormente, com o jusnaturalismo moderno ou racionalista, a ordem natural foi encontrada na ordenação que o homem dava às coisas por meio da razão. Com isso, o Direito passou a ser visto como uma ordem racional, ou seja, o que a razão entende como justo, anterior às organizações político-sociais humanas, as quais apenas concretizavam e positivavam essas noções de justiça e Direito.

Essa concepção teve como expoentes Rousseau, Hobbes e Locke³, cujas ideias forneceram os pressupostos teóricos para a reafirmação do direito natural como fonte do Direito. Thomas Hobbes (1588-1679) afirmou que o ser humano é movido por paixões egoísticas e, como tal, prioriza apenas o próprio bem. Por isso, a necessidade do Estado para garantir o direito à vida e à segurança. John Locke (1632-1704) acrescentou a esses o direito de propriedade (que, em princípio, não era natural), ao sustentar que Deus instituiu, no momento da criação do mundo e do homem, o direito à propriedade privada como fruto legítimo do tra-

3 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 68. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

balho, de forma que o Estado deve proteger tudo que pertence ao indivíduo: seus bens materiais, sua vida e, em especial, a sua liberdade. Jean Jacques Rousseau (1712-1778) agregou aos direitos naturais o direito à igualdade, fruto do contexto social em que estava inserido, repleto de reivindicações da burguesia na busca da soberania do povo como baliza política⁴.

Por outro lado, a filosofia iluminista, em especial a de Immanuel Kant (1724-1804), ganhava força e difundia a ideia de que apenas pelas luzes da razão os humanos compreenderiam as coisas que estão ao seu redor, com autonomia de entendimento, por meio do abandono do teocentrismo e da vontade divina como centro da estruturação social⁵.

É nesse contexto que cresceram as agitações sociais fomentadas pela burguesia, que desejava o alcance e destaque político reservados apenas aos nobres e ao clero, apesar de sua grande capacidade econômica. Vieram, então, as revoluções liberais francesa (1789-1799) e americana (1775-1783), calcadas na ideia de liberdade dos cidadãos em relação ao autoritarismo do Estado, o que notabilizava a necessidade de previsão expressa acerca de quais eram os direitos de cada indivíduo, a fim de que fossem resguardados da atividade estatal arbitrária.

Por influência do liberalismo iluminista, surgiu a concepção do Estado mínimo, que passou a ter como função a proteção às garantias individuais com atuação limitada à defesa da ordem e da segurança pública, evidenciando que a garantia dos direitos civis de primeira dimensão demandava normas escritas que assegurassem o abstencionismo estatal e protegessem os cidadãos do Estado.

Naquele momento, logo após a revolução, a França atribuía a seu parlamento uma força maior que a da Constituição de 1791, sob a influência das ideias de Locke, para quem o Legislativo era o poder supremo, eis que detinha a competência para a elaboração de leis e, assim, determinar como seria utilizada a força da sociedade para a proteção de si e de seus membros, bem como porque a norma tinha gênese em processo político-eleitoral no qual os representantes do povo escolhiam os valores mais importantes para tutelar, imprimindo-os na lei escrita para que tivessem proteção jurídica e observância obrigatória, a fim de evitar a subjetividade da atividade dos juízes, antes oriundos do clero e da nobreza e que, por isso, gozavam da profunda desconfiança dos revolucionários liberais europeus.

Para eles, a lei era perfeita e, como tal, passível de aplicação cega pelos juízes, que eram considerados "a boca da lei", conforme Montesquieu, porquanto apenas a aplicavam de forma mecânica. Atribuía-se, assim, uma certa neutralidade ao Judiciário, suficiente para sustentar a desnecessidade de controle⁶. É o período conhecido como escola da exegese (1804-1880), cujo início do declínio é marcado pelas primeiras alterações do Código Civil Francês. Outros marcos da experiência liberal francesa foram o surgimento da teoria da separação dos poderes (Montesquieu) e a criação do sistema de freios e contrapesos para autolimitação do poder estatal.

4 *Ibidem*, p. 68-73

5 *Ibidem*, p. 21.

6 RÊGO, Carolina Noura de Moraes. *O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 132.

Durante todo o período do constitucionalismo liberal, o jusnaturalismo continuava como o fundamento primeiro do Direito. Não obstante, a partir das ideias do positivismo lógico, cujo maior expoente foi Augusto Comte (1798-1857), ganhou força a pretensão de unificação das ciências e da rejeição da metafísica, partindo-se da afirmação de que é possível conhecer a organização da realidade a partir da compreensão de que o método científico válido seria o empírico, ou seja, aquele que observa a realidade para coleta e posterior análise de dados.

Por outro lado, na Alemanha, despontaram o historicismo e as teorias da interpretação, propostas por Savigny, no sentido de que o Direito seria produto da história social, fundamentado nos costumes de cada povo, e não na racionalização do legislador, pois este apenas traduziria em normas escritas o direito vivo. Para essa corrente, o Direito estaria fundamentado no espírito do povo (*Volksgeist*) e na preponderância da eficácia do costume reiterado, o que se constituiria como uma das bases do sistema de *common law*⁷.



Fonte: www.freepik.com

No início do século XX, eclodiu a Primeira Guerra Mundial, evento de efeito devastador para o mundo e, em especial, para as nações europeias, que se viram em ruínas e com multidões sem condições mínimas de sobrevivência. Aumentavam, também, as desigualdades sociais em decorrência da primeira revolução industrial, que concentrou a renda nas mãos dos detentores dos meios de produção e fez surgir uma massa de proletários explorados em precárias condições de trabalho, sem que lhe fossem garantidos direitos, pois a norma jurídica estava voltada para o liberalismo econômico e primava pela não interferência do Estado nas relações jurídicas privadas. O panorama contribuiu para a criação de movimentos revolucionários para lutar contra a opressão, entre eles o que culminou com a revolução russa, além de outros.

Foi justamente a partir do levante do proletariado que o Estado Social começou a ser gestado, na tentativa de se afastar a possibilidade de uma ruptura violenta do contrato social outrora estabelecido, pois se percebeu que não bastavam os direitos de primeira geração, consubstanciados no imperativo da conduta

7 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 69-73. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

negativa do Estado (inviolabilidade da propriedade, da liberdade religiosa e de reunião, da liberdade de expressão, entre outros), mas que seria necessário garantir, também, o bem-estar social, a partir de uma atuação positiva do Estado em prol dos explorados para garantir direito ao trabalho, à saúde, à educação e ao lazer, entre outros – os chamados direitos de segunda dimensão –, já que de nada valeria a liberdade sem igualdade material.

Este o cenário que ensejou o denominado constitucionalismo social ou o Estado Social e, com ele, os direitos e garantias fundamentais de segunda dimensão: os chamados direitos sociais ou coletivos, concretizados na Constituição Mexicana, de 1917, e na de Weimar, de 1919. A existência de leis escritas aliada à crescente importância do positivismo abriu caminho para as bases da doutrina kelseniana, na qual o Direito passou a ser o que é posto pelo Estado por lei, e não pelos valores morais.

Robusteceram-se as doutrinas positivistas jurídicas, nas vozes de Hans Kelsen, Herbert Hart e John Austin, que permearam a necessidade de afirmação do Direito como ciência. Surgiu, assim, a distinção entre Direito, entendido como o conjunto de normas que rege a conduta humana em sociedade, e a ciência do Direito, como ramo do conhecimento dotado de metodologia própria para descrever o direito como fenômeno social. O Direito passou a ser o objeto de estudo da ciência do Direito, cujas bases foram propostas na obra de Kelsen “Teoria Pura do Direito” (1934).

Hans Kelsen utilizou, para tanto, do método científico positivista de descrição da realidade que, aplicado ao Direito, revelou a existência do fato jurídico: fato que é retirado do mundo fenomênico (do plano do SER) e é transposto para a norma (o plano do DEVER-SER), descrita de forma pura, livre de valores e da influência de outras esferas do conhecimento (moral, ética, religião, etc.)⁸.

Registre-se que, historicamente, a realidade na qual Hans Kelsen está inserido é a introduzida pela separação de poderes pós-revolução francesa que, na Europa continental, traduzia-se em uma separação estrita, com cada poder exercendo as suas funções de forma bem delimitada, com a função de criar o direito como ato de vontade decorrente do exercício de poder estatal designado ao Poder Legislativo.

Como método, Kelsen propôs a descrição de uma estrutura formal do ordenamento jurídico: Direito, é, pois, uma questão preponderante de forma e não de conteúdo. A análise, então, concentrar-se-ia na validade das normas, produzidas com obediência a uma hierarquia e a um procedimento preestabelecido, com base na construção escalonada da ordem jurídica, consubstanciada na premissa de que a norma de hierarquia inferior retira o seu fundamento de validade de norma hierarquicamente superior – pirâmide normativa de Kelsen –, a partir de uma norma hipotética fundamental⁹.

8 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 12-16.

9 *Ibidem*, p. 135-143.

Diante dessa concepção, a pactuação contratual e as decisões judiciais, por sua vez, produzem normas individuais a partir da concretização do Direito aplicado ao caso concreto. Decerto, tais normas não são gerais nem abstratas, mas são normas no sentido de serem vinculantes para os sujeitos como direito subjetivo, que é aquele atribuído especificamente a uma pessoa no caso concreto como consequência da aplicação da lei. Assim, para Kelsen, o Poder Judiciário não pode produzir direito objetivo, como previsto abstratamente nas leis, na ordem jurídica.

Destarte, como pontua Julio Cesar Marcellino Junior à luz do positivismo jurídico, o Direito corresponde a "um conjunto de normas dispostas hierarquicamente com origem no monopólio estatal legislativo, devendo ser aplicado e interpretado por meio de recurso silogístico-dedutivo de subsunção do fato à norma"¹⁰.

Assim, o Direito enquanto ciência, chegava ao seu ápice: definitivamente desvinculado do jusnaturalismo, prevalecia a objetividade da análise legal e a garantia dos direitos de primeira e segunda dimensão. A questão que se colocou frente ao "purismo" dessa metodologia foi a legitimação de Estados com leis imorais ou antiéticas, em decorrência da separação entre moral e Direito. Em última instância, a interpretação positivista do Direito permitiu o avanço do Estado nazista alemão e o cumprimento cego de leis abjetas, mas válidas do ponto de vista formal, situação que levou à eclosão da Segunda Guerra Mundial.

Na década de 1950, com base no legado teórico de Hans Kelsen, Norberto Bobbio desenvolveu o positivismo jurídico crítico, porquanto considerava impossível compreender o Direito a partir da norma apenas, sem considerar o ordenamento jurídico ao qual ela pertence e a respectiva norma fundamental como marco fundante e garantidor de unidade e coerência de tal sistema.

Ao analisar a experiência normativa, Bobbio estabeleceu os critérios que permitem definir a norma jurídica do ponto de vista da natureza formal, partindo da afirmação de que é uma proposição prescritiva que traz um imperativo hipotético (aquele que prescreve uma ação boa para atingir um fim) em seu conteúdo e um imperativo heterônomo (criado por instituição), que pode ser positivo (prescreve um fazer sob pena de invalidade do meio para o fim almejado) ou negativo (impõe um não fazer que, realizado, enseja a incidência de um conseqüente normativo, geralmente uma sanção jurídica como resposta institucionalizada à violação da norma, cuja execução caberá a pessoas previamente encarregadas de executá-la, para garantir por meio da heterotutela maior eficácia, bem como maior proporção entre o mal e a reparação)¹¹.

Vê-se, pois, que o positivismo jurídico e a busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Posteriormente, contudo, a doutrina mundial consentiu com a ideia de que um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e que privilegiava a lei como uma estrutura meramente formal não podia mais ser sustentado. Iniciou-

10 MARCELLINO JR., Julio Cesar. Norma constitucional e pós-positivismo jurídico: o esquema regra-princípio. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí, v. 2, n. 1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 11 jun. 2021.

11 ZANON JR., Orlando Luiz. Positivismo jurídico de Bobbio. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 17, n. 3339, 22 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22461>. Acesso em: 09 jun. 2021.

-se, aí, um processo de reaproximação entre Direito e moral, desencadeado pelas terríveis lições deixadas pela Segunda Grande Guerra¹².

2 O atual sistema de interpretação das normas

A partir da sombria constatação de que a visão positivista-legalista do ordenamento jurídico ensejou espécie de legitimação de ordens jurídicas totalitárias, houve o florescimento de teorias fulcradas em outras formas de se entender o Direito, que não compactuam com o modelo subsuntivo de dedução lógico racional, as quais admitem que a tal completude do ordenamento jurídico afirmada por Bobbio descuidou da realidade das indeterminabilidades e incertezas do Direito, não como exceção¹³, e sim como regra, bem como da impossibilidade de ignorar as relações entre Direito, moral e política.

Surgiram, por conseguinte, as ideias pós-positivistas, decorrentes da compreensão de que a norma entendida como regra positiva válida é insuficiente para abranger a complexidade das relações jurídicas. Segundo Heletícia Leão de Oliveira, tal contexto proporciona que normas de elevado teor axiológico e mecanismos de jurisdição constitucional sejam incorporadas a diversas Constituições, de maneira a rechaçar a tese juspositivista da separação conceitual entre Direito e moral, assim como ressaltar a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, a partir da evidenciação da sua supremacia e dos valores nela consagrados¹⁴.

Desse modo, as bases do neoconstitucionalismo, movimento de transformação do Estado e do Direito, foram lançadas na Europa na segunda metade do século XX, de certa forma com amparo no julgamento ocorrido na cidade alemã de Nuremberg (1945-1949) que, a despeito da legalidade das ações perpetradas pelos nazistas à luz da compatibilidade com as normas do Estado Alemão, concluiu no sentido da condenação dos oficiais nazistas, considerados os valores essenciais da sociedade e a primazia do direito à vida.

Abraçar tal leitura moral do Direito, alterando a forma de sua interpretação e aplicação, exigiu uma reformulação da fundamentação de validade dos ordenamentos jurídicos, estabelecendo como ponto fulcral dos sistemas jurídico-políticos vigentes os princípios que protegem o homem e a sua dignidade como direitos primevos, criando uma nova dogmática de hermenêutica constitucional fundada na primazia dos direitos fundamentais¹⁵.

12 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 261-264.

13 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 317. Segundo ele, os *hard cases* comportam, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Quando as regras não são claras, o juiz deve descobrir quais são os direitos das partes e não inventar o direito. Nessa tarefa, devem ser utilizados os argumentos de princípio, a partir do sopesamento.

14 OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Teoria da norma jurídica no neoconstitucionalismo pós-positivista: uma concretização constitucional além do decisionismo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. Porto Alegre, v. 10, n. 2, out. 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58740/35407>. Acesso em: 11 jun. 2021.

15 MARMELESTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 10-11.

É nesse cenário que Robert Alexy capitaneia a formulação de uma teoria dos direitos fundamentais, vinculando-os à liberdade e à dignidade da pessoa humana, como valores históricos, culturais e filosóficos. Para ele, normas de direitos fundamentais compartilham de todos os problemas que se relacionam ao respectivo conceito¹⁶. Assim, no âmbito da construção de um paradigma interpretativo próprio do ordenamento jurídico a partir da teoria dos direitos fundamentais, os princípios passam a ser entendidos como cânones máximos da normatividade, com supremacia em relação às demais normas, porquanto condensam os valores que se configuram como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Com isso, inaugurou-se a hegemonia axiológico-normativa dos princípios para muito além da atividade integrativa do Direito¹⁷.

Nesse ponto, impende destacar que ambos, princípios e regras, são normas jurídicas, porquanto constituem fundamentos para juízos concretos do dever-ser. Todavia, pode-se dizer que exercem papéis distintos no sistema normativo. Segundo Humberto Ávila, a definição do que são princípios recebeu decisiva contribuição a partir dos estudos de Ronald Dworkin:

[...] as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca a validade¹⁸.

Com base nas conclusões de Dworkin, Alexy especificou ainda mais o conceito de princípios jurídicos, que considera como normas que devem ser cumpridas na maior medida possível, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas, como mandamentos de otimização. E vai além, ao estabelecer que, em caso de colisão, não há imediata prevalência de um sobre o outro, mas sim a ponderação entre eles, uma relação de preferência condicionada, a fim de que um prevaleça à luz das circunstâncias concretas¹⁹.

Não obstante as diferenças estabelecidas entre regras e princípios, hodiernamente prevalece a orientação de que o ordenamento jurídico é misto, formado

16 VIEIRA JR., Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. [S.l.], v. 87, n. 1, set. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/533/1210>. Acesso em: 16 jun. 2021.

17 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 59.

18 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 57.

19 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86-94.

pelas regras e pelos princípios. E nem poderia ser diferente, porquanto, de acordo com Marçal Justen Filho:

[...] a existência da regra é essencial para a segurança jurídica e para a certeza do Direito, pois ela traduz escolhas, valores e fatos sociais permitindo a todos os integrantes da sociedade conhecer de antemão a solução prestigiada pelo Direito. [...] a ampliação da influência dos princípios produz a redução da certeza do Direito, tal como aumentar a importância das regras poderá conduzir à cristalização da disciplina jurídica e sua inadequação para regular a vida social. É evidente que a aplicação das regras deve ser permeada pela influência dos princípios, mas não se pode eliminar a certeza, que é inerente à regra²⁰.

Apesar de tal coexistência, cabe diferenciá-los, notadamente à guisa de determinar os critérios interpretativos para a aplicação da norma. De acordo com o magistério de Humberto Ávila, os critérios usualmente empregados para a referida distinção são os seguintes:

a) critério do caráter hipotético-condicional: fundamenta-se no fato de que as regras têm uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, aplicadas ao modo “se – então”, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser futuramente utilizado pelo aplicador no caso concreto;

b) critério do modo final de aplicação: as regras são aplicadas no modelo “tudo ou nada”, ao passo que os princípios podem ser gradualmente aplicados;

c) critério do relacionamento normativo: fundamentado na ideia de que a antinomia entre regras consubstancia conflito solucionável com a declaração de invalidade de uma delas ou com a criação de uma exceção, diferentemente dos princípios, que podem coexistir mediante ponderação, que define qual prevalecerá no caso concreto a partir de sua respectiva dimensão;

d) critério do fundamento axiológico: os princípios, ao contrário das regras, constituem fundamentos axiológicos para fundamentar a decisão a ser tomada²¹.

Há quem entenda diferente, no sentido de que “nada distingue os princípios das regras de direito. Regra é gênero do qual são espécies os princípios explícitos e implícitos e as regras estrito senso”²². Como explica Eros Roberto Grau, serão explícitos os princípios de um determinado direito positivo expressamente afirmados como tais, no texto legal ou da Constituição, ao passo que serão implícitos os que resultem da interpretação de um ou mais preceitos, constitucionais ou legais.

Interessante ponderação é feita por Humberto Ávila, no sentido de que regras e princípios devem ser aplicados a fim de que realizem totalmente o seu conteúdo dever-ser, distinguindo-se quanto à determinação da prescrição de conduta que

20 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

21 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 59-60

22 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação de direito e os princípios*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 106.

resulta da sua interpretação: princípios não a estipulam diretamente, mas apenas estabelecem fins normativamente relevantes, ao passo que, nas regras, o comportamento está frontalmente previsto pela norma, o que enseja graus diversos de dependência de um ato institucional para a sua concretização²³.

Uma das questões que marcam a diferenciação entre regras e princípios é a que trata da utilização da ponderação como para solucionar conflitos normativos. Ana Paula de Barcellos a define como “técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”²⁴.

Segundo Luís Roberto Barroso, é possível pensar a ponderação em três etapas:

- [...] a) Identificação das normas pertinentes e do eventual conflito;
 b) Exame dos fatos, das circunstâncias concretas e da respectiva interação com os elementos normativos;
 c) Decisão – apuração dos pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e do grupo de normas que deve preponderar no caso. Sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada (atribuição geral de pesos com a produção de uma conclusão). Todo esse processo intelectual tem como parâmetro o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade²⁵.

De qualquer forma, como afirma José Sérgio da Silva Cristóvam, “o neoconstitucionalismo possibilitou a sedimentação da teoria da normatividade dos princípios jurídicos”²⁶, entendidos como espécies normativas dotadas de substancialidade e aplicabilidade. No mesmo sentido, pontua referido autor que:

- [...] a consolidação da ideia de normatividade dos princípios jurídicos se converte em elemento significativo para uma segura e salutar transposição da teoria formal-positivista, avançando-se para o estabelecimento de uma teoria material da Constituição e dos princípios constitucionais²⁷.

Permite-se, portanto, reconhecer a centralidade das Constituições nos sistemas jurídicos e o fortalecimento da “defesa da efetividade dos direitos fundamentais sociais e de controle judicial das políticas públicas”, à luz do entendimento de que o Direito Constitucional “é a fonte maior de legitimação de todo o Direito na medida em que funciona como a pedra angular de toda a ordem jurídica”²⁸.

23 ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 215, 1999, p. 151-179.

24 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18.

25 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 361-363.

26 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. *Revista da ESMESC*. Santa Catarina: 2012, v. 19, n. 25, p. 123.

27 *Ibidem*, p. 124.

28 CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 42-46.



Fonte: <http://genjuridico.com.br/>

3 Novos direitos e ativismo judicial: lacunas preenchidas ou espaços invadidos?

A evolução humana ao longo do tempo e as mudanças vivenciadas pelas sociedades alteraram e continuam alterando diversos paradigmas em muitas áreas do conhecimento e da vida, de forma que não podia ser diferente com o Direito.

Os processos de lutas sociais, as transformações tecnológicas e científicas, o surgimento de “práticas de vida diferenciadas, da complexidade crescente de bens valorados e de necessidades básicas, bem como da emergência de atores sociais, portadores de novas subjetividades (individuais e coletivas)” modificaram as relações e os conflitos delas decorrentes, de forma a apresentar novas questões ao mundo jurídico decorrentes de “novos direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estanque assumem caráter relativo, difuso e metaindividual”, que demandam “pensar e propor instrumentos jurídicos adequados para viabilizar sua materialização e para garantir a sua tutela jurisdicional”²⁹.

A contextualização histórica anteriormente narrada dá uma ideia de como surgiram e foram evoluindo os direitos em suas dimensões, principalmente primeira e segunda. Atualmente, fala-se de direitos de quinta dimensão, relacionados às tecnologias da informação (*internet*), passando pelos de terceira e quarta geração, respectivamente relacionados aos direitos coletivos e difusos, bem como os de bioética e biotecnologia.

São, de fato, as transformações sociais que, inexoravelmente, trazem “novos bens, novos sujeitos, novos *status* que exigem, e continuarão exigindo, novos direitos”, como afirmam Caio Rogério da Costa Brandão e outros, ao citarem Norberto Bobbio:

[...] sob a perspectiva sociológica, a multiplicação ou proliferação de direitos, ocorre por três razões: o aumento da quantidade de bens que passam a ser

29 WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

considerados merecedores de proteção e reconhecimento; a ampliação da titularidade de direitos típicos a novos sujeitos de direitos; e a nova significância dada ao ser humano, não mais sendo visto como um ser abstrato (ente genérico), mas sim como um ser concreto, específico, o que geraria a ampliando de seu "status" individual³⁰.

A grande questão que se coloca é que situações inovadoras também demandam tutelas jurisdicionais diversas, razão pela qual há discussões no sentido da instrumentalização das ações constitucionais por meio do chamado direito processual constitucional. Essa não é, contudo, a abordagem que se pretende neste estudo. Há que se perquirir se o Judiciário tem conseguido encontrar soluções a partir do arcabouço jurídico já existente e se os caminhos trilhados observam os limites hermenêuticos postos.

Consoante discutido até o momento, atualmente, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, no qual "ao invés de uma teoria de fontes do Direito focada no código e na lei formal, ele ressalta a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, a ubiquidade de sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência"³¹. Como visto, estatizado o poder de decisão na figura da jurisdição, seu exercício em tempos pós-modernos dá-se de forma ativa, embora isso não signifique a admissão de arbitrariedades e discricionariedades exacerbadas.

Nesse contexto, Eduardo Arruda Alvim e outros descrevem a figura do ativismo judicial:

[...] que se caracteriza a partir da atuação ativa do magistrado, buscando, por meio de sua condução processual, realizar a jurisdição de forma efetiva e comprometida com a realização das políticas públicas. O ativismo judicial é caracterizado pela postura mais ativa do Poder Judiciário, que busca, diante da falta de legislação adequada para determinado caso, criar soluções para a implementação, sobretudo, de políticas públicas³².

Antes de mais nada, relembre-se que a principal função do Judiciário é aplicar o Direito dentro dos limites do ordenamento jurídico, utilizando-se das técnicas de interpretação disponíveis para construir o sentido previamente existente nos dispositivos, observados os traços mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem e construídos na comunidade dos discursos, como bem pontua Humberto Ávila:

[...] norma não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos reconstruídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que

30 BRANDÃO, Caio Rogério da Costa; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. Novos direitos e o ativismo judicial no Brasil: uma reflexão a partir do olhar crítico de Enrique Dussel. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 20-35, jan./jun. 2020.

31 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 120.

32 ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Krüger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 183.

os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. [...] Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto³³.

E cabe ao intérprete autêntico, nas palavras de Eros Roberto Grau, criar as normas, no plano do discurso do Direito³⁴. E quais seriam os seus limites? É o próprio jurista quem esclarece:

[...] O juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, não produz normas livremente. [...] ao intérprete autêntico não está atribuída a formulação de juízos de oportunidade – porém, exclusivamente, juízos de legalidade – atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve atado, retido, pelo texto normativo e pelos fatos³⁵.

Destarte, entendido o ativismo judicial como postura derivada da evolução quanto à efetividade dos direitos fundamentais, no sentido de suprir lacunas para a provisão de prestações sociais, plausível a sua legitimidade, uma vez que a ação ou omissão por parte de qualquer agente estatal em detrimento da realização de tais direitos corresponde, na verdade, à sua violação, de forma a reclamar ações perante o Poder Judiciário, sejam de natureza individual ou coletiva³⁶.

Alguns defendem, contudo, tratar-se de desvirtuação das funções precípuas do Judiciário, na medida em que as decisões judiciais substituiriam atos políticos criadores de políticas públicas, no lugar da lei. Mas o principal argumento favorável ao controle judicial em direitos fundamentais ainda é o artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988, vez que o constituinte antecipadamente legitimou o Judiciário para se manifestar em quaisquer situações que desrespeitem direitos fundamentais. Não há e nem poderia haver bloqueios, portanto, à atuação de magistrados na garantia da máxima efetividade dos direitos fundamentais, inclusive no reconhecimento de novos direitos, especialmente pelo constante no § 2º do artigo 5º da Carta Magna³⁷.

Tampouco haveria mácula ao princípio da separação dos poderes, pois a leitura da separação não é estrita, mas sim harmônica, numa autêntica interdependência entre os poderes, como defende Eros Roberto Grau, e carece talvez de uma releitura, consoante pondera Carolina Noura de Moraes³⁸. A ideia é reforçada por Humberto Ávila, para quem

33 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 50-51.

34 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação de direito e os princípios*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 49 e 101.

35 *Ibidem*, p. 91-92.

36 BRANDÃO, Caio Rogério da Costa; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. Novos direitos e o ativismo judicial no Brasil: uma reflexão a partir do olhar crítico de Enrique Dussel. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, Evento Virtual, v. 6, n. 1, jan./jun. 2020, p. 26.

37 *Ibidem*, p. 28.

38 RÉGO, Carolina Noura de Moraes. *O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 137-142.

[...] a tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal e a plena realização do princípio democrático³⁹.

O cuidado que se deve tomar é que a interferência judicial não pode ser vinculada a um mero ato de vontade do julgador, como explicam Lenio Luiz Streck e outros:

[...] Não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo conduto, para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão, não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento⁴⁰.

Consoante retromencionado, em um sistema jurídico desvinculado do positivismo estrito, a solução do caso concreto observará as regras vigentes e deve considerar argumentos principiológicos postos no ordenamento jurídico. Caso contrário, configurar-se-á o “decisionismo”, expressão que vem sendo utilizada para referência a decisões pautadas por parâmetros pessoais, desprovidos de normatividade, legitimidade ou previsibilidade. O decisionismo jurídico, contra o formalismo normativista, sustenta um conceito político de lei, segundo o qual as normas são sempre fruto de uma decisão do soberano (o monarca ou o povo), que expressa uma vontade política legítima⁴¹. Essa parece ser a perspectiva a ser combatida.

Nesse sentido, a teoria da argumentação jurídica, de Alexy, pode ser adotada como forma de combater os excessos da dogmática principiológica constitucional, com a intenção de minimizar a subjetividade das interpretações a serem procedidas pelos aplicadores do Direito, a partir da demonstração da possibilidade e da validade da fundamentação racional do discurso jurídico⁴². A ideia é evidenciar o caminho percorrido para a tomada de decisão, a fim de demonstrar que o resultado alcançado é o mais adequado à ordem jurídica e às peculiaridades do caso. Nesse contexto, a fundamentação das decisões judiciais deixa de ser apenas requisito de validade para figurar, também, como pressuposto de legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito.

39 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 226.

40 STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 51-61.

41 ARRUDA, José Maria. Carl Schmitt: política, estado e direito. In: OLIVEIRA, Manfredo *et al* (Org.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 56-86.

42 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Trad. Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 181-217 e 272.

Com esse propósito, Luís Roberto Barroso⁴³ aponta três parâmetros para informar a argumentação jurídica: a) a necessidade de fundamentação com elementos da ordem jurídica que embasem tal ou qual decisão, pois não bastam o senso comum e o sentido pessoal de justiça; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema (unidade, continuidade e coerência da ordem jurídica); c) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão, visto que o juiz não pode ser indiferente à repercussão de sua atuação sobre o mundo real, a vida das instituições, do Estado e das pessoas.

Entretanto, não se olvida que a grande procura pelo Poder Judiciário para a solução dos mais diversos conflitos, incluídos os estruturais, cuja nomenclatura tem sido difundida como judicialização, não depende do desejo do órgão judicante, mas configura-se como uma questão social, um fenômeno

[...] derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade – características das sociedades de massas⁴⁴.

É irrefutável que as mudanças paradigmáticas em andamento em todas as áreas do conhecimento, muitas vezes impulsionadas pelos avanços tecnológicos, estão a exigir do Direito a rediscussão de seus pressupostos, a fim de que possa desempenhar de forma efetiva o papel de fornecer as regras orientadoras das condutas em sociedade.

Nessa acepção, Wolkmer é categórico ao dizer que é preciso ter claro que a realidade contemporânea tem viabilizado constantemente “novos direitos” de natureza individual, social e metaindividual. O surgimento de novos modos de viver, de produzir, de se relacionar, de se organizar em coletividades, de pensar a política e a religião, a cultura e as relações com a natureza, a ciência e a bioética podem determinar interesses que transcendem os limites conhecidos e as possibilidades do sistema, ensejando situações de necessidade, carência e exclusão⁴⁵.

Ocorre que às novas demandas devem ser vinculados os procedimentos técnico-formais necessários à sua efetivação. Por isso, imprescindível a flexibilização do sistema para seu equilíbrio e sua harmonia, bem como para o desempenho dinâmico de sua função de preservação do modo de produção social, sem perder de vista a unicidade do ordenamento jurídico e seus valores essenciais. Como bem pontua Wilson Engelmann, atualmente, este é o desafio do Direito, como uma das ciências responsáveis pela avaliação e regulação dos impactos deste momento

43 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 369-371.

44 STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 56.

45 WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34-37.

histórico. Percebê-los, aceitá-los e buscar soluções serão as alternativas necessárias para a sobrevivência do Direito como área do conhecimento⁴⁶.



Fonte: www.defensoriapublica.pr.def.br

4 Considerações finais

O Direito, que nasceu junto com o advento da sociedade, com ela vem atravessando mudanças e enfrentando questionamentos ao longo dos séculos. Imbuído de função nada simples, que é permitir o mínimo de ordem na convivência social, vê-se diante de desafios trazidos pelos novos tempos. Se antes o direito natural fundamentava toda e qualquer aplicabilidade da lei, bem como sua interpretação, em dado momento foi a norma fundamental hipotética que embasava toda e qualquer lei, com a observância da hierarquia escalonada e a divisão entre justiça, moral e direito. No entanto, tal divisão não se sustentou, e sofreu um duro golpe com as agruras causadas pelo Estado nazista. Foi necessário repensar os caminhos para afirmar o que nunca deveria ter sido deixado em segundo plano: são os direitos fundamentais e a sua efetivação que devem fundamentar o Direito e aplicabilidade das leis.

Decerto, o Direito não existe sem o homem, é para o homem, portanto, é na proteção à dignidade da pessoa humana que devem repousar todos os fundamentos do ordenamento jurídico. Assim, a via hodiernamente utilizada para a respectiva efetivação de tal valor e do acolhimento dos novos direitos face às velhas estruturas deve evoluir, pois, apesar de necessária a atuação ativa do Poder Judiciário para a concretização dos direitos, não se pode perder de vista as finalidades do Estado Democrático de Direito e seu sistema axiológico, em contraposição às ideias juspositivistas clássicas do modelo legal subsuntivo.

46 ENGELMANN, Wilson. O direito em face das nanotecnologias: novos desafios para a teoria jurídica no século XXI. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 455.

Irrefutável que o ativismo judicial, se não for utilizado como mera concretização da vontade do julgador, pode ser de grande valia para esse momento de transição que vive o atual Direito. Para tanto, a teoria da argumentação jurídica se revela como um dos caminhos para coibir excessos, na medida em que fundamenta a legitimidade das decisões judiciais, que devem ser traçadas dentro dos limites do ordenamento jurídico, tendo sempre por norte a Constituição e os valores nela consagrados.

O que não se pode permitir é que, por não saber o que fazer, não se faça nada; pois a norma é construída dia a dia, da interpretação e da observância da realidade, a partir da qual serão concebidos os significados que melhor atenderão às finalidades do Estado Democrático de Direito.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Trad. Zilda HutchinsonSchild Silva. São Paulo: Landy, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALVIM, Eduardo Arruda; THAMAY, Rennan Faria Krüger; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ARRUDA, José Maria. Carl Schmitt: política, estado e direito. In: OLIVEIRA, Manfredo et al (Org.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 56-86.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 215, 1999, p. 151-179.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRANDÃO, Caio Rogério da Costa; BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. Novos direitos e o ativismo judicial no Brasil: uma reflexão a partir do olhar crítico de Enrique Dussel. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*. Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 20-35, jan./jun. 2020.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.
- CHAUÍ, Marilena. *Filosofia*. São Paulo: Ática, 2000.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. *Revista da ESMESC*. Santa Catarina: 2012, v. 19, n. 25.
- CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ENGELMANN, Wilson. O direito em face das nanotecnologias: novos desafios para a teoria jurídica no século XXI. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17-50.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. A evolução da teoria constitucional e as perspectivas para o constitucionalismo do futuro. *Revista Âmbito Jurídico*. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-da-teoria-constitucional-e-as-perspectivas-para-o-constitucionalismo-do-futuro/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação de direito e os princípios*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. Norma constitucional e pós-positivismo jurídico: o esquema regra-princípio. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Itajaí, v. 2, n. 1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica. Acesso em: 11 jun. 2021.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Teoria da norma jurídica no neoconstitucionalismo pós-positivista: uma concretização constitucional além do decisionismo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*. Porto Alegre, v. 10, n. 2, out. 2015. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58740/35407>. Acesso em: 11 jun. 2021.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. *O estado de coisas inconstitucional: entre o constitucionalismo e o estado de exceção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 51-61.

VIEIRA JR., Beches. Teoria dos direitos fundamentais: evolução histórico-positiva, regras e princípios. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. [S.l.], v. 87, n. 1, set. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/533/1210>. Acesso em: 16 jun. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17-50.

ZANON JR., Orlando Luiz. Positivismo jurídico de Bobbio. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 17, n. 3339, 22 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22461>. Acesso em: 09 jun. 2021.