
NOVO PARADIGMA DAS DECISÕES JUDICIAIS NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA**Danilo Fontenele Sampaio Cunha¹****Janile Lima Viana²****Resumo**

Analisa as novas relações sociais à luz da Modernidade e da Pós-Modernidade, bem como do positivismo jurídico e pós-positivismo, que, desde o século XX, influenciam a Ciência Jurídica, principalmente no que concerne à interpretação do Direito. É notável a influência, na contemporaneidade, do modelo pós-positivista para justificar as decisões judiciais na busca do justo, utilizando-se, em regra, para a solução de casos mais complexos, conceitos abstratos e princípios implícitos à revelia da lei e da Constituição, desaguando, não raro, no chamado ativismo judicial. Será tratado, primeiramente, sobre a Modernidade e Pós-Modernidade e sua influência no Direito. Em seguida, examinam-se as características dos paradigmas do positivismo e pós-positivismo. E, posteriormente, busca-se compreender o novo paradigma adotado nas decisões judiciais na chamada Pós-Modernidade com crítica ao ativismo judicial. Portanto, é defendida neste experimento acadêmico a ideia de que não houve uma superação do positivismo jurídico pelo pós-positivismo, mas sim um aperfeiçoamento, o qual requer, por parte dos intérpretes, fundamentações consistentes, respeitando as balizas do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Pós-modernidade; Pós-positivismo; Ativismo.

INTRODUÇÃO

Do século XVIII até o começo do século XXI teve em curso ideia da Modernidade, a qual possuía como base uma Ciência pautada na racionalidade livre de quaisquer fatores externos, ou seja, de valores morais, com

¹ Doutorado em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC_SP (2015). E-mail: daniloffc@uol.com.br

² Mestranda em Direito Privado no Centro Universitário Sete de Setembro (UNI7). E-mail: janilelima@yahoo.com.br

base na certeza e na segurança jurídica.

Com os avanços tecnológicos, globalização e multiculturalismo, a sociedade passou de uma visão de certeza para uma cultura de risco, e suas principais características de relatividade/incerteza, na chamada Pós-Modernidade. Tanto a Modernidade como a Pós-Modernidade influenciaram diretamente a Ciência Jurídica, principalmente no que concerne aos paradigmas do positivismo e pós-positivismo, direcionamentos das argumentações jurídicas.

Ante a evolução trazida pela Pós-Modernidade, surgiu a problemática de se saber qual o arcabouço jurídico utilizado pelo Poder Judiciário, em geral, na resolução dos conflitos e na busca da Justiça.

O Poder Judiciário atua sob o manto das cláusulas gerais e no contexto da nova Hermenêutica Constitucional. Assim, o método sistemático lógico-dedutivo vem sendo superado por novas modalidades de interpretações, atribuindo força normativa aos princípios e fomentando o desenvolvimento de princípios específicos, como o princípio da afetividade, direito à felicidade etc.

Essa mudança ocasionada pelo pós-positivismo, concede ao julgador maior liberdade em suas decisões, utilizando-se da primazia dos princípios e de uma nova maneira de interpretar o Direito, sob a utilização de argumentos, muitas vezes, subjetivos, o que causa insegurança em relação à definição dos limites da cada direito.

Com efeito, a solução de tais casos difíceis fez despontar questionamentos acerca dos novos métodos de interpretação utilizados pelo juiz, que, em nome dessa abertura sistêmica, cria normas individuais, afrontando, diversas vezes, o princípio da separação de poderes.

Assim, demanda-se com este escrito, realizar uma abordagem sobre a Modernidade e a Pós-Modernidade, contextualizando com o modelo do positivismo e pós-positivismo jurídico, ressaltando suas características, bem como, proceder a um exame acerca das decisões judiciais e do novo paradigma que se constitui, hoje, por parte do Poder Judiciário.

A metodologia empregada para a concretização dos objetivos propostos consiste na bibliográfica, por meio da inserção de consultas e estudos de cunho legislativo e doutrinário, na literatura nacional e estrangeira, e também jurisprudencial; aplicando-se, ainda, o método indutivo, com análise de algumas decisões das cortes pátrias.

CONTRIBUIÇÕES DA MODERNIDADE E DA PÓS-MODERNIDADE PARA O DIREITO

Interessa a este ensaio analisar, inicialmente, o modelo atual como o Direito se concretiza e de que modo recebe os avanços da sociedade já na chama Pós-Modernidade. A Modernidade é caracterizada pela robustez da

racionalidade, em que o ser humano se torna livre a partir do conhecimento que adquiria com o rompimento dos mitos e da dogmática. Estava, pois, enlaçada, na ciência e na razão.

A modernidade pode assim, então, ser entendida como grande processo de que o industrialismo faz parte e todas as outras grandes transformações do século XVIII e XIX, sob a marca de uma produção industrial rígida e em série, um trabalho fragmentado com grande ênfase na técnica. Esta modalidade de organização favoreceu a vários estilos de vidas e, conseqüentemente, diversas relações mercadológicas e jurídicas.

Tal pensamento é caracterizado por ideias iluministas, em que se buscava uma descortinação dos “olhos” dos homens para uma maior liberdade no pensar, não se adstringindo a pensamentos religiosos, mas por uma busca constante de comprovação científica dos fatores que se externavam, cuja razão era o único atributo para libertar a pessoa, que tinha as ideias nas leis e na cientificidade positiva (LUHMANN, 2005, p. 20).

Relacionavam-se conhecimento e controle, no âmbito dos quais todos, individualmente, são necessários para fazer circular a razão, vivendo em uma sociedade cujo futuro é previsível. A antevisão desse, entretanto, não foi habilitada a capturar o tão ampla a modernidade se tornou, em decorrência do próprio acúmulo de conhecimento sobre a pessoa e o ambiente, no qual se insere. Anthony Giddens (1997, p.75) assinala que se vive numa sociedade pós-tradicional, na qual os valores defendidos pelo Iluminismo são postos em xeque ao serem permeados pelo fator da dúvida e não mais da certeza, produto do conhecimento.

A Sociedade se encontrava cada vez mais complexa, submetida à circulação de pessoas e mercadorias e impelida ao consumo na esteira da publicidade, mas como em meio de emancipação individual de uma sociedade de risco, em que são possíveis diversos modos de relacionamentos e, conseqüentemente, variáveis maneiras de relações jurídicas, como indicava o pré-citado sociólogo britânico (p.33) para quem, “[...] a modernidade é uma cultura do risco”, ou seja, ao mesmo tempo em que reduz os riscos, enseja outros de certas áreas; e em virtude da grande abundância de relações, levou à procura da intervenção do Judiciário na solução mais adequada para os casos apontados.

Com o passar dos tempos, ocorreu uma distorção das bases iluministas, bem como sucedeu uma análise social focada no consumo desenfreado e, em uma classe trabalhadora mais adaptada aos valores aplicados, o que possibilitou o desencadeamento nos debates acerca da diferença da Modernidade para Pós-Modernidade (TASCHNER, 1999, p. 10).

Desse modo, em razão dos constantes avanços sociais e das variações de que a sociedade moderna é objeto, se alcançou a chamada Pós-Modernidade. Autores como Zygmunt Bauman prefere chamar de Modernidade líquida, sob o fundamento de não haver uma ruptura do total das balizas da Modernidade, mas apenas alterações.

Ressalta, ainda, o sociólogo polonês que a liberdade foi enaltecida com a modernidade líquida, tendo em

vista que a segurança é o pilar da Modernidade, porquanto é a ordem o modo de implantação do poder de controle da sociedade. Diferente, pois, da Líquida, uma vez que, a segurança é substituída pela liberdade, além do que a sociedade passa a ser transitória, baseada na incerteza (BAUMAN, 2009, p. 7-9).

Não há um conceito pronto ou até mesmo o marco inicial da Pós-Modernidade, mas foi sendo solidificada com as diversas mudanças de valores e costumes que são constatadas “[...] pela tomada de consciência das mudanças que vinham acontecendo e dos ramos tomados pela cultura, filosofia e sociologia” (BITTAR, 2008, 134).

Um dos efeitos que a Pós-Modernidade desencadeou foi a chamada ‘crise da modernidade’, desde a metade do século XX, como diz Bittar (2008, p. 144), a qual foi alvo da ascensão pelas novas ideologias, mudanças econômicas e na produção, avanços tecnológicos, além dos conflitos coletivos, difusos, causando demandas para que o Estado solucionasse, colocando em xeque a lei e a ordem.

Assim, a Pós-Modernidade possui características que podem ser identificadas na atualidade, pois ante a gama de conhecimento que surge a todo momento, a Ciência passa a ter diversas possibilidades de escolhas, mas, também, busca considerar nuances que antes eram descartadas na Modernidade, com uma carga mais valorativa, consubstanciada na subjetividade. A esse respeito, pondera Alvarez (2012, p.30):

Así, se constata que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, también “en el ámbito jurídico, moral y político, se repitieron con asiduidad las tesis de quienes propugnaban abolir los grandes valores ilustrados: racionalidad, universalidad, cosmopolitismo, igualdad, que consideran caducos, pretendiendo reemplazarlos por una exaltación –muchas veces simplificada y acrítica– de la diferencia, la diseminación, la deconstrucción, así como la vuelta a un nacionalismo tribal y excluyente.

Nesse sentido, o chamado Pós-Modernismo “[...] repudia toda e qualquer proposta de exatidão, conhecimento universalmente padronizados ou de dogmas [...]”, já a Modernidade se assenta nas ideias positivistas de ordem, sistema, coordenação e progresso (FILIPPO, 2012, p. 46).

Considerando-se os comentários até aqui procedidos com arrimo na literatura, é notório o fato de que a Modernidade possuía sua ênfase no campo da validade das normas, na qual o Direito tira sua validade da norma fundamental, conforme desenvolvida por Kelsen, em que não há espaço para influências externas, portanto, se desvincula de qualquer valor de fatos sociais e toda discordância é resolvida no âmbito do próprio sistema, considerado à época a melhor maneira de conduzir o Direito. Explica Hans Kelsen (1998, p. 21):

Uma “ordem” e um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é-como veremos- uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.

Assim, o Direito não se preocupava com o conteúdo das decisões emanadas, pois não interessava o mundo prático, mas apenas se as normas possuíam validade dentro da sua estrutura normativa, o que não era satisfatório para acompanhar as mudanças sociais continuamente expressos, como aduz Friedrich Müller (2009, p. 151), ao exprimir que “a separação de norma e fato, feita pela teoria do direito, mostra-se como algo sem sentido e impossível de se realizar, sob o ponto de vista da teoria da norma”.

Inicia-se uma crise do paradigma da Modernidade ao adentrar na chamada Pós-Modernidade, na qual o Direito não poderá mais permanecer centrado no modelo de regras/normas, mas passa para uma acepção principiológica, em que o sistema não será mais fechado e sim terá a inclusão do ideal de Justiça para a concretização do Direito. Assim, preceitua Hart (2009, p. 266):

Pode-se dizer que a distinção entre um bom sistema jurídico, que se conforma em alguns pontos à moral e à Justiça, e outro que não o faz é uma falácia, porque, sempre que o comportamento humano é controlado por normas gerais, publicamente anunciadas e judicialmente aplicadas, um mínimo de justiça é necessariamente concretizado.

A ideia de Justiça não chegou com a Pós-Modernidade, mas esta propiciou à Ciência Jurídica contextualizar a justiça com a realidade momentânea e os diálogos com outras ciências, haja vista que configura “um momento de rejeição da modernidade que, ao buscar superá-la, leva a própria modernidade consigo” (DANTAS, 2009, p. 348).

Por conseguinte, como é possível notar, tanto as características da Modernidade como da chamada Pós-Modernidade influenciaram a Ciência do Direito, pois a Modernidade, com seu caráter de segurança e racionalidade, passou a influenciar o positivismo jurídico, ao passo que a Pós-Modernidade situada na ideia de pós-positivismo jurídico.

No entanto, não se está associando a Pós-Modernidade com pós-positivismo, já que ambos não possuem precisão quanto ao termo e ao início, mas que há pontos de convergências sobre a defesa de que não há uma verdade e justiça absoluta, como modo de oposição ao tradicional/moderno, que não soube determinar objetivamente o que seriam o justo, o certo e a verdade (SEGUNDO MACHADO, 2009, p. 72-75).

Nesse ínterim, Hugo de Brito Machado Segundo (Ibidem, p. 77), ainda menciona que se deve ter cautela na absorção dos pressupostos da Pós-Modernidade, haja vista que não há de exprimir a inexistência ou a imprestabilidade da teoria moderna, ou mesmo que não existam verdades, mas se deve analisar até que ponto essas ideias são correções da concepção moderna.

Portanto, essa nova compreensão do Direito perpassa esse caráter da chamada Pós-Modernidade, em que surge para o juiz, não só um papel proativo na defesa dos direitos, mas também, uma robustez nas argumentações e interpretações para cumprir as promessas da Modernidade, mas sempre com a preservação do núcleo do positivismo. O que significa, então, positivismo e pós-positivismo? Cuidar-se-á da resposta na

sequência, para melhor compreensão do papel do judiciário na realidade atual.

DO POSITIVISMO AO PÓS –POSITIVISMO

O positivismo jurídico de Hans Kelsen, Robert Haas e Herbert L.A Hart manteve-se como ciência inquestionável até a metade do século XX. Com fundamento na razão teórica, defendia o argumento de que o pensamento jurídico deveria se limitar ao conhecimento científico do Direito, estudado com esteio de numa estrutura lógico-formal, desvinculado de qualquer realidade ou legitimidade social.

Com isso, a validade do direito independia de sua legitimidade ou justiça, da Sociologia ou Filosofia. Esse isolamento do Direito no que concerne à realidade social (aspecto prático), era decorrência da própria Modernidade, como fora exposto, que exigia um método seguro para comprovação do conhecimento. Daí a utilização de métodos das ciências exatas na interpretação e aplicação do Direito (STRECK, 2011, p. 15).

Em decorrência, para o Direito, pouco importava o seu conteúdo, se justo ou injusto, pois a norma era válida desde que obedecido o processo legislativo estabelecido, não constitui uma tarefa do Direito fazer juízo valorativo sobre a norma. Seu objeto central se concentrava na segurança jurídica, nas relações sociais, e esse desiderato era alcançado com “objetividade e previsibilidade na identificação do direito, autônomo com relação à moral (valores) e em relação à política (poder)” (BARZOTTO, 1999, p. 19).

O positivismo considera a lei o ápice da racionalidade, e o Legislativo é o detentor de tal Poder já que tem raízes do Estado de Direito, negando o caráter transcendental desse ramo científico, vinculado ao que era positivado pelo Estado, independentemente do conceito de Justiça e mesmo da Moral. Assim, algumas características são unanimidades entre os doutrinadores, assim resumidas: a relação entre Direito e norma; a ordem jurídica una e emana do Estado; um ordenamento jurídico completo, suficiente para a resolução de qualquer conflito; e a norma sendo válida, independe do seu conteúdo (BARROSO, 2006, p 25).

Com relação ao intérprete, este apenas aplicava a lei ao caso, numa relação de silogismo, em que inexistia ligação de Direito e Moral e independentemente do pensamento daquele, visto que existia superioridade da lei à moral em alguns pontos, como na segurança jurídica, o que se sustenta em uma “teoria externa da validade do direito”, bem como relativamente à convenção da verdade jurídica, em que esta é a soberania e a racionalidade do legislador; e, por último, a objetividade na interpretação, que se sustenta na aplicação das regras tradicionais da interpretação conforme dissertado por Dimitri Dimoulis (1999, pp.20-22).

É sobre o papel do intérprete, que se busca enfatizar o positivismo defensor da noção de que aquele deve entender até que ponto chega sua interpretação, pois o que se busca é a vontade do constituinte, sem interferências externas e critérios subjetivistas, e mesmo quando a vontade do legislador não é límpida, se entende

como negativa, caso em que cabe ao Poder Legislativo sua regulamentação.

Destaca-se o fato de que autores tecem críticas veementes sobre o positivismo, como Ronald Dworkin (2010, p. 127-132), ao acentuar que há uma abertura do Direito aos valores ético-políticos, em que não se pode deixar de aplicar o Direito, porque este não teve publicação na lei, pois os juízes possuem poder discricionário para o deslinde dos conflitos que não possuem amparo legal, sob o argumento de princípios, pois estes são valores importantes de uma sociedade.

Para Herbert LA Hart, na aplicação dos *hard cases*, há uma incerteza na linguagem jurídica, na qual os juízes possuem poder discricionários que irão criar o Direito e não aplicá-lo. Já Ronald Dworkin rebate, ao acentuar que os magistrados não gozam de discricionariedade, pois nem toda norma jurídica é regra, existindo também princípios que os juízes irão utilizá-los nos casos difíceis, não criando o Direito (DWORKIN, 2010, p.30-35).

A decadência do positivismo é citada por alguns autores, como Luís Roberto Barroso (2004, p.174), com suporte nas atrocidades cometidas à época dos movimentos políticos e militares em nome da lei que abriram caminho para questionamentos sobre o Direito, valores e a interpretação da lei, possibilitando uma valorização dos princípios, e sua incorporação nos textos constitucionais em uma nova ordem hermenêutica constitucional, no ideário pós-positivista.

Nesse rumo, o pós-positivismo ainda é desenvolvido pela doutrina, haja vista decorrer de várias teorias que possuem como ponto comum a crítica ao positivismo, mas já tem traços marcantes no seu paradigma, como: a inserção da Moral e da Justiça como fontes do Direito; inter-relação com outras ciências; uma relação do Direito com os fatos; a relevância dos casos difíceis, em que não há um só argumento prevalente dos juristas, ocasionando conflitos de valores; uma supervalorização dos princípios, os quais são considerados o núcleo do ordenamento jurídico; o papel decisivo do juiz na consecução dos direitos; e, finalmente, a importância com a realidade jurídica e com a justiça (OLIVEIRA, 2012, p. 53-54).

A relevância dos elementos morais em uma decisão constitui, para alguns autores, de fundamental importância para as argumentações desenvolvidas pelos magistrados, principalmente quando não há uma resposta clara da lei para a resolução de determinado caso jurídico. Nesse sentido, depreende-se o que ensina Marcel Moraes Mota (2006, p.19):

Dessa forma, não se concebe o direito como estritamente separado da moral. Há uma abertura do direito em relação à moral. Isso é particularmente visível quando se examinam os princípios constitucionais fundamentais, que representam positividade de princípios morais, como os de liberdade, igualdade e dignidade, cuja relação constitucional forma a base da estrutura normativa da sociedade política.

Contraopondo-se a essa ideia da Moral, o professor Eros Roberto Grau (2008, p.128) exprime que a decisão judicial deve ser pautada no Direito positivo, ou seja, a solução do caso concreto há de ser fundada na

eticidade legal e não na moral, “pois a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade, a admissão de que o Poder Judiciário possa decidir com fundamento na moralidade entroniza o arbítrio, nega o direito positivo, sacrifica a legitimidade de que se devem nutrir os magistrados”.

Há, ainda, de se destacar a teoria positivista includente, que, apesar de admitir a possibilidade de se inserirem princípios morais na formação da lei, os considera como extrajurídicos, quando não admitidos pelo Direito positivo, negando sua força normativa, diferentemente dos pós-positivistas (SCHUH, 2014, p.715-716).

Já na óptica de Jürgen Habermas, não há hierarquia entre Direito e Moral, e sim uma complementaridade, do mesmo modo que o Direito não é reflexo da moral e nem subjugado a esta, vejamos (2012, p.141):

A concepção empiricamente informada, segundo a qual as ordens jurídicas completam corriginariamente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral-como se se tratasse de uma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias dos direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral.

Não só a relação Direito e Moral é considerada pelos pós-positivistas, mas, também, o diálogo com as outras ciências, em um contexto esguelhado de conteúdo, é uma das suas buscas constantes, conforme expresso há pouco. E essa realidade se exprime no âmbito do Poder Judiciário com suporte algumas decisões que estão se utilizando desse entendimento para dar uma resposta às resoluções jurídicas.

Outro ponto ressaltado no pós-positivismo é a defesa da normatização dos princípios, alicerce de todo o sistema jurídico, no qual os problemas são resolvidas com base na sua normatização e, em caso de conflito, com outro princípio, recorrer-se-á à teoria da ponderação.

Um dos simpatizantes da referida teoria, Robert Alexy, considera os princípios como “mandamentos de otimização”, cuja satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas, além de destacar o fato de que o “modelo de sopesamento³ não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro de forma precipitada” (2017, p.173), mas, sim, é um regramento que oferece “uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e um objeto central da dogmática” (2017, p. 175).

Lênio Streck (2012, p. 9), no entanto, compartilha da posição de que está ocorrendo o emprego incontrolável dos princípios, muitas vezes sem o amparo constitucional, ensejando um elevado grau de

³ Alexy explica que a lei do sopesamento é aplicada considerando a importância dos princípios: “Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula “dentro das possibilidades jurídicas”, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos”. (2017, pp167-168).

subjetividade, o qual designou de pamprincipiologia,

“[...] uma espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de *standards* argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um alibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos jurisdicionalizados.

Portanto, diante da sociedade em massa, multicultural e a constitucionalização dos direitos, nota-se uma importação de paradigmas e teorias hermenêuticas, com o escopo na busca da Justiça sem uma cautela necessária da realidade jurídica brasileira e da Teoria do Direito.

Observa-se, ainda, que os conceitos de lei e ordem são objetos de significativas influências desse novo paradigma de Direito, no qual há maior relatividade e, não raras vezes, sem limites, refletindo nas decisões judiciais, desencadeando verdadeiro papel proativo do Judiciário, como será analisado a seguir.

ANÁLISE CRÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

Em razão dos argumentos indicados, é notória a necessidade de se entender qual o paradigma utilizado pelo Poder Judiciário na resolução de conflitos, ante causas complexas que surgem na Contemporaneidade/ Pós-Modernidade.

Dessa feita, há transposição de um modelo baseado no método decisório subsuntivo-dedutivo, no qual o intérprete era considerado o repassador de leis- não se admitindo uma relação de fato e direito/ norma e valor- para um modelo principiológico, possuindo maior abertura para suas decisões na busca da resposta mais justa para os conflitos.

Assim, pode-se verificar que, em geral, sucede um rompimento do positivismo para o paradigma do pós-positivismo, em um novo decurso hermenêutico jurídico, em que as decisões são fundamentadas em normas principiológicas e interpretando e recriando normas adstritas a bases axiológicas.

Essa ideia de aproximação do Direito com a Moral e fundamentação das decisões nas bases principiológicas pode ser observadas nos casos em que se seguem:

- a) a possibilidade de multiparentalidade (Repercussão Geral 622)⁴- a tese aprovada no julgamento,

⁴ O Relator Ministro Luiz Fux, no RE 898060, entendeu que: “Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que 5 merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º)”. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>> Acesso em: 09 julho 2017.

refere-se à possibilidade de multiplicidade de vínculos parentais. Destaca-se que referida decisão teve como corolários o sobreprincípio da dignidade humana e a busca da felicidade e da afetividade;

b) União estável homoafetiva (ADPF 132); baseou-se, em resumo, no princípio da dignidade humana, na isonomia entre homem e mulher, e no direito à liberdade e à felicidade⁵;

c) Aborto até o terceiro mês de gestação (*Habeas Corpus* nº 124.306)- integridade física e psíquica da gestante x direito à vida.

Diversos fatores podem ser considerados para explicar essa atuação judicial por parte dos Tribunais Superiores. São os fatores institucionais, políticos e sociológicos. Conforme dispõe Carlos Alexandre Campos, o fator institucional corresponde ao ampliação da jurisdição por Lei ou pela Constituição, por intermédio dos direitos fundamentais, preceitos normativos vagos e indeterminados; já quanto ao fator político, ele ressalta que há “uma relativa fragmentação do poder-político-partidário, o que repercute para a estabilidade democrática e segurança institucional”; quanto ao aspecto sociológico, corresponde a uma resposta à pressão e aos anseios sociais; e, por fim, as novos métodos utilizados pelos ministros ao fazerem uso de ideias neoconstitucionais (CAMPOS, 2014, p. 255).

Não pode o aplicador, contudo, sob o argumento da melhor Justiça desconsiderar as soluções disciplinadas pelo Poder Legislativo, pelo que se deve interpretar as hipóteses constantes na lei, adaptando-as ao caso individual, sob consequência de exercer a função legislativa, o que poderá ocasionar o chamado ativismo judicial. No mesmo sentido Lênio Streck (2014, p. 110): “admito que o Judiciário possa ser protagonista em face da incompetência dos demais poderes...Sempre admiti isso. Só que ele não pode (ria) é achar que pode decidir de qualquer modo”.

O que se entende, então, por ativismo judicial? A expressão é revestida de equivocidade, possuindo multidimensionalidade, o que proporciona várias perspectivas sob diversos prismas. São eles: a) anulação de atos

⁵ Cabe destacar que o Tribunal mais importante do mundo em Direitos Humanos já se posicionou sobre o assunto, ao adotar um posicionamento bastante positivista: “Por unanimidade, o Tribunal líder mundial dos Direitos Humanos estabeleceu, textualmente, que “não existe o direito ao casamento homossexual”. Os 47 juízes dos 47 países do Conselho da Europa, que integram o pleno do Tribunal de Estrasburgo (tribunal mais importante do mundo dos direitos humanos) emitiram uma declaração de grande relevância, que tem sido surpreendentemente silenciada pelo progressismo informativo e sua área de influência. Na verdade, por unanimidade, os 47 juízes aprovaram o acórdão que estabelece que “não existe o direito ao casamento homossexual”. A sentença foi baseada num sem número de considerados filosóficos e antropológicos baseados na ordem natural, senso comum, relatórios científicos e, claro, no direito positivo. Dentro deste último, principalmente, a sentença foi baseada no artigo nº 12 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Dito é equivalente aos artigos dos tratados de direitos humanos, como no caso do 17 do Pacto de San José e nº 23 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos. Nesta histórica, mas nada divulgada, Resolução, o Tribunal decidiu que a noção de família não só contempla “o conceito tradicional de casamento, ou seja, a união de um homem e uma mulher”, mas também que não devem ser impostas a governos a “obrigação de abrir o casamento a pessoas do mesmo sexo”. Quanto ao princípio da não-discriminação, o Tribunal também acrescentou que não existe qualquer

normativos cuja constitucionalidade é sustentável; b) desrespeito ao precedente (horizontal e vertical); c) criação judicial de normas gerais e abstratas; d) desvio da metodologia interpretativa e e) julgamentos direcionados pelo resultado (CONTINENTINO, 2012, p. 130).

Ocorre que, em uma das suas acepções, o ativismo judicial pode se referir a decisões aceitáveis pela sociedade, ou pode ensejar decisões controvertidas, como ocorre nos casos de parentalidade, em que são cada vez maiores as intervenções jurídicas nas relações de filiação, com vistas à proteção dos menores (MORAES, 2010, p.447).

Destaca-se o fato de que alguns autores criticam o ativismo, outros o negam e muitos o ponderam. O argumento que nega considera-se o ativismo hipótese difícil de ocorrer ante a estrutura atual de configuração de exercício de competência jurisdicional, baseada nos Direitos Fundamentais, no pós-positivismo e neoconstitucionalismo (ROCHA, 2010, p. 68).

Existe, ainda, quem defenda, como George Marmelstein (2010, p.57), que a função do operador do Direito é a concretização da ética e esta é adotada pelos julgadores na busca de uma decisão mais justa do caso concreto, o que se chama, nesse caso, de ativismo judicial, porquanto adota visão progressiva. Aduz, ainda, que toda norma está embutida de ética e que, mesmo os aplicadores mecânicos da lei, estarão se sujeitando a um valor ético dessa lei.

Quem critica o ativismo defende uma decisão que vai além do próprio escrito da Constituição, acarretando rompimento constitucional, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada (STRECK, 2006, p.53).

Enquanto isso, têm curso argumentos favoráveis, no qual o ativismo judicial como parte da solução, e não do problema, pois o “[...] considera um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado”. (BARROSO, 2009, p.32).

Portanto, o ativismo é um fenômeno complexo, visto que não há consenso quanto ao seu alcance e às consequências no mundo jurídico, bem como existem dificuldades em identificá-lo, pois é papel do Judiciário garantir o cumprimento dos direitos fundamentais. Em contrapartida, este não poderá exorbitar dos seus poderes inerentes.

É adotada neste texto a concepção de ativismo em que a atuação do Judiciário vai além do próprio texto da Constituição, acarretando rompimento constitucional e, conseqüentemente, a criação de normas individuais regulamentadoras nos casos difíceis.

A conduta proativa do Judiciário, referente aos diversos casos das novas relações familiares, contratuais e

discriminação, já que “os Estados são livres de reservar o casamento apenas a casais heterossexuais.” Disponível em: <<http://abemdanacao.blogs.sapo.pt/tribunal-dos-direitos-humanos-1710108>> Acesso em 09 julho 2017.

outros, buscam uma elaboração jurisprudencial principiológicas, fundamentada em cláusulas abertas (exemplo afetividade), que apesar de necessária, deve ser ponderada, pois ocorrerão decisões que terão um viés subjetivistas e que não garantirão a previsibilidade, a certeza e a segurança do direito.

Perante o novo paradigma das relações sociais e de suas cláusulas abertas (boa-fé, socioafetividade, direito à felicidade etc), o ativismo judicial só será caracterizado com a análise da interconexão de atribuições da Corte e as questões de fundo individualmente decididas, abrindo uma ideia mais ampla do seu conceito, ante a complexidade semântica da realidade (CONTINENTINO, 2012, p. 151).

Nos casos citados, indaga-se: até que ponto então a função construtiva das decisões judiciais podem implicar uma exacerbação de poderes estatuídos ao Judiciário?

Deve-se destacar a noção de que a interpretação dada pelo juiz não poderá ter caráter de discricionariedade, mas sim sua legitimidade há de ser pautada na criação interpretativa por via de instrumentos democráticos e do sistema de freios e contrapesos.

Inicialmente, evidencia-se a ideia de que a corrente filosófica do pós-positivismo jurídico, apesar de a expressão sugerir suposta superação do positivismo, não derogou os pilares da segurança jurídica e da previsibilidade, de modo que a mera referência à citada corrente filosófica não se mostra capaz de legitimar decisões que desrespeitem as balizas do Estado Democrático de Direito.

De semelhante modo, também, não se expressa epistemologicamente correto sustentar que o juiz possa sempre se valer dos princípios e da Hermenêutica Filosófica para aplicar ao caso a solução que lhe é viável, já que, em momento algum, o pós-positivismo sustenta a supremacia dos princípios sobre regras.

Desse mesmo senso, compartilha Eros Grau (2013, p. 138-139), ao assinalar que o modo como os juízes estão se utilizando dos princípios é quase uma exaltação, ao ponto de relativizar a segurança jurídica a justificar muitas vezes uma quase- discricionariedade judicial, não se submetendo à lei e sim a um “direito achado, alternativo”.

Assim, o sopesamento de princípios não derroga a técnica da subsunção; ao contrário, prega a coexistência das normas e princípios que possuem pressupostos, funções e modos de aplicação bem delimitados, como anota Ronaldo Dowink (1999, p. 179): “Isso significa que o modelo de regras e princípio a dedução não é suplantada pelo sopesamento. Ao contrário, nesse modelo ambos são associados”.

Daí à advertência de que nem sempre o julgador está autorizado a decidir por princípios, mas somente nas soluções de casos difíceis, cuja decisão não pode violar o princípio da separação dos poderes.

Evidencia-se que a função jurisdicional corresponde ao núcleo essencial ao princípio da separação de poderes, sendo que o controle que este exerce constitui contraposição da função legislativa, como instrumento da função política. Isso se afirma porque a autonomia para inovar o ordenamento jurídico foi deferida,

essencialmente, ao Poder Legislativo, sendo este composto por pessoas escolhidas por meio do sufrágio universal como representantes do povo (NEGRELly, 2010, p. 1417-1418).

Questão importante é, pois, saber se nos casos apresentados e noutros que surgirem, com a falta da disciplina pelo Legislativo, deve o Judiciário se abster de julgá-los.

A resposta é necessariamente não. Cabe destacar, no entanto, que o julgador deve apresentar as razões do convencimento e os motivos da decisão, não julgando com fundamentos genéricos ou palavras com sentidos “abertos” que não possuem precisão semântica, os quais justificam qualquer situação, pois desembocam em técnicas arbitrárias e aberturas sistêmicas que fomentam insegurança jurídica (MARMELSTEIN, 2010b, p. 22).

Lucca (2016, p. 88) destaca a ideia de que: “As decisões dos juízes e das Cortes devem ser fundamentadas, pois sua ausência desrespeita não só uma regra constitucional, como também o ideal do Estado de Direito”, pois esses tipos de argumentações “abertas” produzem alguns efeitos que tornam o Direito vulnerável, como o desencadeamento de decisões judiciais não fundamentadas pela pirâmide normativa, conforme ocorreu na decisão de dano moral por abandono afetivo no RECURSO ESPECIAL 1.159.242/SP, no qual foram utilizados fundamentos psicanalíticos, bem como decisões díspares para casos semelhantes, o que ocasiona insegurança jurídica nas relações privadas. Um patamar mínimo em segurança estará apenas assegurado quando o Direito garantir a confiança da pessoa na própria ordem jurídica (SARLET, 2006, p.11).

Com relação às decisões díspares, pode-se enfatizar sobre a aplicação da teoria da argumentação jurídica, em que esta sustenta serem necessários fundamentos normativos para a escolha de determinada decisão, na qual se deve preservar seu caráter jurídico, principalmente quando houver a técnica da ponderação, em que se deverá ter maior diligência na fundamentação, para não incorrer na motivação de ordem subjetiva, utilizando-se da lei para se revestir de legalidade; além da generalidade da decisão que pode ocasionar inconsistências e, por último, o emprego dos princípios instrumentais para se buscar o escopo nos de teor material (BARROSO, 2004, p. 186-190).

À vista dos casos citados, averígua-se que, para concretizar a Justiça, o Judiciário adentra a seara do Poder Legislativo ao apreciar tais ocorrências, visto que é tênue a diferença entre o poder interpretativo e o de regulamentação dos demais poderes, podendo se fazer uso desproporcional dos princípios para justificar suas decisões, mitigando, muitas vezes, o parâmetro da segurança jurídica.

Essas considerações são feitas, para se buscar estabelecer limites ao Poder Judiciário, ao interferir nas relações privadas, pois, em virtude da complexidade das relações humanas, serão cada vez mais frequentes os litígios em que haverá necessidade de cautela na aplicação dos princípios constitucionais e maior tecnicidade dos juízes para um alcance mais abrangente de suas decisões.

Não estar atento a esta possibilidade, ou não buscar os parâmetros para este controle, acarreta a abertura

para que a criatividade se transforme em discricionariedade e, conseqüentemente, a existência de múltiplas respostas (SOLIANO, 2012, p. 465).

Além do mais, em decorrência das mudanças sociais expressas pela comunicação, globalização e relações culturais mundiais, há que se analisar a preparação e a sensibilidade dos magistrados para resolução dos diversos casos apresentados das distintas classes no atual contexto social.

Com efeito, para alguns autores, a melhor solução sobre a aplicação dos direitos e a atuação do Judiciário, far-se-á necessária a busca de teorias interpretativas e hermenêuticas, sob a óptica de três fundamentos da Constituição: o primeiro é a dignidade da pessoa humana, a fonte ética de todos os valores e direitos reconhecidos na Constituição; o segundo o princípio da segurança jurídica; e terceiro o princípio da proporcionalidade, do qual resulta a conciliação dos princípios (MAGALHÃES FILHO, 2009, pp.90-91).

Assim, a dignidade da pessoa humana possui o primeiro papel como fonte de direitos e deveres, incluindo os direitos não expressamente enumerados; e, na seqüência, o papel interpretativo e integrativo do ordenamento jurídico, sendo o guia na busca da melhor solução para os casos concretos (BARROSO, 2014, p. 66).

Este, no entanto, se deve ter cautela, visto que há o uso desmedido na sua aplicação, o que pode causar o próprio esvaziamento e um meio de justificar interesses escusos.

Já à segurança jurídica, esta é objeto de certa relativização de seu conceito pelas características da Pós-Modernidade, perceptível na política, em que há uma desagregação do Estado, pela privatização. Há, também, alteração no hábito da sociedade, a qual está sendo influenciada pelo meios de comunicação, pela velocidade e imprevisibilidade, além do “pragmatismo interpretativo”, que considera objetos da segurança jurídica como “estorvos reacionários” (BARROSO, 2003, p. 53).

A proporcionalidade é a medida concreta destinada a realizar a finalidade, buscando aplicar a menos restritiva dos direitos envolvidos para atingir a finalidade e de a finalidade pública ser tão valiosa que justifica a restrição (ÁVILA, 2010, p. 165).

Ocorre que, para Eros Graus, tanto a razoabilidade como a proporcionalidade devem ser utilizadas no momento da norma de decisão, ou seja, na feitura de uma decisão judicial e não na produção da norma jurídica, no caso em abstrato. Assim, ressalta:

Não me cansarei de repeti-lo: a atuação das pautas da proporcionalidade e da razoabilidade apenas é admissível no momento da norma da decisão, pena de, sendo adotada no primeiro deles (o de produção das normas jurídicas gerais), o intérprete substituir o controle de constitucionalidade das leis por um controle de outra espécie, controle de proporcionalidade ou controle de razoabilidade das leis (2013, p. 135).

Destaca-se, ainda, com amparo na proposta de Peter Häberle (2002, p.42) de instituir uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, a interpretação constitucional passou a receber influência da teoria

democrática, de modo que todos os órgãos estatais, entidades públicas, grupos e cidadãos se inserissem numa pluralidade de forças culturais, sociais e políticas que atuam nos momentos de tomada de decisão do processo.

Em decorrência dessa nova realidade expressa, como modo até mesmo da incessante busca pela Justiça, é que são aplicados outros meios de solução de conflitos, conciliação, arbitragem e mediação, além dos novos instrumentos ainda em elaboração no Brasil, como o Direito Sistemico, que propõe a utilização da lei como modo de tratamento nas resoluções de conflitos de interesse e relacionamento. São analisadas as raízes dos conflitos, as partes envolvidas e questões familiares. É um mecanismo a que se recorre em várias esferas do Direito, penal, infância, familiar, trabalho e outros⁶.

A intervenção por parte do Poder Judiciário passa a ter função construtiva no ordenamento jurídico, deixando de ser os juízes apenas aplicadores da lei (subsunção da norma ao caso concreto) para interpretá-la com o auxílio da sociedade, tornando o processo socialmente efetivo, pois a interpretação é um exercício singular dentro do cotidiano judicial e é o momento em que o juiz mais necessita de amparo exterior à norma positiva (MENDES, 2008, p.149).

Logo, ao adotar um paradigma, não se exclui a aplicação do fundamento nuclear do outro, e tampouco acontece uma superação de um pelo outro, mas, sim, “é mister assumir uma posição de comunicabilidade entre paradigmas, e não meramente de exclusão, por meio da viabilidade de um diálogo do novo com o velho; do presente, do passado e do futuro” (BELCHIOR, 2017, p.27).

Em razão disso, o arcabouço teórico e filosófico do pós-positivismo e da nova Hermenêutica Constitucional não legitima toda e qualquer decisão jurídica e que a suposta superação da segurança jurídica pela noção de Justiça, não confere ao intérprete e aplicador poder ilimitado, de modo que legitimidade, previsibilidade, segurança jurídica e justiça são axiomas igualmente protegidos pelo Estado Democrático de Direito. Além disso, a prevalência absoluta de um sobre os demais poderá implicar na derogada de todos e abrir espaço para uma indesejada supremacia do Poder Judiciário sobre os demais Poderes.

CONCLUSÃO

A Ciência Jurídica ainda pode traçar parâmetros para que as decisões do Judiciário não venham a sobrepor a Lei e a Constituição, ao tecer cuidados adotando de técnicas a serem utilizadas, ponderação em vez de subsunção, adotando ideias do pós-positivismo em detrimento do positivismo, pois aquele ainda não está bem

⁶ Segundo Bert Hellinger e Gabriele Ten Hövel “na terapia familiar sistêmica, trata-se de averiguar se no sistema familiar ampliado existe alguém que esteja emaranhado nos destinos dos membros anteriores dessa família. Isso pode ser trazido à luz através do

definido. A Hermenêutica é imprescindível para propor os critérios para as decisões judiciais nas relações sociais, possibilitando o desenvolvimento da atividade criativa e volitiva do intérprete, mas desde que as argumentações jurídicas não sejam baseadas apenas em sentidos “vagos”. Daí se extraem as seguintes conclusões delineadas na sequência.

A modernidade era centrada na racionalidade, na qual o Direito independia de valores de cunho moral e seu sistema era hermeticamente fechado, com padrão único de solução. Com a evolução crescente da sociedade, contudo, percebeu-se que esse método era insuficiente para explicar os problemas que se apresentavam, fazendo com que Moral e Direito dialogassem.

A Pós-Modernidade surgiu como resposta a esses anseios sociais, bem como a essa mudança nas estruturas sociais, em que se passa a questionar o que vem a ser justo ou injusto, influenciando a Teoria do Direito, principalmente, nas decisões do Poder Judiciário, que modifica paulatinamente seu paradigma de conhecimento em valores.

O Texto Constitucional e tampouco a legislação infraconstitucional não trazem soluções fechadas aos chamados *hard cases*, que se mostram, constantemente, pela sociedade atual, cabendo à doutrina e à jurisprudência tratar sobre o tema. Então, é notória a ideia de julgados que se utilizam do arcabouço jurídico do “pós-positivismo” e de um futuro “neo-constitucionalismo”, na chamada “nova hermenêutica constitucional”, na qual há prevalência dos princípios em detrimento das regras, e bem assim assentam nas cláusulas abertas e dos fins a serem realizados.

Assim, houve um aperfeiçoamento do positivismo pelo pós-positivismo, e não uma derrogação daquele por este, pois permanece inatingível quanto a legalidade, segurança jurídica e previsibilidade. E a possível utilização dos princípios, quando as regras se mostrarem insuficiente na solução dos *hard cases*.

Buscar-se, portanto, a ideia da atuação do Poder Judiciário com ponderação e fundamentação, com o escopo da melhor interpretação do juiz e limites a sua atuação, sob o manto de legalidade, previsibilidade e princípios constitucionais, defendendo a compreensão de que as argumentações jurídicas deverão respeitar as regras e, subsidiariamente, os princípios sob análise do caso concreto para não cair na vala comum dos conceitos abstratos.

NEW PARADIGM OF JUDICIAL DECISIONS IN POSTMODERN SOCIETY**Abstract**

It analyzes the new social relations in the light of Modernity and Post-Modernity, as well as of legal positivism and post-positivism, which, since the XX century, have influenced Juridical Science, mainly in what concerns the interpretation of Right. The influence of the post-positivist model to justify its judicial decisions in the search for the just is notable, using, as a rule, the solution of more complex cases, abstract concepts and implicit principles in the absence of the law and the Constitution, Flowing, not infrequently, in the so-called judicial activism, incompatible with the Democratic State of Right itself. It will be treated, firstly, about Modernity and Post-Modernity and its influence on Right. Next, the characteristics of the paradigms of positivism and post-positivism are examined. And, later, it is tried to understand the new paradigm adopted in the judicial decisions in the call Post-Modernity. In this academic experiment, therefore, the idea was defended that there was no overcoming of legal positivism by post-positivism, but rather an improvement, which requires consistent interpretations by the interpreters, respecting the beacons of the Democratic State of Right.

Keywords: Post-modernity; Post-positivism; Activism.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁLVAREZ, Miguel Angel Michinel. El derecho internacional privado en los tiempos hipermodernos. MADRID: Dykinson, S.L. 2012.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. rev. atual. Rio de

Janeiro: Renovar, 2006.

_____ A dignidade da pessoa humana no Direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____ A Segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. Reflexões sobre o direito adquirido, ponderação de interesses, papel do Poder Judiciário e dos meios de comunicação. Revista trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 52 a 64.

_____ Interpretação e aplicação da Constituição.7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____ BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Revista Latino –Americana de estudos constitucionais, São Paulo: Del Rey, 2004.

BARZOTTO, Luís Fernando. O positivismo contemporâneo; uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. Vida Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Fundamentos Epistemológicos do Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na Pós-Modernidade. n. 57, p. 131-152,dez. Revista Sequência, 2008. Disponível: < <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4818234.pdf>> Acesso em 05 julho 2017

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

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo Judicial: Considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 14, n.72, mar/abr, 2012, p.123-155.

DANTAS, Miguel Calmon. Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. Moralismo, Positivismo e Pragmatismo na interpretação do Direito Cosntitucional. Revista dos Tribunais, ano 88, v.769, nov, p. 11-27, 1999.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira.3.ed.São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Neoconstitucionalismo e súmulas vinculantes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

GIDDENS, Anthony. Modernização Reflexiva. São Paulo: UNESP, 1997.

_____. Modernidade e Identidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Breve nota sobre a moralidade e o Direito moderno. RDA: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, maio-agosto, 2008. p. 127 a 129.

_____. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios). 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução para o português feita por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. Constelações familiares: o reconhecimento das ordens do amor. Tradução: Eloisa Giancoli Tironi; Tsuyuko Jinno-Spelter. 5.ed. São Paulo: Cultrix, 2001. Disponível em: < B Hellinger, G Ten Hövel - 2001 - books.google.com >. Acesso 06 julho 2017.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação das decisões judiciais. Estado de Direito, segurança e teoria dos precedentes. 2. ed. rev e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUHMANN, Niklas. O pensamento de Niklas Luhmann. SANTOS, José Manuel (org). Lusosofia: press, 2005. Disponível em < N Luhmann - O pensamento de Niklas Luhmann, 2005 - lusosofia.net > Acesso em: 29 junho 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Fundamentos do ordenamento jurídico: liberdade, igualdade e

democracia como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. (tese doutorado), Universidade de Fortaleza, 2009, 266f.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Florianópolis: Conceito editorial, 2009.

MARMELSTEIN, George. O ativismo judicial na perspectiva da filosofia da moral. In: *Ativismo Judicial*, OLIVEIRA, Umberto machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coods). Curitiba: Juruá, 2010a.

_____. A difícil arte de Ponderar o Imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores. In: LEITE, George; SARLET, Ingo & CARBONNEL, Miguel. *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2010b.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: OMNI, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. 2.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: RT, 2009.

NEGRELLY, Leonardo Araújo. O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático de Direito. 2010, p. 1415-1418. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Ativismo Judicial*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Forum, 2010, p 64-69.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ed.rev e atual. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2012.

SCHUH, José Eduardo. Direito e Moral na obra de Raúl Gustavo Ferreyra. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, ano. 13, n.15, p. 709 a 723, Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2014.

SOLIANO, Vitor. Ativismo Judicial em matéria de direitos fundamentais sociais: entre os sentidos negativo e positivo da constitucionalização simbólica. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2012, vol. 4, n. 7, jul./dez, p. 448-487.

STRECK, Lênio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Revista da Academia brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2011, n.4, jan-jun, p.9-27.

_____. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do Direito. Revista de Informação Legislativa, a.19, n.194, p. 7-21, abril-jun, 2012.

_____. Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teoria discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TASHNER, Gisela B. A Pós-Modernidade e a Sociologia. Revista USP, São Paulo, n.42, p. 6-19, junho/agosto 1999.

Trabalho enviado em 13 de abril de 2018

Aceito em 05 de julho de 2018