

Melissa Andréa Smaniotto
(Organizadora)

DIREITOS HUMANOS E DIVERSIDADE 2



Atena
Editora
Ano 2019

Melissa Andréa Smaniotto

(Organizadora)

Direitos Humanos e Diversidade 2

Atena Editora

2019

2019 by Atena Editora

Copyright © da Atena Editora

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Diagramação e Edição de Arte: Lorena Prestes e Geraldo Alves

Revisão: Os autores

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Profª Drª Deusilene Souza Vieira Dall’Acqua – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Profª Drª Juliane Sant’Ana Bento – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

D598 Direitos humanos e diversidade 2 [recurso eletrônico] / Organizadora
Melissa Andréa Smaniotto. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora,
2019. – (Direitos Humanos e Diversidade; v. 2)

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader.

Modo de acesso: World Wide Web.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-7247-183-1

DOI 10.22533/at.ed.831191303

1. Antropologia. 2. Direitos humanos. 3. Minorias. I. Smaniotto,
Melissa Andréa. II. Série.

CDD 323

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de
responsabilidade exclusiva dos autores.

2019

Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos
autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

www.atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Dando continuidade às discussões sobre “Direitos humanos e diversidade”, o volume II apresenta 25 capítulos que aprofundam a discussão sob o vértice jurídico, provocando o leitor a refletir sobre a efetividade do Direito quando se fala em dignidade e ser humano.

Aliás, a humanização permeia os olhares de pesquisadores na área jurídica, trazendo à tona as mazelas de um sistema ainda predominantemente dogmático mas que começa a ampliar os horizontes da interdisciplinaridade.

Tal postura faz com que a perspectiva sobre os Direitos Humanos seja (re)construída para encarar suas características de dinamicidade, pluralidade, e transversalidade e abranger outras áreas da Ciências Sociais estabelecendo um diálogo instigante que propicia diversificar a discussão da igualdade e democracia como matizes que compõem a investigação científica desse assunto tão em evidência em tempos de crise de valores no sentido mais amplo possível.

A proposta desta obra é que o leitor continue superando esse processo de construção do conhecimento aqui apresentado considerando este livro como um ponto de partida para rever o que já foi feito e pensar em inúmeras outras maneiras de contribuir para que os direitos humanos sejam motivo de aproximação entre interesses tão divergentes e conflitantes na sociedade brasileira.

Melissa Andréa Smaniotto

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A EXPLORAÇÃO MUDIÁTICA DA IMAGEM DO ACUSADO E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO À PROTEÇÃO DA IMAGEM	
<i>André Isídio Martins</i> <i>Jaci de Fátima Souza Candiotto</i>	
DOI 10.22533/at.ed.8311913031	
CAPÍTULO 2	14
LINCHAMENTOS E PERCEPÇÕES SOBRE VINGANÇA PRIVADA NO MARANHÃO: UMA (DES)CONSTRUÇÃO DO DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO POPULAR	
<i>Marina Guimarães da Silva de Souza</i> <i>Thiago Allisson Cardoso de Jesus</i>	
DOI 10.22533/at.ed.8311913032	
CAPÍTULO 3	30
MEMÓRIA DE CRIANÇA: ANÁLISE DE DEPOIMENTO DA DITADURA MILITAR INICIADA EM 1964	
<i>João Paulo Dias de Meneses</i>	
DOI 10.22533/at.ed.8311913033	
CAPÍTULO 4	48
NEGLIGÊNCIA A CRIANÇAS E ADOLESCENTES: PERFIL DE MÃES NOTIFICADAS, EM CIDADE DO SUL DO BRASIL	
<i>Lucimara Cheles da Silva Franzin</i> <i>Samuel Jorge Moyses</i> <i>Simone Tetu Moyses</i>	
DOI 10.22533/at.ed.8311913034	
CAPÍTULO 5	71
O ESTADO DA ARTE SOBRE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL DE JOVENS EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA NA BASE DE DADOS DA CAPES	
<i>Simone Beatriz Assis de Rezende</i> <i>Thayliny Zardo</i> <i>Pedro Pereira Borges</i>	
DOI 10.22533/at.ed.8311913035	
CAPÍTULO 6	84
POLÍTICAS DE PROTEÇÃO E O PAPEL DOS DEFENSORES DE DIREITOS HUMANOS: O CASO MANOEL MATTOS	
<i>Luana Cavalcanti Porto</i>	
DOI 10.22533/at.ed.8311913036	
CAPÍTULO 7	100
RECURSOS RELATIVOS AOS PEDIDOS DE VISITA DE MENORES A GENITORES PRIVADOS DE LIBERDADE, NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, MS	
<i>Márcia Cristina Corrêa Chagas</i> <i>Fábia Zelinda Fávaro</i> <i>Lázaro Filho</i>	
DOI 10.22533/at.ed.8311913037	

CAPÍTULO 8 112

TRÁFICO DE PESSOAS NO ESTADO DO MARANHÃO: UMA ANÁLISE DA SISTEMATIZAÇÃO DOS DADOS À LUZ DA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Amanda Passos Ferreira
Hilza Maria Feitosa Paixão

DOI 10.22533/at.ed.8311913038

CAPÍTULO 9 125

TRÁFICO DE PESSOAS PARA O TRABALHO ESCRAVO NO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL: DIREITOS HUMANOS E PUBLICIZAÇÃO

Cecilia Delzeir Sobrinho
Heitor Romero Marques

DOI 10.22533/at.ed.8311913039

CAPÍTULO 10 138

VIOLÊNCIA CRIMINAL, VINGANÇA PRIVADA E CASOS DE LINCHAMENTOS NO MARANHÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DA CRISE DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL CONTEMPORÂNEO

Thiago Allisson Cardoso de Jesus
Janilson Soares Lima

DOI 10.22533/at.ed.83119130310

CAPÍTULO 11 157

A ATITUDE DE BRASILEIROS E AMERICANOS PERANTE A ORDEM IGUALITÁRIA: TEORIA DEMOCRÁTICA COMPARADA

Gabriel Eidelwein Silveira
Tamires Eidelwein

DOI 10.22533/at.ed.83119130311

CAPÍTULO 12 178

A RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA E A ATUAÇÃO DA ONU EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS, NAS ÁREAS DE CONFLITO INTERESTATAIS: POSSIBILIDADE ATUAIS

Olívia Ricarte

DOI 10.22533/at.ed.83119130312

CAPÍTULO 13 193

A CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NAS AÇÕES DE FAMÍLIA: A IMPORTÂNCIA DA CRIAÇÃO E IMPLANTAÇÃO DOS NUPEMEC'S E CEJUSC'S

Sílvia Leiko Nomizo
Bruno Augusto Pasian Catolino
Delaine Oliveira Souto Prates

DOI 10.22533/at.ed.83119130313

CAPÍTULO 14 203

EDUCAÇÃO EM CONTEXTO DE FRONTEIRA: UMA REFLEXÃO SOBRE ACORDOS E TRATADOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO DA POPULAÇÃO DE FRONTEIRA BRASIL-BOLÍVIA

Ana Maria de Vasconcelos Silva
Sofia Urt

Luciane Pinho de Almeida

DOI 10.22533/at.ed.83119130314

CAPÍTULO 15 218

ENTRE FRONTEIRAS: MEMÓRIAS DE HISTÓRIAS DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONE SUL

Anna Flávia Arruda Lanna Barreto

DOI 10.22533/at.ed.83119130315

CAPÍTULO 16 238

PERSONA NON GRATA: REFLEXÕES SOBRE FRONTEIRAS E MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS

Alexandre Honig Gonçalves

Alex Dias de Jesus

DOI 10.22533/at.ed.83119130316

CAPÍTULO 17 248

SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES PONTUAIS SOBRE OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Sheila Stolz

DOI 10.22533/at.ed.83119130317

CAPÍTULO 18 262

ATUAÇÃO DO NÚCLEO DE APOIAMENTO JURÍDICO UNIVERSITÁRIO POPULAR – NAJUP NEGRO COSME: A INCANSÁVEL LUTA EM PROL DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO MARANHÃO

Larissa Carvalho Furtado Braga Silva

Maria Gabrielle Araújo de Souza

DOI 10.22533/at.ed.83119130318

CAPÍTULO 19 274

CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-FILOSÓFICAS SOBRE O “ATIVISMO JUDICIAL”

Eid Badr

Juliana Mayara da Silva Sampaio

DOI 10.22533/at.ed.83119130319

CAPÍTULO 20 288

DIREITOS HUMANOS E APLICAÇÕES ÀS RELAÇÕES PRIVADAS: SOB A PERSPECTIVA DE ANDREW CLAPHAM

Guilherme Sampieri Santinho

DOI 10.22533/at.ed.83119130320

CAPÍTULO 21 301

A EVOLUÇÃO NORMATIVA REFERENTE A TUTELA DOS DIREITOS INDÍGENAS E SUA CONCRETIZAÇÃO POR MEIO DA LEGITIMIDADE NO PROCESSO COLETIVO

Lucas de Souza Rodrigues

Kevin Alexandre de Oliveira Shimabukuro

Fabiano Diniz de Queiroz

DOI 10.22533/at.ed.83119130321

CAPÍTULO 22	306
O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO COMO PROTEÇÃO COLETIVA AO SUPERENDIVIDAMENTO	
<i>Ana Larissa da Silva Brasil</i>	
<i>André Angelo Rodrigues</i>	
<i>João Adolfo Ribeiro Bandeira</i>	
DOI 10.22533/at.ed.83119130322	
CAPÍTULO 23	320
ABORTO LEGAL NO BRASIL: UM DIREITO DISCRIMINADO	
<i>Adria Rodrigues da Silva</i>	
<i>Givaldo Mauro de Matos</i>	
DOI 10.22533/at.ed.83119130323	
CAPÍTULO 24	325
DIREITOS HUMANOS E ASPECTOS ÉTICOS: ALGUMAS INDAGAÇÕES ACERCA DA BIOÉTICA	
<i>Aliana Fernandes Vital de Almeida</i>	
<i>Ricardo Vital de Almeida</i>	
<i>Larissa Fernandes Guimarães Garcia</i>	
DOI 10.22533/at.ed.83119130324	
CAPÍTULO 25	335
EDUCAÇÃO EM SAÚDE: APRENDENDO A APRENDER	
<i>Josyenne Assis Rodrigues</i>	
<i>Gleice Kelli Santana de Andrade</i>	
<i>Ane Milena Macêdo de Castro</i>	
<i>Anna Alice Vidal Bravahlieri</i>	
<i>Edivania Anacleto Pinheiro</i>	
DOI 10.22533/at.ed.83119130325	
SOBRE A ORGANIZADORA	340

CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-FILOSÓFICAS SOBRE O “ATIVISMO JUDICIAL”

Eid Badr

Juliana Mayara da Silva Sampaio

varied as the scholars of the subject.

KEYWORDS: Judicial activism; Neo-constitutionalism; Democratic state

RESUMO: O presente artigo busca fazer uma reflexão acerca das implicações do ativismo judicial, que teria sido desencadeado pelo Neoconstitucionalismo, para o Estado Democrático de Direito e verificar qual a importância da Hermenêutica Constitucional dentro da crise de paradigmas por que vem passando o Direito brasileiro. O presente trabalho não se furtará em estabelecer o conceito de ativismo judicial, cujo estudo tem como primeira grande dificuldade a sua definição conceitual, esta, tão variada quanto são os estudiosos do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; Neoconstitucionalismo; Estado Democrático de Direito

ABSTRACT: This article seeks to reflect on the implications of judicial activism, which would have been triggered by Neoconstitutionalism, for the Democratic State of Law and to verify the importance of Constitutional Hermeneutics within the paradigm crisis that Brazilian law has been passing. The present work will not shy away from establishing the concept of judicial activism, whose study has as its first great difficulty its conceptual definition, which is as

1 | CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Neoconstitucionalismo, que tem o pós-positivismo como seu principal traço, é o novo paradigma de compreensão, interpretação e aplicação do Direito ocidental, desencadeado após a segunda guerra mundial, trouxe profundas transformações para o Direito. Além de seu papel de norma hierarquicamente superior e vinculante já consagrado pelo positivismo jurídico, a Constituição ganha centralidade, seus efeitos se irradiam por todo o sistema jurídico e suas normas, como jurídicas, que devem ser efetivadas.

A Carta Magna deixa, nesse cenário, de ser apenas uma carta de boas intenções para se tornar a principal fonte do direito. Essas transformações, provocadas pela descrença e frustração da humanidade, provocadas pelo nazismo e pelo fascismo, visavam uma maior proximidade do direito com a ética. Diante dos questionamentos sobre o positivismo jurídico e suas variadas vertentes, houve uma tentativa de reintrodução dos valores no direito, passou-se a uma preocupação por parte dos juristas

com o mundo prático do direito.

O novo papel assumido pelo Estado dentro do contexto neoconstitucionalista pode justificar o surgimento do Ativismo Judicial. Daí a importância de se pensar hermeneuticamente a aplicação do direito pelo magistrado. A aplicação do direito deve-se fundamentar no direito, na coerência e na integralidade do sistema.

2 | ATIVISMO JUDICIAL: BREVES REFLEXÕES CONTEXTUAIS E CONCEITO

A interpretação e a aplicação do Direito, após a segunda guerra mundial, passaram por profundas transformações. Isso se deve, sobretudo, ao rompimento com as bases teóricas positivistas, principal fundamento teórico da Teoria do Direito até então, sendo, nas palavras de Barroso (2010, pág. 398), “*A teoria jurídica tradicional, que dominou boa parte do século XX, cultivou o formalismo, o fetiche da lei e a crença na neutralidade do Direito*”.

A descrença e a frustração da humanidade na cientificidade e na racionalidade, provocadas pelo nazismo e pelo fascismo, repercutiram veementemente no direito, que passou a ser considerado, segundo Streck (2016, pág. 126), como instrumento racional que desconsidera questões que são relevantes para a sociedade como a moral, a política, a economia, sendo utilizado como forma de proteção do interesse das classes dominantes, devendo, contudo, esses valores serem consideradas dentro da comunidade jurídica.

Uma outra grande mudança de paradigmas ocorrida no século XX foi o constitucionalismo, que, segundo Barroso (2010, pág. 398) “*foi a atribuição às normas constitucionais do status de norma jurídica, dotadas de imperatividade e garantia*”. A partir desse período, ocorre a constitucionalização do Direito, com a *força normativa da Constituição*, seus princípios e regras se expandem por todo o ordenamento jurídico. Essas Constituições, segundo Costa Neto (2017, pág. 33), “*nascem ligadas à garantia dos direitos fundamentais e à instituição da separação de poderes*”. Importante lição acerca do constitucionalismo moderno é a apresentada por Cappelletti:

É uma nova grande revolução, que, abandonando a ideia da rígida *séparation des pouvoirs* (separação de poderes), combina com a não interferência e ainda, como supremacia incontrolada do poder político, afirma, ao contrário, a ideia de um recíproco controle e equilíbrio dos poderes. A história é frequentemente uma história trágica porque foi marcada por cruéis tiranias e por duas guerras mundiais, tem demonstrado a verdade do fato que um poder político incontrolado está destinado a corromper-se, a tornar-se tirânico e abusivo. O constitucionalismo moderno é a resposta da sociedade contemporânea a esta trágica experiência. A Constituição, distante ainda de ser vista como mera proclamação de intentos político-filosóficos, se afirma hoje como norma jurídica, vinculante e superior a órgãos jurisdicionais, ou seja, a órgãos suficientemente independentes e imparciais, respeitados os titulares do poder político. (CAPPELLETTI, 1990, pág.100)

Diante da crise do positivismo jurídico e suas variadas vertentes, há uma tentativa

de reintrodução dos valores no direito, passa-se a ter uma preocupação por parte dos juristas com o mundo prático do direito. Essas transformações vão dar ensejo a um novo paradigma para fundamentação do direito, sua interpretação e sua aplicação, a que se tem denominado de neoconstitucionalismo, cuja principal característica é o pós-positivismo.

O pós-positivismo, conforme Barroso (2010, pág. 399), trata-se de:

(...) designação provisória dada a um conjunto difuso de ideias que têm como elementos caracterizadores, em meio a outros, a reaproximação entre o Direito e a ética, a normatividade dos princípios, a centralidade dos direitos fundamentais e a reabilitação da argumentação jurídica.

Há que se mencionar que autores como Lênio Streck refutam o caráter de novo paradigma do neoconstitucionalismo, demonstrando que ele não rompe com as bases teóricas positivistas, superando-as, mas permanece na mesma fonte, transparecendo-se apenas com nova roupagem. Segundo Streck (2016, pág. 132), “*o neoconstitucionalismo somente teria sentido enquanto ‘paradigma do direito’ se fosse compreendido como superador do positivismo ou dos diversos positivismos*”.

Para Streck (2016, pág. 125) a superação do positivismo como vem sendo apresentada por aqueles que se intitulam de neoconstitucionalistas não estaria sintetizada em apresentar aspectos valorativos para o direito, mas sim seria pós-positivista ou neoconstitucionalista a introdução de uma teoria da decisão que desse conta de superar o positivismo normativista e da discricionariedade na aplicação do direito por parte dos juízes, problema enfrentado já no positivismo e ainda presente no neoconstitucionalismo, o que, portanto, nas palavras do autor faz com que não possa ser esse paradigma chamado de “novo”.

Nesse sentido, o autor faz uma crítica no seguinte sentido:

(...) sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado por uma vulgata da ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, tais quais: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic). Tudo isso porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). (STRECK, 2016, pág. 122).

Conforme se pode observar, o problema da interpretação e aplicação do Direito dentro do contexto do que se tem denominado de neoconstitucionalismo precisa ser refletido pelo aplicador do direito. A importância de se pensar essa problemática não se limita apenas a uma questão de ser a favor ou contrário a esse novo paradigma, mas questionar se a apropriação corriqueira e irrefletida do termo pode servir de manto protetor para arbitrariedades e excessos por parte do aplicador do Direito.

Em nome dos verdadeiros valores que definem o direito justo e a possibilidade

de aplicação da ponderação pelos magistrado em casos difíceis, pode-se afirmar que esse novo paradigma neoconstitucional:

Acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente. (STRECK, 2016, pág. 134).

O Ativismo Judicial, portanto, tem sido apresentado como um dos principais instrumentos à disposição dos magistrados para assegurar e concretizar valores e ideais éticos, aos quais o Direito não pode estar indiferente, e para alcançar os fins constitucionais. Apresenta-se, dessa maneira, como algo positivo, o que, não necessariamente, é.

A alegada abertura de interpretação dos princípios constitucionais, bem como a aplicação da Teoria da Ponderação, que se encontra à disposição do juiz para a resolução de casos difíceis, representam o cenário propício para que o aplicador do direito atue com discricionariedade ou mesmo com arbitrariedades e pratique o Ativismo judicial, ou seja, este nasce dentro do contexto neoconstitucional.

Ativismo judicial, assim como o neoconstitucionalismo, também não apresenta um conceito unânime e claramente definido pela doutrina, podendo suscitar inúmeras descrições do que possa ser encarado como prática ativista, o que tem provocado discussões no meio jurídico. Muitos autores, como Lênio Streck, vem se posicionando contra essa prática por parte dos magistrados.

Nesse sentido, Streck:

Os princípios fecham, e não abrem, a interpretação. E, também por isso, há muito defendo o dever judicial de fazer uma *accountability* hermenêutica, uma prestação de contas no uso desses sentidos públicos, de que o juiz não é dono. Mas a fundamentação adequada não passa pela ponderação, artifício que só a encobre. STRECK (2016, pág. 135)

Seguindo a esteira apresentada pelo autor pode-se se afirmar que o Ativismo Judicial incorre na mesma celeuma que envolvia o positivismo normativista, combatido pelo novo paradigma neoconstitucional, qual seja a discricionariedade conferida ao aplicador do Direito na hora de decidir.

Para Lênio Streck (2016, pág. 134) a discricionariedade representa o mesmo lado da moeda da ponderação. É dado ao juiz a competência para decidir, discricionariamente, o que seria um caso difícil e qual o princípio que deve prevalecer por meio da regra da ponderação, instrumento que, segundo o autor, vem sendo utilizado indiscriminadamente, sem nenhuma regra em sua aplicação, mais como instrumento de retórica em muitas decisões judiciais.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o aplicador do Direito incorre em Ativismo Judicial, segundo entendimento de Lênio Streck, quando *excede* os limites interpretativos estabelecidos pela Constituição na aplicação do Direito.

Nessa mesma esteira, faz-se imperiosa a definição de Ativismo Judicial apresentada por Ramos e o rompimento dos limites constitucionais das funções jurisdicionais:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2015, pág. 119).

Em sintonia, portanto, com o entendimento dos dois supracitados autores acerca da definição de ativismo judicial, concluímos que este consiste na ultrapassagem dos limites interpretativos e das funções estabelecidos ao Poder Judiciário pela Constituição, em detrimento das funções conferidas aos demais Poderes, ferindo o princípio da especialização e de poderes, basilar do Estado Democrático de Direito.

2.1 Os reflexos do ativismo judicial para o constitucionalismo moderno e para democracia

A partir da definição conceitual sobre o Ativismo Judicial, no tópico anterior deste trabalho, entendemos que o mesmo rompe as bases que fundamentam o constitucionalismo moderno, surgido após a segunda guerra mundial, bem como ofende os princípios do Estado Democrático de Direito, como a da especialização de poderes. Na prática, com o Ativismo Judicial o juiz invade a competência legislativa decidindo além dos limites constitucionalmente permitidos.

De acordo com lição de Barroso (2010, pág. 396), “*Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado, respeito aos direitos fundamentais*”. Como se observa, o autor indica que uma das maiores preocupações apresentadas pelo desenvolvimento do constitucionalismo consiste na limitação do poder e na Construção de um Estado de Direito.

É inegável que o Estado constitucional que, segundo Barroso (2010, pág. 399), traz como característica essencial “*a centralidade da Constituição, que, além de reger o processo de produção das leis, impõe limites ao seu conteúdo e instituiu deveres de atuação para o Estado*”, apresenta uma mudança de paradigma para aplicação do Direito. Contudo, isso não significa que os magistrados possam ultrapassar os limites impostos pelo constituinte, legislando. A interpretação constitucional tem limites, e o limite é o imposto pela própria Constituição.

A prática do Ativismo Judicial por magistrados também esbarra em um dos princípios fundamentais para o Estado democrático de Direito, o *princípio da especialização de poderes*, também denominado como *princípio da separação de*

poderes.

De acordo com Ramos (2015, pág. 113):

Dado o êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, esse Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado constitucional, em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos Poderes.

Barroso (2010, pág. 399) aponta três critérios a serem seguidos pelo aplicador do Direito no momento em que realiza a interpretação constitucional, quais sejam: o plano jurídico ou dogmático; o plano teórico ou metodológico; o plano da justificação. Este último plano engloba questões como a separação de Poderes, os limites funcionais de cada um e a legitimidade democrática das decisões. Ou seja, o aplicador do direito não pode atuar discricionariamente ao decidir, criando interpretação e aplicando o direito além do que foi democraticamente estabelecido pelo Poder Legislativo, pois, atuando dessa maneira, invade competência que não é sua, existe, portanto, os limites funcionais de cada um e o magistrado deve atentar-se para isso.

Nesse ponto, Streck, fazendo uma leitura filosófica de Dworkin, afirma que:

A construção radical da ideia de que o Direito seria/é um conceito interpretativo (e essa é uma questão de paradigma filosófico que parece que seus adversários não compreendem) altamente controverso e da ideia de integridade são pontos importantes que visam, no fundo, identificar – não por meio de recursos meramente empíricos, por certo – como se dá a responsabilidade política dos juízes. (STRECK, 2017, pág. 48)

Tendo em vista, portanto, que a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da especialização de poderes em seu artigo 2º, ao dispor que “*são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”, não pode o magistrado, sob alegação de estar cumprindo os fins constitucionais e aproximando o direito da ética e de valores morais, como propõem os neoconstitucionalistas, atuar como se legislador fosse, pois, se assim o fizer, macula o pacto democrático.

Resta por oportuno observar que não se está a defender que o juiz seja “a boca da lei”, de acordo com o que propunha Maquiavel, contudo, o que se está refletindo é que o fato de o juiz não ser “a boca da lei” não significa que ele pode decidir, utilizando-se de expressão de Lênio Streck, solipsisticamente.

Daí a importância da Hermenêutica Constitucional, dentro desse cenário de tantas controvérsias acerca da interpretação e aplicação do Direito, como se verá a seguir.

3 | HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Hermenêutica Constitucional representa, no atual estágio de crise na efetividade

da Constituição brasileira e também de crise de paradigma pela qual o direito vem passando, uma importante ferramenta para o aplicador do direito como forma de resgatar a credibilidade e a legitimidade da sua função, fortalecendo, assim, o Estado Democrático de Direito, constitucionalmente assegurado. Segundo Maximiliano (2003, pág. 1) “*A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar*”.

Não resta dúvida de que a Constituição de 1988, com a sua força normativa e supremacia de suas normas, obriga a efetivação do rol de direitos fundamentais individuais e sociais por ela estabelecidos, fez emergir a necessidade de uma maior pró-atividade por parte do magistrado ao aplicar o Direito nas demandas que reclamam os deveres não cumpridos pelo Estado, mas isso não significa que a Constituição permitiu a atuação do magistrado além dos limites estabelecidos por ela própria, como condição de realização do Estado Democrático de Direito, na medida em que sujeita a todos os Poderes aos seus limites semânticos.

Muito oportuno, nesse sentido, o que afirma Barroso:

O reconhecimento de que juízes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá autorização para se sobreponem ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade. Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A preferência da lei concretiza os princípios da separação de Poderes, da segurança jurídica e da isonomia. (BARROSO, 2010, pág. 394)

Dessa maneira, é direito de todo indivíduo receber uma decisão judicial fundamentada no Direito do seu país, com base em lei formal e materialmente válida, cuja aplicabilidade, portanto, é compulsória. O neoconstitucionalismo ou o pós-positivismo não podem ser utilizados como justificativa para decisões solipsistas e construídas sem racionalidade e legitimidade, ou seja, para ocorrência do Ativismo Judicial. A Constituição é a principal fonte do direito e todas as normas do sistema jurídico devem estar em consonância com ela.

De acordo com Streck (2016, pág. 46):

Se alguém deve dizer o sentido do direito no plano de sua aplicação cotidiana, e se isso assume contornos cada vez mais significativos em face do conteúdo principiológico e transformador da sociedade trazidos pelas Constituições, torna-se necessário atribuir um novo papel à teoria jurídica.

Sem dúvida, a mudança paradigmática do positivismo jurídico para o pós-positivismo precisa ser enfrentada com lucidez pelo aplicador do direito, nesse sentido, Streck afirma que:

É de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in)exorabilidade da () indeterminabilidade do direito e da crise da efetividade da Constituição [...] em face da profunda crise de paradigmas

que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, exegético-normativista, mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento, consciente ou inconsciente, ao esquema sujeito-objeto. (STRECK, 2016, pág.47)

A Hermenêutica Constitucional vai auxiliar exatamente nessa questão metodológica, apontando para sua importância no processo de interpretação ou reconstrução da norma de acordo com as normas constitucionais, essa tarefa deve acontecer de forma sistematizada, por meio de um caminho de investigação e utilizando-se de um método. É importante ressaltar, segundo Stein (2004, pág. 26), que *“a ideia de método tem um sentido diferente quando se fala em hermenêutica: não é um procedimento e não se pode dizer que o seja porque um problema sério é o da não-separação entre sujeito e objeto”*.

Ou seja, segundo Stein, não há uma separação entre sujeito e o objeto analisado, o método não se desliga do sujeito, mas esses estão inter-relacionados em um processo de circularidade, mantém entre si uma relação fluida, pois o sujeito se modifica pelas descobertas que faz.

Nesse sentido, Stein (2004 pág. 45) afirma:

Há uma impossibilidade de separação entre sujeito e objeto. É impossível separar o sujeito do objeto porque, no fato histórico, já sempre estamos de certo modo, mergulhados, não podemos ter uma distância total, como na observação de um fenômeno físico.

Essa separação entre sujeito e objeto vai totalmente de encontro ao que propunha o estruturalismo, sendo este um dos seus principais pontos negativos conforme aponta Stein:

A veleidade do estruturalismo foi a de suprimir o elemento histórico e de poder efetivamente analisar apenas o sentido coagulado em estrutura e poder dar conta definitivamente da estrutura de tal maneira que o sujeito estaria morto. A historicidade estaria morta e teríamos no fim um imenso museu de estruturas. (STEIN, 2004, pág.96)

É, portanto, diante dessa constatação de que sujeito e objeto não se separam e de que, segundo Stein (2004, pág. 18), *“o ser humano sempre aparece dentro de uma determinada cultura, dentro de uma determinada história, aparece dentro de um determinado contexto”* que se faz indispensável que o aplicador do Direito construa de forma transparente e fundamentada a decisão judicial, por meio de um caminho de investigação.

É importante também que o magistrado reconheça a limitação das estruturas lógicas como forma de se chegar ao objeto e que a linguagem, principal meio de chegarmos ao conhecimento, é complexa e não transparente. Nisso reside a importância de um processo interpretativo. Importante lição de Stein nesse sentido:

As estruturas lógicas não dão conta de todo o nosso modo de ser conhecedores

das coisas e dos objetos, e aí somos obrigados a introduzir um elemento que será o núcleo dessa análise, o elemento da interpretação. A interpretação é hermenêutica, é compreensão, portanto, o fato de nós não termos simplesmente acesso aos objetos via significado, num mundo histórico determinado, numa cultura determinada, faz com que a estrutura lógica nunca dê conta inteira do conhecimento, de que não podemos dar conta pela análise lógica de todo o processo do conhecimento. Ao lado da forma lógica dos processos cognitivos precisamos colocar a interpretação. (STEIN, 2004, pág. 19)

Como bem se observa na passagem de Stein, deve-se inserir o processo interpretativo na busca pelo conhecimento. Para Maximiliano (2003, pág. 7):

Interpretar é explicar, esclarece, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.

Já Stein (2004, pág. 94), afirma que “*a reconstrução de um texto é a interpretação do texto*”.

O processo de aplicação do direito, portanto, não se limita a conhecer as regras e aplicá-las, nos casos fáceis, por meio da subsunção e, nos casos difíceis, por meio da ponderação. Segundo Maximiliano (2003, pág. 4), para aplicar o Direito, “*não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico*”.

Nesse sentido, é importante a observação feita por Barroso acerca da importância da interpretação constitucional, bem como de como ela se deve operar:

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica e consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos lastreados na Constituição. Trata-se de um processo que se desenvolve em planos de análise distintos, embora conectados. O plano jurídico ou dogmático compreende as categorias operacionais. O plano teórico ou metodológico envolve a construção racional da decisão, o itinerário lógico percorrido entre a apresentação do problema e a formulação da solução. O plano da justificação política abrange questões como a separação de Poderes, os limites funcionais de cada um e a legitimidade democrática das decisões judiciais. A interpretação constitucional inclui atividades de construção e concretização e incide tanto sobre os casos fáceis, solucionáveis pelos critérios tradicionais, como sobre os casos difíceis, cujo equacionamento precisa colher elementos na filosofia moral e na filosofia política. (BARROSO, 2010, pág.400)

Conforme se pode observar, o autor aponta a complexidade que envolve a construção de uma decisão judicial e os passos que devem ser seguidos pelo aplicador do Direito ao aplicar uma norma à luz da Constituição. Devem-se observar, conforme Barroso, três planos: o jurídico ou dogmático, o teórico e o plano da justificação política. Extremamente oportuno também é o reconhecimento apontado pelo supracitado autor de que essa interpretação deve ser realizada tanto sobre os casos fáceis, como sobre os casos difíceis. Streck (2017, pág. 48) fala em “*um direito fundamental a uma*

resposta constitucionalmente adequada”.

Barroso deixa claro, também, o ledo engando de que os casos fáceis, que são solucionados por meio da subsunção, não exigem rigor interpretativo. Nem mesmo para os ditos casos difíceis, que, segundo doutrina neoconstitucionalista são os resolvidos por meio da regra da ponderação, tem sido observado esse rigor interpretativo. Ressalta-se que Lênio Streck critica essa separação em “casos fáceis” e “casos difíceis”, para ele essa falsa constatação desconsidera as nuances em que se desenvolve a linguagem, os processos anteriores e subjacentes à construção da norma, o não dito, por desconsiderar, nas palavras de Streck, “as dobras da linguagem”.

Todavia, apesar do rigor interpretativo a que deve ser submetido a interpretação constitucional pelo aplicador do Direito, ele nem sempre tem sido observado. Sob o fetiche da ideia de que os princípios constitucionais abrem um leque de possibilidades interpretativas e que cabe ao magistrado, discricionariamente, aplicar a regra da ponderação, atuar concretizando os fins e valores constitucionais, não tem sido raras a aplicação e interpretação do Direito em desacordo com os limites da interpretação constitucional dentro dos trilhos apresentados por Barroso.

Corroborando esse entendimento, registra-se o que dispõe o referido autor sobre isso:

É indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que tenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade. (BARROSO, 2010, pág. 393)

Portanto, se o aplicador do Direito recorre a um processo hermenêutico de interpretação para alcançar dentro dos limites propostos pela Constituição a construção do seu sentido e do seu alcance do seu texto, dificilmente incorrerá em excessos e decidirá além do que foi democraticamente estabelecido pelo legislador, cumprindo, dessa maneira, sua função política.

Stein (2004, págs 103 e 104) aponta três procedimentos metódicos que auxiliam no processo investigativo, quais sejam: primeiro, o método hermenêutico propriamente dito no sentido restrito, agora enquanto história das ideias; segundo, o que conhecemos de tradição epistemológica, contexto da descoberta e do contexto da justificação; por fim, o caminho da especulação.

Dessa forma, um dos grandes desafios do juiz encontra-se em fundamentar, por meio de um processo investigativo e de forma transparente, sua decisão, a qual deve estar em harmonia com os direitos fundamentais e com os limites semânticos

Constitucionais. A Hermenêutica Constitucional pode ser, portanto, um importante instrumento para a aplicação e interpretação do Direito.

Decisões judiciais, como por exemplo, a condução coercitiva de investigados criminalmente sem a prévia intimação vinham adotando como fundamento o neoconstitucionalismo, tendo em vista ser paradigma que exige uma atuação mais concreta dos magistrados ao aplicar o Direito, não podendo deixar de adequá-los à realidade social e às novas demandas.

Sem a intenção de esgotar o tema condução coercitiva, pois este não o objetivo do presente trabalho, diversas decisões judiciais vinham sendo proferidas determinando a condução coercitiva de réus e de investigados para interrogatório mesmo sem a prévia intimação e recusa do conduzido como exigido pelo art. 260 do Código de Processo Penal¹. O STF acabou por vedar totalmente a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, em julgamento proferido em 14/06/2018, por considerar que o art. 260 do CPP não foi recepcionado pela Constituição de 1988. A decisão foi tomada no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 395 e 444, sob o fundamento de que a medida representava restrição à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, sendo, portanto, incompatível com a Constituição Federal.

Interessante a posição de Sarmiento para justificar a constitucionalidade e legalidade de decisões do gênero que permitiam a condução coercitiva mesmo sem atender os pressupostos estabelecidos pelo art. 260 do CPP:

O direito precisa ser interpretado sistematicamente e com inteligência nos contextos em que se insere. O neoconstitucionalismo nos ensina que devemos preconizar a finalidade dos atos, quando os meios para sua consecução devem, sem causar danos, capacitar o seu atingimento. O direito deve ser interpretado e sopesado no contexto em que está inserida a questão de fato e não em todos os momentos aplicado com o simplismo da mera subsunção quando esta denotar-se ineficaz para o alcance do objetivo lícito buscado. Magistrados são humanos qualificados meritocraticamente para atuar na interpretação dos casos concretos que lhes são

1 Os fundamentos legais normalmente apresentados nas decisões que determinavam a condução coercitiva, mesmo sem prévia intimação, eram o art. 6º do CPP que estabelece as providências que devem ser tomadas pela autoridade policial quando tiver conhecimento da ocorrência de um delito, todas dispostas nos incisos II a VI, bem como o art. 4º do CPP, que dispõe sobre a legitimidade dos agentes policiais, sob o comando da autoridade policial competente, para tomar todas as providências necessárias à elucidação de um delito, incluindo-se aí a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos conduzidos. E, ainda, o art. 144, § 4º, da CF que assegura às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais.

Por outro lado, o dispositivo no CPP que disciplina a matéria é o art. 260, ora considerado não recepcionado pela atual Constituição. Dispõe o art. 260. “*Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença*”.

Antes da mencionada decisão do STF, as decisões que determinavam a condução coercitiva, pelo visto, simplesmente ignoraram o citado dispositivo do CPP que regulava a matéria e estabelecia pressupostos para a medida: a intimação prévia e o não atendimento desta pelo acusado.

apresentados e deles não se deve esperar o raciocínio mecanizado de um robô, mas o entendimento peculiar e quando necessário sofisticado de um interprete pensante. (SARMENTO, 2016)

Fica latente na argumentação do autor, o Ativismo Judicial que se espera do aplicador do Direito com fundamento no neoconstitucionalismo. É como se esse novo paradigma rompesse com o Estado Democrático de Direito, ferindo a separação de poderes, podendo o juiz, decidir de acordo com sua humanidade e qualidade, ignorando-se totalmente a norma legalmente prevista. Como se coubesse ao juiz legislar em cada caso concreto que chegue a ele para decidir, pois o que direito deixa ter como fundamento a Constituição Federal e a lei, para seguir a inteligência do contexto em que se insere, de acordo com a sofisticação do interprete, ou seja, pode-se romper com os limites estabelecidos pela Constituição e as leis do país.

É, em virtude dessa crise paradigmática de interpretação e aplicação do Direito que nasce a importância da hermenêutica constitucional. A aplicação do direito pelo magistrado deve-se fundamentar no direito, na coerência e na integralidade do sistema, em respeito ao Estado Democrático de Direito e ao direito do cidadão em ter uma decisão fundamentada no Direito do seu país. Isso porque, de acordo com Streck:

A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo”.

Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integradora ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. (STRECK, 2016, pág. 62)

Dessa forma, decisões judiciais, como a indicada a título de exemplo, não atendem a coerência, nem a integridade do ordenamento jurídico, pois os argumentos utilizados para fundamentar a decisão não estão integrados ao conjunto do direito, demonstrando, assim, certa arbitrariedade interpretativa por parte do magistrado. Verifica-se também que nesses casos o magistrado não percorreu, conforme propõe Barroso, uma interpretação constitucional da norma, envolvendo os três planos de análises distintos, que foram abordados no tópico 2 deste trabalho. O juiz, portanto, ultrapassou os limites interpretativos da norma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, pode-se afirmar que a Hermenêutica Constitucional representa, no

atual estágio de crise na efetividade da Constituição brasileira e também de crise de paradigma pela qual o direito vem passando, uma importante ferramenta para o aplicador do Direito como forma de resgatar a credibilidade e a legitimidade da sua função, fortalecendo, assim, o Estado Democrático de Direito, constitucionalmente assegurado.

Sabe-se que o Neoconstitucionalismo, que tem o pós-positivismo como seu principal traço, é o novo paradigma de compreensão, interpretação e aplicação do Direito ocidental. Esse novo paradigma, desencadeado após a segunda guerra mundial, trouxe profundas transformações para o Direito, como a centralidade da Constituição, seu caráter compromissório, a Carta passa a ser considerada norma hierarquicamente superior e vinculante.

A alegada abertura de interpretação dos princípios constitucionais, bem como a aplicação da Teoria da Ponderação, que se encontra à disposição do juiz para a resolução de casos difíceis, representam o cenário propício para que o aplicador do direito atue com discricionariedade ou mesmo com arbitrariedades e pratique o Ativismo judicial, ou seja, este nasce dentro do contexto neoconstitucional.

Contudo, a prática do Ativismo Judicial fere as bases que fundamentam o constitucionalismo moderno, surgido após a segunda guerra mundial, bem como fere princípios do Estado Democrático de Direito, como a separação de poderes. Na prática do Ativismo Judicial, o juiz invade a competência legislativa decidindo além dos limites constitucionalmente permitidos.

É, em virtude dessa crise paradigmática de interpretação e aplicação do Direito que nasce a importância da hermenêutica constitucional. A aplicação do direito pelo magistrado deve-se fundamentar no direito, na coerência e na integralidade do sistema, em respeito ao Estado Democrático de Direito e ao direito do cidadão em ter uma decisão fundamentada no Direito do seu país.

Em suma, conclui-se, com base na definição conceitual de Ativismo Judicial adotada neste trabalho, que as decisões judiciais dele decorrentes ainda que pretendam ser fundamentadas no neoconstitucionalismo e na necessidade de cumprimento dos anseios e valores constitucionais, acabam por desestabilizar a coerência e a integridade do ordenamento jurídico, ferindo, dentre outros princípios basilares do Estado Democrático de Direito, o da especialização ou separação de poderes.

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI. Mauro. **Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea**. Revista de Processo, São Paulo, v. 15, n. 60, pág. 100. Disponível em <<http://docs11.minhateca.com.br/652539561,BR,0,0,CONSTITUCIONALISMO-MODERNO-E-O-PAPEL-DO-PODER-JUDICI%C3%81RIO-NA-SOCIEDADE-CONTEMPOR%C3%82NEA---Mauro-Cappelletti.pdf>>. Acesso em 05 de out. de 2018.

- LIMA. Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- MAXIMILIANO. Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- Ministério Público Federal. Disponível em < <http://www.mpf.mp.br/>>. Acesso em 05 de out. de 2018.
- NETO. José Wellington Bezerra da Costa. **Protagonismo Judicial: novo ativismo e teoria geral da função jurisdicional**. São Paulo: Leud, 2017
- RAMOS. Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SARMENTO. Leonardo. **Mandado de Condução Coercitiva contra Lula absolutamente legal e proporcional- Nossos fundamentos**. Disponível em < leonardosarmento.jusbrasil.com.br>. Acesso em 05 de out. de 2018.
- STEIN. Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- STRECK. Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK. Lênio Luiz. **Condução coercitiva de ex-presidente Lula foi ilegal e inconstitucional**. Disponível em: < www.conjur.com.br/2016-mar-04/streck-conducao-coercitiva-lula-foi-ilegal-inconstitucional>. Acesso em 05 de out. de 2018.
- STRECK. Lênio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-183-1

